

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marcel Piterman

**A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB A ÓTICA DO FORMALISMO-
VALORATIVO**

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marcel Piterman

**A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA SOB A ÓTICA DO FORMALISMO-
VALORATIVO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2011

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Manuel e Vivian, pelo apoio incondicional, à Priscila, pelo amor e companheirismo, aos professores e amigos Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Daniel Mitidiero e Vera Fradera, pelos ensinamentos e orientação, aos colegas e amigos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Jonathan Doering Darcie e Marco Antonio Silveira Karam, ao colega e amigo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Marcelo Bertussi, e à Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial à Rose e à Denise.

À minha filha Joana.

RESUMO

A presente dissertação aborda o processo civil coletivo a partir do marco teórico do formalismo-valorativo. Partindo da compreensão do processo civil como fenômeno cultural, analisam-se as fases metodológicas do direito processual civil, as relações entre direito e processo e o problema da tutela jurisdicional coletiva e da técnica processual.

Após, busca-se aplicar o método do formalismo-valorativo nas diversas fases do procedimento coletivo, desde a formação, organização, decisão, concretização e estabilização da decisão, tudo com o escopo de estruturar um processo coletivo justo, para a obtenção de uma decisão igualmente justa, conformada à Constituição e aos direitos fundamentais.

ABSTRACT

This paper addresses the collective civil procedure from the theoretical formalism-evaluative. Based on the understanding of civil procedure as a cultural phenomenon, we analyze the methodological steps of civil procedural law, the relationship between law and procedure and the problem of collective judicial protection and procedural technique.

After, we seek to apply the method of formalism-evaluative in different phases of the collective procedure, since the formation, organization, decision-making, implementation and stabilization of the decision, all with the aim of structuring a fair collective procedure and also obtain a fair decision, conformed to the Constitution and fundamental rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

Cf. – Conforme

CPC – Código de Processo Civil

LACP – Lei da Ação Civil Pública

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I - O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	14
1 O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL	14
1.1 As Fases Metodológicas da História do Processo Civil: Praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo.....	15
1.2 A Tutela Jurisdicional Coletiva como Produto da Cultura: Delineamento Histórico e Metodológico. A Tutela Jurisdicional Coletiva sob a Perspectiva do Formalismo-Valorativo	21
2 O PROCESSO E O DIREITO MATERIAL	29
2.1 Plano Material: Tutela dos Direitos Coletivos	39
2.2 Plano Processual: Tutela Jurisdicional e Técnica Processual Coletiva	43
PARTE II – O PROCESSO COLETIVO SOB A ÓTICA DO FORMALISMO-VALORATIVO.....	50
1 AÇÃO COLETIVA A PARTIR DE SEU OBJETO.....	50
1.1 Ação Coletiva para Tutela de Direitos Coletivos, Direitos Difusos e Direitos Individuais Homogêneos	50
1.2 Ação Coletiva Ativa e Ação Coletiva Passiva.....	53
2 AÇÃO COLETIVA E SUAS CONDIÇÕES: O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO PARA CAUSA.....	55
2.1 Legitimação para Causa: Aspectos Conceituais e Natureza Jurídica	55
2.2 Da legitimação para causa à adequada representação	62
2.2.1 <i>A Tutela Jurisdicional Coletiva e a Necessidade da Representação Adequada</i>	66
2.2 A Representação Adequada como Elemento de Aproximação entre as Jurisdições do <i>Common Law</i> e do <i>Civil Law</i>	74
2.2.3 <i>Avaliação judicial da representação adequada</i>	77
3 ESTABILIDADE DO OBJETO LITIGIOSO	80
3.1 A preclusão como elemento organizador do formalismo processual. Breve Panorama Histórico: do <i>ordo judicarius</i> ao formalismo moderno.....	80
3.2 Espécies de Preclusão; Temporal, Lógica e Consumativa. A Preclusão para o Juiz. A Regra da Eventualidade	85
3.3 A Estabilidade Objetiva da Demanda como Decorrência do Sistema Rígido de Preclusões	87
3.4 A Necessidade do Resgate da Lide Sociológica de Carnelutti nas Ações Coletivas....	89
3.5 A Modificabilidade da Demanda como Decorrência do Direito Fundamental ao Processo Justo e à Tutela Jurisdicional Efetiva e Adequada.....	92
4 DIREITO PROBATÓRIO.....	97
4.1 O Direito à Prova nas Ações Coletivas	97
4.2 O Ônus da Prova: a Natureza Dúplice das Normas sobre o Ônus da Prova	100
4.3 Atribuição do Ônus da Prova nas Ações Coletivas: Distribuição Fixa e Distribuição Dinâmica.....	102
5 SENTENÇA	105
5.1 Conceito e Requisitos	105
5.2 Em Especial: A Fundamentação das Sentenças nas Ações Coletivas	108
5.3 Em Especial: Possibilidade de Controle de Constitucionalidade Nas Ações Coletivas	109
5.3.1.1 <i>o controle difuso de constitucionalidade brasileiro (Judicial Review).....</i>	109

5.3.1.2 A possibilidade de controle judicial concreto de constitucionalidade nas ações coletivas.....	119
6 TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA MANDAMENTAL E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO.....	123
6.1 A Tutela dos Direitos. A Intangibilidade da Vontade Humana (<i>Nemo Potest Praecise Cogi Ad Factum</i>). Toda d Prestação deve ser Convertida em Perdas e Danos	123
6.2 Uma Reviravolta Cultural. Os Meios Executivos devem ser Adequados à Tutela dos Direitos Coletivos. A Tutela Coletiva Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer e a Teoria da Tutela Mandamental.....	134
6.3 A concretização da tutela jurisdicional coletiva. Técnicas Processuais e Tutela Jurisdicional Coletiva.....	142
7 COISA JULGADA.....	147
7.1. A Coisa Julgada como Expressão do Estado Constitucional.....	147
7.2 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas e a Necessidade de Formação <i>Pro et Contra</i> em Qualquer Situação	149
CONCLUSÃO.....	156
REFERÊNCIAS	159

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de analisar a tutela jurisdicional coletiva numa perspectiva cultural do processo civil, que agrega valores constitucionais ao formalismo processual, representativa do formalismo-valorativo, proposta que reconhece a importância e a eficácia dos direitos fundamentais processuais na construção de um processo justo.

Tendo em conta que o processo civil é considerado um direito fundamental e sendo inegável o caráter principiológico assumido pelos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo, bem como constituir o processo justo a expressão constitucional do formalismo processual, reconhecida a supremacia do direito fundamental, cumpre analisar o problema da interpretação, aplicação e organização da tutela jurisdicional coletiva pelo prisma constitucional, sob a ótica da proposta do formalismo-valorativo, para verificar quais são os reflexos da Constituição no sistema processual civil coletivo.

O trabalho vai estruturado em duas partes.

Na primeira parte, serão analisadas as fases metodológicas da história do direito processual civil e a evolução das relações entre direito material e processo, a fim de trabalhar o processo coletivo na perspectiva dos direitos fundamentais e da proposta do formalismo-valorativo.

Na segunda, fixadas as bases teóricas, o problema será focado no procedimento padrão para a tutela dos interesses coletivos e a necessidade de compreensão de acordo com as necessidades do formalismo-valorativo.

Procura-se reorganizar o processo coletivo, dentro das coordenadas do formalismo-valorativo, para que se propicie uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Nesse contexto, examina-se o sistema de representação adequada, que corresponde à observância do direito fundamental ao processo coletivo justo, a estabilização do objeto da demanda coletiva, para que se obtenha a resolução integral do litígio, com pacificação e justiça, e o direito probatório, com especial relevo à doutrina do ônus dinâmico da prova, que representa a densificação do direito fundamental à prova.

Ainda, no trato da decisão da causa, será enfrentado, em razão da importância e da relevância do tema sob o aspecto constitucional, o problema do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas.

Na concretização da causa, é analisado o desenvolvimento da execução das obrigações de fazer e não fazer, com um breve enfoque histórico que desencadeia na máxima *nemo potest praecise cogi ad factum*. Verifica-se que essa ideia influencia decisivamente o ordenamento

processual civil brasileiro moderno na feição do Código Buzaid (1973-1994). Após, como expressão do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, denota-se uma reviravolta cultural no trato do tema, que tem como consequência inexorável a tutela específica dessas obrigações, concretizada por meio de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos coletivos.

Finalmente, é estudada a coisa julgada coletiva e sua necessidade de formação *pro et contra* em qualquer situação, tudo como expressão do direito fundamental ao processo coletivo justo.

Portanto, o que se almeja com o presente trabalho é democratizar o processo coletivo de modo a torná-lo instrumento para realização dos direitos fundamentais.

PARTE I - O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 O PROCESSO COMO FENÔMENO CULTURAL

Superada a fase metodológica autonomista¹ do processo civil, evidente a insuficiência em caracterizá-lo como instrumento de ordem eminentemente técnica, algo neutro quanto ao aspecto axiológico. Considerado por autorizada doutrina como “ramo das leis mais rente à vida”², natural tratar o formalismo³ processual como “fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza”.⁴

Aliás, desde há muito a doutrina já alerta para um método que compreenda o direito “como um elemento da história dos valores e das idéias, idéias e valores que vivem e se movem e evoluem junto com as demais idéias – as idéias que constituem a vida e a história do homem”.⁵

Emblemática a sempre lembrada lição de Galeno Lacerda sobre a cultura, “considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”.⁶ Como assevera a doutrina, “não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política”.⁷ A tecnicização e a despolitização da ciência jurídica, predominantes à época da codificação oitocentista, são um dado da história da cultura jurídica moderna.⁸

¹ Também denominada em doutrina de “processualismo”, cfe. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1, p. XIII.

³ Formalismo que, de acordo com o texto, deve ser compreendido como a forma em sentido amplo, “a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material e ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.” Difere, portanto, da forma em sentido estrito, a implicar apenas o “invólucro do ato processual, a maneira como deve este se exteriorizar”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26-28.

⁴ Id., p. 23.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro. A ideologia no processo civil. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 13, mar. 1969, p. 31.

⁶ LACERDA, Galeno. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, 1961, p. 75.

⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 94.

⁸ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 16.

Como o direito processual não é cego à realidade, fica evidente que as concepções filosóficas, políticas, culturais e ideológicas penetram, diretamente ou através do direito substancial, no processo e na sua concreta regulamentação, imprimindo-lhes certas orientações, significados, desenvolvimentos que o simples texto da lei não saberia revelar.⁹

Daí a necessidade, nessa quadra da história da cultura jurídica¹⁰, de agregar valores constitucionais ao processo, especialmente os da justiça, segurança, paz social e efetividade, elementos fundadores do formalismo-valorativo, proposto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira na obra *Do formalismo no processo civil*, proposta de um formalismo-valorativo. Essa nova postura metodológica, que reúne processo, cultura e valores¹¹, é o método mais adequado para o estudo do direito processual civil contemporâneo. Até porque “cada sistema processual é, em realidade, o espelho fiel da concepção da vida, que prevalece em um dado lugar e em um dado momento da história dos povos!”¹²

Exemplo da interpenetração estabelecida entre o direito processual civil e a cultura é fornecido por Danilo Knijnik, no que se refere à investigação probatória: “um Estado Totalitário tenderá a atribuir poderes ilimitados ao juiz, enquanto que um Estado Liberal tenderá a deixar o controle das provas inteiramente nas mãos das partes”.¹³

1.1 As Fases Metodológicas da História do Processo Civil: Praxismo, processualismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo

Consoante a doutrina, no que pertine à história da ciência processual, preocupada com a metodologia do direito processual civil, em termos de fases metodológicas, alinham-se quatro grandes fases atinentes ao direito processual civil: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.¹⁴

Na primeira fase da história do direito processual, a do praxismo, “não se vislumbrava o processo como ramo autônomo do direito, mas como mero apêndice do direito material”.¹⁵

⁹ CAPPELLETTI, 1969, p. 31.

¹⁰ MANDRIOLI, Crisanto. Valori Costituzionali e cultura processuale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 3, 1984, p. 443.

¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b, p. 21.

¹² CAPPELLETTI, Mauro. El proceso civil italiano en el quadro de la contraposición “civil law”-“common law”. Apuntes historico-comparativos. In: PROCESO, ideologías, sociedad. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, EJE, 1974, p. 361.

¹³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

¹⁴ Por todos, MITIDIERO, 2009, p. 29.

¹⁵ *Ibid.*, p. 30.

O iudicium baseava-se na lógica da argumentação de Aristóteles¹⁶ e mesmo os tratados de processo empregavam, na maioria das vezes, os títulos *de iudiciis* ou *ordo iudiciarius*. O *iudicium* era imposto pela prática judiciária, à margem da autoridade estatal, e decorria apenas da elaboração doutrinária, sem regras escritas, caracterizada pela “ordem isonômica”, a representar a igualdade entre o juiz e as partes e entre as próprias partes.¹⁷

Começa, então, uma mudança de perspectiva quanto à lógica, mais formalizada, introduzida pela lógica de Petrus Ramus (1515-1575), que “antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema, em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*.”¹⁸

Então, com a apropriação do *ordo* pelo soberano, perde-se a dimensão retórica do processo e o novo *ordo* apresenta caráter assimétrico. Foi somente a partir do século XVIII que as legislações processuais encontraram repercussão e continuação no plano cultural.¹⁹ Tal contexto prevaleceu até a metade do século XIX, já que até esse período parece impróprio cogitar-se da “existência de um direito processual civil”²⁰ como se conhece hoje.

Em 1868, com a obra de Oskar Bülow²¹, inicia-se o processualismo ou fase a autonomista do direito processual, na qual “predomina a técnica e a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais”.²² Nasce a ciência processual e o processo civil acaba relegado a um expediente de índole técnica, de todo infenso a valores em seu trato cotidiano.²³

Com efeito, o processo “deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica”²⁴ e a ação “deixa de ser compreendida como um apêndice do direito material”²⁵. A partir do surgimento do processo como ciência, dotada de objeto e método próprios, tomou-se consciência da autonomia da relação jurídica processual, que se distingue da relação de direito material pelos seus sujeitos, seus pressupostos e seu objeto. Renovaram-

¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 18.

¹⁷ PICARDI, Nicola. Processo Civile (diritto moderno). In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano, Giuffrè, 1987, v. 36, p. 114-116.

¹⁸ Id., p. 117.

¹⁹ Id., p. 114.

²⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.

²¹ BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ejea, 1964, passim.

²² ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 19.

²³ MITIDIERO, 2005b, p. 19.

²⁴ MITIDIERO, 2009, p. 34.

²⁵ Ibid., p. 34.

se os estudos de direito processual a partir da descoberta da autonomia da ação e do processo, institutos que passaram a ocupar o centro da atenção dos processualistas.²⁶

Atente-se para o fato de que a ciência processual, porque de berço pandectística, nasce comprometida com a neutralidade axiológica inerente a esse momento da ciência jurídica alemã.²⁷

Nesse contexto cultural, a ciência jurídica do século XIX, em especial com Jhering, traça uma profunda crítica à escola histórica de Savigny, ao asseverar que o desaparecimento do direito romano na prática trará consigo uma revolução nos trabalhos de que é objeto. Até agora, é referido, por Jhering, a cultura do Direito Romano tem sofrido e devia sofrer a influência das apreciações tiradas de sua aplicabilidade prática. Daqui em diante, aduz esse importante jurista, este ponto de vista se limitará ainda mais, chegando até a não merecer o interesse dos jurisconsultos. A ciência, desta forma, não poderá convencer senão sob condição de elevar-se da demonstração positiva à crítica do direito. Propõe, o jurista, inaugurar esse caminho e fazer a crítica do Direito Romano. Não se trata, aduz, da crítica do Direito Romano atual, sob o ponto de vista legislativo, mas sim, da crítica filosófica da história, isto é, da que acompanha em toda a sua vida o direito, desde a sua origem até o seu fim; não para nos contentar com fatos históricos exteriores, como procede habitualmente a história do direito romano, mas para inquirir o movimento íntimo da marcha do direito, as ocultas intenções, as causas remotas e a correlação imaterial do conjunto do desenvolvimento jurídico. Por este meio propõe chegar, de um modo fácil, a um juízo ilustrado sobre o direito romano, daquilo que contém o eterno e o universal. Poderá, enfim, resolver a questão do valor do direito romano, do qual depende, em conclusão, sua aceitação e a importância que adquiriu e ainda conserva.²⁸

De acordo com Karl Larenz²⁹, para a evolução da metodologia jurídica, nenhum pensador foi, ao lado de Savigny, de tão grande importância como Jhering. Sua obra caracteriza-se por uma profunda linha divisória. Enquanto que no primeiro período, apoiou a jurisprudência dos conceitos formal de Puchta e elevou-a a seu cúmulo, no segundo período perseguiu-a com sarcasmo mordente e procurou substituí-la por diversa orientação.

Larenz salienta que no primeiro período de Jhering e de seu contributo para a jurisprudência dos conceitos formal são sensíveis no pensamento deste jurista certas diretrizes

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a, p. 19.

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 20.

²⁸ JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento**. Tradução Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. 1, p. 21-28.

²⁹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1980, p. 20-24.

que serão decisivas no segundo período: o abandono das categorias éticas da filosofia idealista, a que se apegaram Savigny e Puchta, e a orientação para o tipo de pensamento das ciências da natureza suas contemporâneas. Larenz ainda refere que só assim se explicará a superação do pensamento lógico-formal que provocou em Jhering a sua violenta reação e o seu rumo para uma jurisprudência pragmática de raiz sociológica.³⁰

Walter Wilhelm³¹, quando introduz a jurisprudência produtiva, refere que uma geração de juristas na metade do século XIX empreende uma radical revisão da ciência jurídica até então desenvolvida. Uma vez abandonada a receptividade da “ciência jurídica histórica”, intentou-se uma ulterior configuração do direito existente, uma reabilitação da consciência jurídica contra o irracionalismo da primeira escola histórica. Aduz que uma superação do direito transmitido que resultava das fontes em um certo sentido havia sido prevista no programa da escola histórica. O domínio do material histórico, para poder utilizá-lo livremente “como instrumento para a representação de novas formas”, já havia sido definido por Savigny como desenvolvimento próprio da ciência jurídica histórica. Para a Ciência jurídica produtiva uma investigação histórica era em certa medida supérflua, razão pela qual a jurisprudência produtiva devia levar a um abandono da história jurídica.

Larenz ainda afirma ser surpreendente a afirmação de que, ao falar-se de organismo, se entende atribuir “ao direito as qualidades de um produto da natureza – e isto não é um simples modo de dizer, mas algo que Jhering toma ao pé da letra, o que ele chama de “método histórico-natural” da ciência do direito.”³²

Mais espantoso, diz Larenz, que Jhering compare a seguir, e por duas vezes, o direito com uma “máquina”, quando, prossegue, para o pensamento romântico (Savigny), o “organismo” que se imagina informado por uma “força constitutiva” interna, está no pólo oposto do “maquinismo”, que é feito e mantido em movimento por uma mão alheia. A utilização indiscriminada dos termos “organismo” e “máquina”, que, segundo Larenz, mutuamente se repelem, é significativa da despreocupação filosófica de Jhering, se bem que, no geral, ele se atenha à de organismo (compreendida no seu sentido naturalístico), pois a idéia de máquina, mais conforme com o seu modo de pensar do segundo período, assoma neste apenas marginalmente. Jhering ainda compara conceitos elementares conseguidos por análise e abstração e as letras do alfabeto.³³

³⁰ LARENZ, 1980.

³¹ WILHELM, Walter. **La metodología jurídica em el siglo XIX**. Traducción Rolf Bethmann. Madrid: EDERSA, 1980, p. 81-84 e p. 103-118.

³² LARENZ, op. cit., p. 20-24.

³³ JHERING, 1943, p. 30.

Larenz o define como “filho de época positivista”, que compara a jurisprudência dogmática com outras ciências, nomeadamente com a química. A ciência sistemática do direito seria a “química jurídica, que procura os corpos (!) simples”. Enquanto “sublima em conceitos” a “matéria-prima dada” (que são as regras jurídicas), a construção jurídica permite “o trânsito do direito do estado inferior de agregação para o superior”. A transformação que aqui intervém reside em “a matéria abandonar inteiramente a forma prática e imperativa imediata” e em assumir “a feição de um corpo jurídico” (!). Os “corpos jurídicos” que é como Jhering chama aos simples conceitos fundamentais obtidos por análise lógica e por abstração, pensa-os ele agora como dotados de certas qualidades e como aptos a produzir certos efeitos. E ao operar racional com esses “corpos”, conseguidos como que à maneira da química, chama, bastante bizarramente, o “método histórico-natural” da jurisprudência. Método que não permite apenas uma facilitação do domínio sobre a matéria, mas que conduz, segundo Jhering, à descoberta de proposições jurídicas anteriormente desconhecidas – embora muitas destas não devam a sua origem a nenhuma necessidade prática, mas apenas à “necessidade ou consequência jurídica”, elas existem porque “não podem não existir”, afirma Jhering. Nessa altura, ele descrevia e elogiava a arte da construção jurídica como a “forma mais elevada de jurisprudência”; em especial a sua empolgante descrição do método “histórico-natural” é significativa tanto da ingenuidade como da produtividade deste impressionante pensador.³⁴

Diante disso, fácil concluir que a ciência processual, nesse contexto, era algo infenso à cultura, e seu exacerbado conceitualismo acaba por relegar o direito processual civil a algo fora da realidade social, teorizado no modelo das ciências exatas, descomprometido com a realidade social. Some-se a tudo isso que o conceito da *actio* romana, compreendido como a inflamação do próprio direito subjetivo violado, também desenvolvido por Savigny, no tomo 4 do seu “Sistema de Direito romano Atual”, era alvo de outra crítica, desenvolvida desta feita por Windscheid, na metade do século XIX, que por sua vez fora severamente criticado por Muther, consoante já referido.

Esse cenário perpassa o século XIX e predomina na maior parte do século XX, a ponto de ser de decisiva influência, por exemplo, na elaboração do Código Buzaid.³⁵

Apenas da metade para o final do século XX é que se chega à terceira fase da história do direito processual, a do instrumentalismo, de “indubitável valor positivo” e “profundo impacto na doutrina brasileira”,³⁶ que ultrapassa o aspecto eminentemente técnico da ciência

³⁴ LARENZ, 1980, p. 20-24.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 183, maio 2010, passim.

³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 15.

processual, notadamente porque a doutrina começa a se dar conta de que o processo possui objetivos a serem alcançados mediante seu emprego e escopos no campo social, político e jurídico.³⁷

Isso significa que a ciência processual deve ser direcionada de modo a considerar o processo civil “em razão da conscientização a respeito da instrumentalidade do processo e da reaproximação deste com o direito substancial.”³⁸ De acordo com a doutrina, “assoma, nesse contexto, o chamado aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica”.³⁹ Assinala a doutrina que “essa nova postura conceitual pressupõe uma maior interação entre a constituição e o direito processual civil”.⁴⁰

Já o formalismo-valorativo, última etapa da história do Direito Processual, distancia-se do instrumentalismo, que considera os direitos fundamentais como “simples garantias, instrumentalizados somente para um mero direito de defesa do cidadão em face do Estado”, concepção de caráter essencialmente estático, para compreendê-los, de acordo com a nova teoria das normas, como “direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”,⁴¹ assumindo uma perspectiva dinâmica. De fato, o formalismo-valorativo requer “o reconhecimento da importância e da eficácia potencializada dos direitos fundamentais processuais na construção do processo justo”.⁴²

O processo deve ser visto como fenômeno cultural, embebido de valores⁴³ e direitos fundamentais. A lógica é argumentativa, problemática e de racionalidade prática.⁴⁴ O fim do processo é a concretização da justiça material, de acordo com o caso. O juiz deve ser

³⁷ DINAMARCO, 2002a, p. 64.

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 55.

³⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 23.

⁴⁰ MITIDIERO, 2009, p. 36.

⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 109, mar. 2008a, p. 61.

⁴² MITIDIERO, Daniel. O direito fundamental à tutela jurisdicional satisfativa interinal de urgência no Estado Constitucional e o caso paradigmático do direito ambiental. In: PROCESSO civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007c, p. 63. Consoante Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, 2008b, p. 14, nota 17.), “o direito fundamental ao processo justo é a face dinâmica da garantia do devido processo legal” Vide também, na doutrina estrangeira, COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordenamenti ispano-latinoamericani. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 112, p. 175-176, out./dez. 2003, que traça um paralelo entre a transição do Estado de Direito para o Estado de Justiça e a passagem do “devido processo legal”, tradicionalmente entendido em sentido formal, ao processo “justo”, modernamente concebido em uma acepção substancial, rica de significados ético-deontológicos.

⁴³ Nunca é demais relembrar a autorizada doutrina de Robert Alexy, para quem “valores ou princípios têm o costume de colidir” (ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada**. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 73).

⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 23.

cooperativo e não apenas ativo. A técnica é vista como meio para atingir o valor,⁴⁵ que é a tutela jurisdicional, a qual deve se adequar ao direito material para conduzir à plena realização da justiça do caso (efetividade), com base num processo justo (segurança).⁴⁶

O formalismo-valorativo, desse modo, equaciona de modo adequado as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e coloca o processo no centro da teoria do processo, além de mostrar que “o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança –, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.”⁴⁷

Superados o praxismo, modelo da pré-história processual, o processualismo, movimento da idade moderna do processo civil (de cunho eminentemente técnico e neutro quanto aos valores) e o instrumentalismo, que compreende o direito constitucional “tão-somente na ótica das garantias, vale dizer, de noção fechada, de pouca mobilidade, visualizada mais como salvaguarda do cidadão contra o arbítrio estatal”,⁴⁸ está-se diante do formalismo-valorativo, que “deixa evidente o imbricamento entre o processo civil, a Constituição e a cultura, [...] método mais adequado para estudar o direito processual civil contemporâneo”.⁴⁹

1.2 A Tutela Jurisdicional Coletiva como Produto da Cultura: Delineamento Histórico e Metodológico. A Tutela Jurisdicional Coletiva sob a Perspectiva do Formalismo-Valorativo

Rachel Mulheron a define a *class action* como um mecanismo pelo qual as pretensões (ou parcela delas) de um número de pessoas contra o mesmo demandado podem ser determinadas em apenas um processo. Na *class action*, uma ou mais pessoas (representantes) podem atuar em seu próprio nome e em nome de um número de outras pessoas (a classe) que possuem a mesma ou similar pretensão àquela alegada pelo representante e que compartilham questões comuns de fato e de direito. Apenas o representante é parte na demanda e os membros da classe usualmente não são identificados como tal mas simplesmente mencionados. Os membros da classe ficam vinculados ao resultado da demanda relativo às

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008b, p. 108.

⁴⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 22.

⁴⁸ Ibid., p. 21.

⁴⁹ MITIDIERO, 2005b, p. 21.

questões comuns, favoráveis ou não à classe, muito embora não participem ativamente do processo.⁵⁰

Sem descurar dos primeiros registros históricos, que remontam à *actio popularis* no direito romano clássico e passam pela Inglaterra medieval do século XII,⁵¹ trata-se de um tema que veio à tona nos Estados Unidos no começo da década de 1990, muito embora possua uma origem muito mais remota, na Inglaterra do século XVII, com o *Bill of Peace*, que propiciou a múltiplos demandantes ou vários demandados se fazerem representar por uma ou poucas pessoas, a fim de que fossem resolvidas questões comuns em uma mesma demanda, proposta na Corte de Chancelaria Inglesa. Aliás, nessa época da *Equity* do direito inglês, as *class actions* eram admitidas apenas nas *Courts of Equity* também denominadas *Courts of Chancery*, sendo proibidas nas *Courts of Law*. Somente a partir de 1873, com a fusão de ambas, *Equity* e *Law*, através de ato da *Supreme Court of Judiciary Act*, as *class actions* tornaram-se universalmente reconhecidas nas cortes da Inglaterra.⁵²

Geralmente, todos os indivíduos deveriam estar presentes na Corte; no entanto, quando o número de demandantes era muito grande, de modo que não fosse possível exigir-se a presença de todos, permitia-se que houvesse representantes para as partes, os quais deveriam demonstrar que refletem adequadamente os interesses de todo o grupo, isso porque o julgamento vincularia a todos, tivessem ou não participado do processo.

Assim como na Inglaterra, a utilização das *class actions* no Estados Unidos originou-se nas *Courts of Equity*.⁵³ No início do século XIX o direito americano começa a sofrer influência do sistema inglês e surgem os primeiros escritos acerca do tema, feitos por Joseph Story, consagrado jurista que integrou a Suprema Corte.⁵⁴ Em 1833, o primeiro dispositivo para litígio de grupo em cortes federais foi estabelecido na *Equity Rule 48*. Essa regra permitia uma demanda por meio de representante quando as partes fossem tão numerosas, para uma conveniente administração do processo. Todavia, ao contrário do *Bill of Peace* do

⁵⁰ MULHERON, Rachel. **The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective.** United Kingdom: Hart, 2004, p. 3.

⁵¹ Para um estudo aprofundado acerca das origens históricas da tutela coletiva, v. ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis* às *class actions* norte-americanas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 188, out. 2010, p. 101, que remete à obra de Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1987, talvez a principal sobre o desenvolvimento histórico do assunto. Acerca da evolução histórica das *class actions* nos Estados Unidos da América, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2010, p. 58-68, e LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998. Ver, também, na literatura estrangeira, LUGO, Andrea. *Azione popolari*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1959, v. 4.

⁵² DICKERSON, Thomas A. *Class actions: the law of 50 states*. **Law Journal**, New York, p. 1-8, 2003.

⁵³ *Ibid.*, p. 1-9.

⁵⁴ ROQUE, 2010, p. 10.

direito inglês, a princípio, o resultado da demanda não vincularia as partes ausentes. Apenas dez anos depois, a Suprema Corte Americana decidiu que as partes ausentes estariam vinculadas sob a égide *Equity Rule* 48. Contudo, foi no começo do século seguinte, em 1912, com a *Equity Rule* 38, que uma ação representativa passou a vincular os demandantes ausentes.⁵⁵

O final da história remota das *class actions* americanas foi marcado pela adoção, em 1938, das *Federal Rules of Civil Procedure*. A nova *Rule* 23, marco da *modern era in the United States*, como as regras anteriores, exigia a presença de uma ou várias questões que dissessem respeito a diversas partes e a quantidade de pessoas devia ser tão numerosa que tornasse impraticável a presença delas perante a corte. A versão de 1938 da *Rule* 23 estabeleceu, consoante a proposta de James W. Moore, três tipos de *class actions* denominadas *true*, *hybrid* e *spurious*. A principal diferença entre elas residia na vinculação do resultado da demanda às partes ausentes. Apenas as *true class actions* poderiam vincular *absent parties*, as *hibrid class actions* vinculavam as partes ausentes em apenas em alguns aspectos, enquanto as *spurious class actions* vinculavam apenas os representantes da classe e aqueles que tivessem manifestado expressamente essa opção.⁵⁶

Consoante aponta a doutrina, apenas a *true class actions* era verdadeiramente o que se conhece por uma ação coletiva, sendo tarefa importante determinar, na época, qual a espécie de ação se enquadrava uma situação fática, para se poder determinar a extensão subjetiva da coisa julgada⁵⁷. Era responsabilidade das partes escolherem em qual categoria se enquadrar.

A partir dos levantes sociais que evidenciaram os *civil rights* de 1966, o formato tripartite das *class actions* (*true*, *hibrid* e *spurious*) de James W. Moore entrou em declínio. Foram previstas novas categorias, a *Rule* 23 foi emendada para a tutela dos direitos das partes, iniciando-se aquilo que hoje se conhece como a era moderna das *class actions*, ensejando o ajuizamento de numerosas questões que outrora não eram apreciadas pelo judiciário, por serem mínimas.⁵⁸ Assim, convencionou-se as hipóteses de cabimento da ação coletiva e estabeleceu-se uma norma definitiva sobre a coisa julgada coletiva, a saber, a previsão do seu efeito vinculante em face de todos os membros do grupo, em todos os tipos de ações coletivas, independentemente do resultado do processo.

⁵⁵ HENSLER, Deborah R. et al. **Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain**. Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 2000, p. 10-11.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁷ GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48-49.

⁵⁸ DICKERSON, 2003, p. 1-9.

Trata-se da eficácia *erga omnes* da coisa julgada, aos membros do grupo, delimitados na decisão de certificação (*class actions* dos tipos (B) (1) e (B) (2) da *Rule 23*), e àqueles membros do grupo cuja notificação prevista na subdivisão (C) (2) (B) da *Rule 23* foi dirigida, com exclusão daqueles que exerceram o *right to opt out*.⁵⁹

Em todas essas circunstâncias, o litígio em grupo traz muitos benefícios às partes demandantes e demandadas, devendo o juiz conceder o status de ação coletiva com a consequência de o resultado vincular todos os membros do grupo. Com isso, entende-se que os representantes dos ausentes têm responsabilidade sobre os interesses destes. Em outras palavras, os demandantes agem sempre em nome da classe que representam.

Além disso, a eficácia da coisa julgada *erga omnes* tornou indispensável disciplinar na *Rule 23* garantias mínimas aos membros ausentes, especialmente em relação à notificação dos integrantes da classe e outras medidas a serem adotadas pelo juiz, previstas nas letras (C) e (D).⁶⁰

Por outro lado, nos países de *civil law*, aí incluído o Brasil, consoante aponta a doutrina, é preciso observar que as ações coletivas em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países ibero-americanos criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos.⁶¹ Até porque, atualmente, é crescente em doutrina a ideia de uma aproximação cada vez maior entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*.

E, de fato, não poderia ser diferente, já que ambas jurisdições possuem afinidades e origens no processo romano clássico, sendo essas semelhanças mais evidentes nos ordenamentos dos países de *common law* do que nos países de *civil law*, consoante Mauro Cappelletti.⁶²

De fato, o jurista aponta uma influência direta do processo romano clássico, também chamado de processo “formulário”, sobre os originários desenvolvimentos históricos do processo anglo-saxão, a exemplo da distinção do processo em duas fases, a *issue-making stage* (fase *in jure*) e o *trial* (fase *apud iudicem*), quando no *trial* romano encontra-se também a figura do *iudex*, que é uma pessoa privada, similar aos jurados do processo anglo-saxão, e que já no *trial* romano dominavam os princípios da oralidade, da concentração, da

⁵⁹ GIDI, 2007, p. 272. Acerca das hipóteses de cabimento das *class actions* norte-americanas, o estudo de fôlego produzido por Ibid..

⁶⁰ ROQUE, 2010, p. 138.

⁶¹ GRINOVER, ADA Pellegrini. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de *civil law*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, mar. 2008, p. 150.

⁶² CAPPELLETTI, 1974, p. 315-361.

imediatidade e do livre convencimento do juiz, estes reencontrados somente no processo da *common law*⁶³ e verificados em alguns ordenamentos do *civil law*, como o brasileiro.

Uma maior aproximação do direito inglês ao direito romano também reside no fato de que em ambos os sistemas os direitos substanciais foram praticamente criados mediante expedientes concretos de caráter processual, sendo constatada uma mentalidade concreta, indutiva e casuística dos juristas romanos da época clássica, mediante a qual o sistema romano era criado, não mediante a elaboração ou modificação de normas gerais e abstratas, mas pela criação de novas ações ou exceções para casos concretos da vida, reconhecidos pelo *praetor* como mercedores de tutela, muito similar, sob esse aspecto, ao sistema anglo-saxão de “criação judiciária” do direito (*judge made law*).⁶⁴

Tudo a demonstrar o movimento crescente de aproximação dos ordenamentos jurídicos, mediante a verificação de pontos de encontro entre o *civil law* e o *common law*, o que justifica o interesse não apenas da doutrina, mas da própria jurisprudência de origem romano-canônica, por certas expressões fundamentais do constitucionalismo anglo-americano, como por exemplo, o *due process of law*,⁶⁵ e, sob esse aspecto, também justifica o interesse da doutrina do *civil law* pelo estudo das *class actions* norte-americanas.

Atualmente, verifica-se nos Estados Unidos uma poderosa campanha dos centros de poder para diminuir a força da ação coletiva, já que se trata de instrumento extremamente poderoso contra o poder institucionalizado, seja ele político, social ou econômico, muito semelhante ao movimento encontrado no Brasil,⁶⁶ o que, de certa forma, acaba por aproximar ambos os sistemas jurisdicionais. Uma coisa, no entanto, parece que é certa: o futuro das *class actions* é imprevisível.⁶⁷ Também o é o das ações coletivas no sistema brasileiro.

Com efeito, o advento da Constituição⁶⁸ de 1988 foi fundamental para o amadurecimento do processo coletivo no Brasil, já que representa hoje um fundamento de

⁶³ CAPPELLETTI, 1974, p. 319.

⁶⁴ CAPPELLETTI, op. cit., p. 328.

⁶⁵ Ibid., p. 360.

⁶⁶ A exemplo do parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, incluído pela medida provisória n. 2.180-35, de 2001, que dispõe não ser cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados., em evidente afronta ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

⁶⁷ GIDI, 2007, p. 65-66.

⁶⁸ Que para KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: JURISDIÇÃO constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 130), como quer que a defina, será sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender, cujo núcleo permanente é a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem.

validade de todas as normas⁶⁹, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que no seu título III trata da defesa do consumidor em juízo.

Hodiernamente, o processo coletivo é guiado através da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e do título III do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que são os diplomas legislativos brasileiros sobre ações coletivas, os quais se complementam uns aos outros, sendo o equivalente a um Código de Procedimentos Coletivos.⁷⁰

Além disso, existem quatro anteprojetos de códigos de processos coletivos, ambos visando à efetivação da tutela coletiva, realização dos direitos fundamentais e atendimento aos anseios de uma sociedade de massas.⁷¹

A Constituição de 1988, por sua vez, consagra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada no art. 5º, XXXV, e inclui os direitos “coletivos” no rol dos direitos fundamentais, consagrando, definitivamente, a defesa de direitos “coletivos” por meio do processo jurisdicional.

Diante disso, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira anotou que “alçou-se a nível constitucional a ação civil pública, veículo fundamental para a proteção dos interesses e direitos difusos e coletivos”,⁷² a constituir-se verdadeiro direito fundamental⁷³, democrático na medida em que garante direitos de liberdade e igualdade e assegura o desenvolvimento e a existência de pessoas capazes de manter as condições funcionais do processo democrático, e não mera garantia constitucional⁷⁴ contra o arbítrio estatal.

Nesse contexto, o direito processual civil brasileiro evoluiu, facilitando, sobremaneira, o acesso à justiça e a tutela adequada de direitos, ganhando papel de destaque no formalismo processual, cada vez mais, o valor efetividade, que passou a preponderar sobre a segurança

⁶⁹ ZANETI JÚNIOR., Hermes. A efetivação do mandado de segurança coletivo no código brasileiro de processo coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 396.

⁷⁰ GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil**. México: UNAM, 2004, p. 23.

⁷¹ São eles o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual; o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América; o Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pela UERJ/UNESA, coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, e o Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito, de Antonio Gidi.

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 148.

⁷³ ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Madrid: Trotta, 2005, p. 37.

⁷⁴ No sentido de que a ação civil pública é mera garantia constitucional, ALMEIDA, Gregório Assagra. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas, Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/85. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

jurídica, que “já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina”.⁷⁵

Foi ampliado o rol de direitos fundamentais⁷⁶, reconhecendo-se direitos ligados à sociedade de massas, geralmente tratados como de terceira geração⁷⁷, caracterizados por sua transindividualidade, por pertencerem a uma coletividade.

Essa sociedade de massas impõe a criação de novos mecanismos de tutela jurisdicional, já que a fórmula do Código Buzaid⁷⁸ é insuficiente para solucionar adequadamente os conflitos emergentes dessa nova categoria de direitos. Exigiu-se “que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente as necessidades da sociedade contemporânea.”⁷⁹

Daí a necessidade de vislumbrar o processo coletivo à luz dos direitos fundamentais e fazer nascer aquilo que pode ser entendido como o *formalismo da tutela jurisdicional coletiva*. Para tanto, imprescindível agregar-lhe valores constitucionais, principalmente a efetividade e a segurança, sempre em perspectiva dinâmica.

De notar-se que de acordo com o formalismo-valorativo o processo não é meramente instrumental, “pois revela um valor próprio, ao estabelecer “[...] as formas, inclusive as formas de tutela, com o que pode tornar efetivo o direito material, além da eficácia e dos efeitos próprios da atividade jurisdicional.”⁸⁰ Isso porque ao formalismo da tutela jurisdicional coletiva também compete a função primária de codificar a relação fundamental entre a iniciativa do indivíduo⁸¹ para a instauração do processo e a possibilidade de se obter em juízo uma tutela jurisdicional adequada.

De sorte que parece fundamental, hoje, justificar a tutela jurisdicional coletiva sob a ótica do direito constitucional, em perspectiva dinâmica, utilizando-se o método do formalismo-valorativo, preocupado com o processo cooperativo, ético e social, fundado nos direitos fundamentais da efetividade e da segurança.

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 136.

⁷⁶ De notar-se que BARBOSA, Rui. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893, p. 138, em 1893, já reconhecia a existência de direitos coletivos, na seguinte passagem: “o arbítrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o auctoriza, o arbítrio de cada função política no circulo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuaes, ou collectivos, que a propria Constituição garante.”

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

⁷⁸ Acerca das distinções entre o Código Buzaid e o Código Reformado, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 723.

⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 92.

⁸¹ No processo coletivo é o “representante adequado” para a demanda coletiva.

Ante essa nova realidade, ao se elaborar dogmaticamente, organizar, interpretar e aplicar a tutela jurisdicional coletiva, a preocupação será voltada à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais,⁸² de modo que a ele se propicie a aplicação imediata dos direitos fundamentais processuais, em face da natureza cultural do fenômeno processual e do próprio direito.

Essa concepção, como será demonstrado, não se restringe ao processo civil individual, mas deve ser amplamente aplicada ao processo civil coletivo. Este, portanto, não é ramo absolutamente distinto do direito processual⁸³, sendo-lhe possível aplicar os ensinamentos da doutrina, bem como as disposições do Código de Processo Civil, subsidiariamente, e da Constituição da República.⁸⁴

Assim, embora reconhecida em doutrina como direito processual coletivo, um novo ramo do direito processual, com natureza, dignidade e berço constitucionais, pertencente ao direito processual constitucional, em que se aplicam, como em todo o direito processual, os princípios e as garantias constitucionais do direito constitucional processual, em que está fundamentada a teoria geral do processo, como o devido processo legal, o acesso à justiça, o contraditório e outras regras e princípios processuais, que devem inspirar e informar todo o direito processual, especialmente o coletivo⁸⁵, o que na verdade será demonstrada é a conformação da tutela jurisdicional coletiva a um novo modelo de processo civil, consentâneo à feição democrática do Estado Constitucional⁸⁶, que deixa de ter um papel de pura abstenção

⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 28.

⁸³ Embora respeitáveis opiniões em contrário, a exemplo de ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo**: um novo ramo do direito processual, São Paulo: Saraiva, 2003, e GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 11-15. Enquanto aquele assevera que “não constituiria um novo ramo do direito, mas um novo ramo do direito processual, com natureza de direito processual constitucional-social” e mais adiante divide o direito processual em três ramos: a) direito processual penal; b) direito processual civil; e c) direito processual coletivo. (Ibid., p. 19-20) aquela menciona que “vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código de Defesa do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós-graduação, sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e seus institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.” (Ibid., p. 11)

⁸⁴ De certa forma é a proposta já levada a efeito por MITIDIERO, 2007c.

⁸⁵ ALMEIDA, G.A., 2003, p. 18-19.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**: legge, diritti, giustizia. Torino: Einaudi, 1992, passim.

e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais, que no caso do processo, significa, também, densificar o direito ao processo justo.⁸⁷

Enfim, a tutela jurisdicional coletiva deve ser examinada sob a ótica da proposta do formalismo-valorativo, para que seja obtido como resultado um processo embebido de valores constitucionais, fatores culturais, cuja finalidade é a concretização da justiça material e da paz social, tudo inserido no conceito de “cidadania processual”.⁸⁸

2 O PROCESSO E O DIREITO MATERIAL

As teorias unitárias pressupunham fosse a ação um conceito tão-somente do plano do direito material, a exemplo da teoria imanentista do direito de ação, segundo a qual a *actio*, para Savigny, significava o direito violado, agora revestido de determinado aspecto, conferido a quem sofrera lesão no seu direito. Esse direito novo seria justamente a ação, ou melhor, a relação que da violação resulta, o direito conferido à parte lesionada, se chama direito de ação ou ação. Igualmente, toda a ação implica necessariamente duas condições: um direito e a violação deste direito. Se o direito não existe, a violação não é possível, se não há violação o direito não pode revestir a forma especial de ação.⁸⁹

Logo, a relação entre a *actio* e o direito subjetivo era muito estreita, na visão de Giovanni Pugliese.⁹⁰ A tese de Savigny influenciou, por exemplo, na doutrina brasileira, João Monteiro, para quem “acção (*actio iuris*) é a reacção que a força do direito oppõe á acção contrária (*violatio iuris*) de terceiro; é um movimento de reequilíbrio; é um remédio.”⁹¹

Em razão disso, costuma-se afirmar que o procedimento romano era um sistema de ações e não um sistema de direitos, e o conceito de ação foi evidenciado ao longo de seus três períodos (ações da lei ou *legis actiones*, formulário ou *per formulas*, e procedimento extraordinário ou *cognitio extraordinem*).⁹²

Logo, nessa fase predominava o monismo do ordenamento jurídico, a saber, a existência de um só plano, que compreendia tanto o direito material quanto o processual.⁹³

⁸⁷ MITIDIERO, colaboração no processo civil como prêta-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. São Paulo: Revista de Processo, v. 194, abr. 2011, p. 59

⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 23.

⁸⁹ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual**. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [19?], v. 4, p. 9-10.

⁹⁰ PUGLIESE, Giovanni. Introduzione. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno all'actio**. Florença: Sansoni, 1954, p. XIV.

⁹¹ MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e comercial**. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912, v. 1, p. 89

⁹² Por todos, SCHULZ, Fritz. **Classical roman law**. Oxford: Clarendon, 1969, p. 11.

⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 19.

Essa assertiva ainda é confirmada quando se afirma que ao pretor caberia indicar a norma que deveria regular o caso, quando na verdade ele não dispunha de um sistema legal previamente estruturado e vigente. Seu *dicere ius*, significava, no sentido moderno, uma atividade análoga à do legislador, que posteriormente deveria ser “aplicada” pelo *iudex* ao caso concreto.⁹⁴ Isso era possível porque o processo estruturava-se em duas fases, o *in iure* e o *in iudicium*.⁹⁵

Destarte, considerado o monismo do ordenamento jurídico, o direito material apenas nasceria do resultado do processo e não existiria antes da sentença, tese muito difícil de ser sustentada nos dias de hoje, especialmente naquelas famílias jurídicas estabelecidas pela via da codificação.⁹⁶

Consoante Alessandro Giuliani, a história do processo é percorrida desde o eterno conflito entre retórica e lógica, que reflete duas concepções opostas do *ordo*, as quais definiu de “*ordo* isonômico” e de “*ordo* assimétrico”, que, respectivamente, são a base do *ordo iudiciarius* medieval e do processo no sentido moderno.⁹⁷

Com efeito, o *ordo iudiciarius*, com seu caráter público, argumentativo e justificativo, representava um capítulo da retórica e da ética.⁹⁸ Nesse contexto, a doutrina assinala que “até a idade moderna o processo era considerado manifestação de uma razão prática e social, que se realizava no tempo com a colaboração da praxe dos tribunais e da doutrina”.⁹⁹

De notar-se que a partir dos séculos XVII e XVIII a mudança da “ordem isonômica” para a “ordem assimétrica” desenvolve-se de forma paralela à passagem do *iudicium* ao *processus*, com a apropriação, por parte do príncipe, do *ordo iudiciarius*, evento traumático na história do processo continental, consoante Nicola Picardi.¹⁰⁰ Na base do *ordo* “não se avista mais uma orientação problemática e uma lógica argumentativa, mas uma racionalidade subjetiva, formal e calculista.”¹⁰¹

⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 355, maio 2007b, p. 15.

⁹⁵ Por todos, CHIOVENDA, Giuseppe. L’idea romana nel processo civile moderno. **Rivista de Diritto Processuale Civile**, Padova, n. 4, 1932, p. 319.

⁹⁶ Por todos, ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 9.

⁹⁷ GIULIANI, Alessandro. L’ordo *iudiciarius* medioevale: riflessioni su un modello puro di ordine isonomico. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 1988, p. 600.

⁹⁸ PICARDI, Nicola. ‘Audiatur et altera pars’: le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 1, 2003, p. 8.

⁹⁹ PICARDI, 1987, p. 114.

¹⁰⁰ PICARDI, 1987.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 116. Assinala ainda que com o jusnaturalismo moderno iniciava a decadência do princípio do contraditório. A concepção clássica de verdade provável era substituída pela confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta, pré-constituída, ressalvada a sua identificação, logo em seguida – com base nos postulados epistemológicos, respectivamente empíricos ou racionalistas – com a verdade “material” ou com a

Entre os anos de 1856 e 1857, a ação é objeto de uma polêmica travada entre os romanistas Windscheid e Muther, a qual, consoante a doutrina, foi fundamental “para a destruição, no século XIX, da visão unitária da *actio* (compreensiva tanto do direito material quanto do processual).”¹⁰²

Windscheid identificou o conceito de *actio* com o de pretensão (*Anspruch*) ao afirmar que a “*actio* è l’espressione per indicare la pretesa”¹⁰³ e afastou-o do moderno direito de acionar (*Klagerecht*), já que este “è la facultà di imporre la própria volontà in via giudiziaria”.¹⁰⁴ Muther, ao criticar essas ideias, teve o mérito de definir a *actio* como pretensão à outorga de uma “fórmula”, frente ao Estado, em linha de princípio, à prestação de tutela jurídica.¹⁰⁵

Como anotou Giovanni Pugliese, a contribuição de Windscheid foi importante ao demonstrar que o conceito romano de *actio* era estranho ao direito moderno e não coincidia com o de *Klagerecht*, de modo a recomendar o equívoco da linguagem de *actiones*. Talvez o mérito de Windscheid tenha sido justamente identificar na pretesa o conceito moderno de *actio*, como situação jurídica substancial, notadamente distinta da ação em sentido processual e não identificável, de outra parte, com o direito subjetivo, do qual representa uma emanção.¹⁰⁶

Muther, por sua vez, naquilo que foi denominado por Pugliese de parte “constitutiva” de sua obra, ao definir a *actio* como o direito frente ao magistrado à concessão de uma fórmula e, em geral, como um direito frente ao Estado à prestação da tutela jurídica, obteve larga repercussão.¹⁰⁷

Em 1868, com a obra seminal de Oskar Bülow¹⁰⁸, o processo passa a ser visto como uma relação jurídica de direito público, algo até então não concebido claramente, porque os direitos e obrigações processuais envolvem funcionários do Estado e cidadãos, que se distingue das demais relações de direito porque avança gradualmente e se desenvolve passo a passo, em constante movimento e transformação.¹⁰⁹

São delineadas, então, no final do século XIX e início do século XX, as teorias concretas da ação, de Adolf Wach (1885) e Giuseppe Chiovenda (1903). Para Wach, tem ação

verdade “formal”. O novo ordo apresenta, em definitivo, um caráter “assimétrico” enquanto fundamentalmente elaborado com base na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática. (Id., p. 117)

¹⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 23.

¹⁰³ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno all’actio**. Florença: Sansoni, 1954, p. 12.

¹⁰⁴ Ibid., p. 8.

¹⁰⁵ Ibid., p. 233-234.

¹⁰⁶ PUGLIESE, 1954, p. XVI-XVII.

¹⁰⁷ Ibid., p. XXII.

¹⁰⁸ BÜLOW, 1964.

¹⁰⁹ Ibid., p. 1-2.

quem tem razão, consubstanciada na chamada pretensão à tutela jurídica, que exige sentença favorável, sobretudo porque “el objeto de todo proceso es una pretensión, la pretensión de tutela jurídica, es decir, la pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal.”¹¹⁰ Assim, pretende-se acabar com a unidade entre o direito material e o direito processual.¹¹¹

Nessa linha também argumenta Chiovenda, ao definir a ação como direito potestativo, como “poder que nos assiste em face do adversário a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei”¹¹² ou “poder do titular do direito de produzir, mediante uma manifestação de vontade, um efeito jurídico, ou a cessação de um estado jurídico desvantajoso”.¹¹³ Poder esse que é exercido frente a “uma pessoa, ou várias, que não estão obrigadas a nenhuma prestação, apenas sujeitas, de modo que não podem se subtrair ao efeito produzido”.¹¹⁴

Todavia, as teorias concretas do direito de agir, embora o mérito de terem vislumbrado a autonomia do processo em relação ao direito material, ainda assim esbarram num “concretismo incompatível com a incerteza do direito litigioso”.¹¹⁵

Isso porque, de igual, tanto para Wach como para Chiovenda, para existir ação “de mister que efetivamente se tenha o direito material invocado no processo, eclodindo este, destarte, em sentença favorável”¹¹⁶, quando se sabe que, de acordo com a doutrina, “o que existe é o direito ao processo, ou seja, direito à tutela jurídica, a ser prestada de forma favorável ou não, prescindindo-se da real existência subjacente material”¹¹⁷.

De toda sorte, afirma-se que o distanciamento da ação do direito substancial pode ser considerado o ponto chave da construção de Chiovenda, talvez a sua maior contribuição para a teoria do processo, embora não precisado em termos claríssimos.¹¹⁸

Cronologicamente antecedentes às teorias concretas e diametralmente opostas são as teorias abstratas do direito de agir, capitaneadas por Plósz (1876) e Degenkolb (1877). Para os abstrativistas, ter ação significa o poder de reclamar decisão de qualquer conteúdo. O direito

¹¹⁰ WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJE, 1977, v. 1, p. 42.

¹¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 31.

¹¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 1, p. 24.

¹¹³ CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. In: ENSAYOS de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJE, 1949a, v. 1, p. 26.

¹¹⁴ Ibid., p. 26.

¹¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 34.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004a, v. 1, p. 80.

¹¹⁷ Ibid., p. 80.

¹¹⁸ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 4, 2003, p. 1143.

de ação “revela-se independente da existência do direito material”.¹¹⁹ Para Degenkolb, exige-se ainda a “convicção subjetiva de que o direito efetivamente exista”¹²⁰. Essa boa-fé no aforamento da demanda, todavia, fora rejeitada por Plósz, como informa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹²¹

Calamandrei, após analisar as teorias concretas e abstratas, que, na época, disputavam espaço na doutrina, conclui pela relatividade do conceito de ação, que não pode ser formulado em termos absolutos, como se não houvesse mais de uma teoria que pudesse ser considerada exata frente a todas as outras que haveriam de ser equivocadas. Quando analisa o problema, adota como mais adequada historicamente ao processo civil regulado pelo novo código italiano a teoria da ação como direito potestativo, de Chiovenda.¹²²

Todavia, as teorias abstratas também repercutiram e influenciaram a doutrina posterior, a exemplo de Alfredo Rocco, que definiu a ação como direito abstrato e geral, não necessariamente dependente da existência de um direito subjetivo material concreto e nem vinculado à crença da existência do direito,¹²³ e de Eduardo Couture, que a definiu como forma típica do direito de petição, configurado como uma garantia individual prevista na maioria das constituições escritas. A ação, para Couture, não difere, na sua essência, do direito de petição, no sentido que se dá a este direito nos textos constitucionais. Esse seria o gênero, aquela, uma espécie. Exercida a ação ante o poder judiciário, surge o dever de pronunciamento por parte do juiz, nas formas processuais impostas pela lei.¹²⁴

Como bem ressalta a doutrina, “no período do processualismo a relação entre direito subjetivo e ação polariza o relacionamento entre os planos do direito material e do direito processual”.¹²⁵ Ainda, “no processualismo, o direito material e o direito processual são duas realidades distintas que não se tocam”.¹²⁶

¹¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 63.

¹²⁰ Ibid., p. 63.

¹²¹ Ibid., p. 66.

¹²² CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo código**. Buenos Aires: El Foro, 1996, p. 252-256. Com mais vagar em CALAMANDREI, Piero. La ‘relativita’ del concetto d’azione. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 427-449.

¹²³ ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962, p. 74.

¹²⁴ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: B de F Editorial, 2002, p. 61-65. Também em COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

¹²⁵ MITIDIERO, 2005b, p. 69.

¹²⁶ Ibid., p. 70.

Tal fenômeno mereceu severa crítica de Ovídio Baptista da Silva, que lamentou o afastamento do direito material e a “extrema alienação da ciência processual civil, decorrente de sua fuga para o mundo das normas (“mundo jurídico”), deixando marcas indelévels”.¹²⁷

A autonomia do direito processual também foi criticada por outro setor da doutrina, que a encarou com certas restrições e alertou para o perigo em torná-lo excessivamente abstrato com relação ao seu *humus* substancial – que não significa uma necessária abstração relativamente a fundamentos extrajurídicos, extraprocessuais, culturais, políticos, econômicos e ideológicos¹²⁸, porquanto “não é mais possível a ilusão de um processo infenso à ideologia, distante do direito material e da realidade da vida”.¹²⁹

Pouco depois, na primeira metade do século XX, começa a ser implementada, entre nós, a teoria dualista da ação de direito material e da “ação” processual, de Pontes de Miranda. Em síntese apertada, afirma Pontes que a ação é a “inflamação do direito ou da pretensão”¹³⁰. Como é vedada a autotutela, prossegue lecionando que a ação exerce-se por meio da “ação”.¹³¹

Nesse passo, afirma que “deduzindo-se *in iudicium*, há direito deduzido, pretensão deduzida e ação deduzida; não há direito à pretensão nem direito à ação. Direito de ação seria o direito de “ação”, direito e pretensão à tutela jurídica, que, exercendo-se, suscita a “ação”.¹³²

Destarte, a ação pertenceria ao plano do direito material e a “ação” (com aspas) ao do direito processual e aí estaria estabelecido o corte entre os planos material e processual.¹³³

¹²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a, p. 161-162.

¹²⁸ CAPPELLETTI, 1969, p. 29.

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: INTRODUÇÃO ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 13.

¹³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970b, v. 5, p. 482.

¹³¹ *Ibid.*, p. 478. Acerca do tema, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 100, dez. 2005, p. 59-60, afirma que para Pontes de Miranda e seus seguidores a eficácia da sentença decorreria somente da ação de direito material. Nessa perspectiva, tanto a ação de direito de material quanto a pretensão invocada em juízo pertencem ao corpo mesmo do direito material. Com o não atendimento voluntário, o direito subjetivo material ficaria inflamado e essa inflamação constituiria exatamente a ação de direito material. Assim, a ação de direito material seria o mesmo agir para a realização inerente a todo direito material, com a única diferença que, proibida a autotutela privada, a sua efetivação se daria por meio da ação dos órgãos estatais. O acolhimento do conceito de ação de direito material determina a duplicação das ações: por um lado, a ação (sem aspas) de direito material, nesse amparada, dirigida contra o obrigado; por outro, a ação (com aspas) processual, de direito público, endereçada contra o Estado, para que este, uma vez certificada a existência do direito, proceda a sua realização coativa, praticando a mesma atividade de que havia sido impedido seu titular. Para essa corrente, as ações de direito material e por consequência as sentenças de procedência da demanda ostentariam força (eficácia principal) preponderantemente declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva (classificação quinária).

¹³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970a, v. 1, p. 116.

Recentemente, a teoria de Pontes de Miranda foi criticada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹³⁴, que, em seguida, foi replicado por Ovídio Baptista da Silva¹³⁵ e mais tarde ofertou resposta à réplica¹³⁶, constituindo-se em interessante polêmica sobre a ação de direito material.

Analisada a polêmica travada entre os juristas, numa perspectiva contemporânea do processo civil¹³⁷, tudo indica que as críticas¹³⁸ oferecidas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira tendem a prevalecer no aludido debate.

Relevante, ainda, para efeitos de crítica à teoria da ação de direito material, a constatação de que a sociedade é cada vez mais complexa, exigindo-se meios mais sofisticados e apurados de tutela jurisdicional, que não correspondem a um agir privado, a uma ação de direito material, a exemplo da jurisdição constitucional, das demandas de prevenção do ilícito e da lesão e das demandas pertinentes aos direitos difusos e coletivos, também sem paralelo fora do processo.¹³⁹

¹³³ MITIDIERO, Daniel. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 88, 2002, p. 141.

¹³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006c, p. 41-54.

¹³⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 55-81.

¹³⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a, p. 83-109.

¹³⁷ Que deve levar em consideração para o estudo do direito processual a proposta do formalismo-valorativo.

¹³⁸ As críticas são mencionadas em ALVARO DE OLIVEIRA, 2006b, p. 83-109, e amplamente desenvolvidas em ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 47-61. Nesta obra, podem ser destacadas as seguintes: “com o monopólio estatal da administração da justiça, a ação só pode ser pensada como um poder dirigido contra o Estado, pois só esse pode garantir a tutela jurisdicional dos direitos e determinar os pressupostos pelos quais deve ela ser outorgada. Não se cuida, portanto, de um direito privado, mas de um direito revestido de natureza pública, que por seu caráter, sua direção, seu conteúdo e seus requisitos se distingue essencialmente da pretensão privada (Ibid., p. 49). Se não é possível reconhecer a existência do direito antes do contraditório, fica difícil admitir a “ação de direito material”, já no início da demanda, algo que está ínsito ao próprio direito subjetivo, que faz parte da sua essência. (Ibid., p. 52) Além disso, depois de decidido o litígio, também não reaparece a ação de direito material, porque a eficácia e a força da sentença decorrem do comando emitido pelo órgão judicial, que recai na esfera substancial das partes, em virtude do império decorrente do exercício da jurisdição e da soberania do Estado (Ibid., p. 53). Assim, a alegada ação de direito material, uma vez julgada procedente a demanda, passa a se confundir com o resultado do processo, ou com a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado” (Ibid., p. 53). Mas recentemente, as críticas podem ser encontradas no Curso de Processo Civil, nos seguintes termos: “A teoria dualista deixa sem resposta satisfatória as ações envolvendo o controle concentrado de constitucionalidade, as ações que visam à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e o problema da natureza da tutela jurisdicional. Acaso adotada, seria forçoso reconhecer que a tutela jurisdicional teria sempre eficácia declaratória, já que a força dos provimentos deveria ser toda buscada no plano do direito material. Não bastasse isso, tal idéia contém em si uma grande contradição, por trabalhar com conceitos de direito material, estáticos por natureza, em ambiente dinâmico como o processual: não pode haver ação de direito material no plano processual, porque o agir aí é tarefa exclusiva da ação processual. Não se pode confundir afirmar com agir”. ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 138-139.

¹³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 61.

Portanto, com a inserção dos direitos fundamentais da segurança e da efetividade no formalismo processual, que é valorativo, já não é mais adequado falar nas ações de direito material e sua classificação quinária (declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental), porque essas categorias devem ser trabalhadas em ambiente próprio, qual seja, o processual, fixando o foco nos contornos tutela jurisdicional, em perspectiva constitucional.¹⁴⁰

Com efeito, a partir da segunda metade do século XX a doutrina começa a preocupar-se com as finalidades primordiais do processo, seus escopos, já que a ciência processual, a essa altura, já havia adquirido a devida maturidade.¹⁴¹

Propõe-se “a colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual”,¹⁴² já que “a preocupação central com a ação é sinal da visão privatista do sistema processual, supostamente posto a serviço do autor e dos direitos.”¹⁴³

Segundo a teoria eclética de Liebman, adotada pelo nosso Código de Processo Civil¹⁴⁴, “de orientação predominante entre os processualistas brasileiros, caracterizada na Escola Processual de São Paulo”¹⁴⁵, a ação consiste no direito ao processo e ao julgamento de mérito¹⁴⁶, com destaque às “condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*), colocadas como verdadeiro ponto de contato entre a ação e a situação de direito material.”¹⁴⁷ Segundo Liebman, ausente qualquer das condições da ação, há carência da ação e não houve verdadeiro exercício de jurisdição¹⁴⁸, com extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, IV, do Código de Processo Civil Brasileiro).

Hodiernamente, a teoria de Liebman também se mostra insuficiente para equacionar as relações entre direito e processo, já que não basta a mera declaração do direito material por sentença. Com a previsão dos arts. 461 e 461-A do CPC, bem como do art. 84 do CDC, a ação

¹⁴⁰ Ibid., p. 82.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002d, p. 20.

¹⁴² DINAMARCO, 2002a, p. 92-98.

¹⁴³ Ibid., p. 52-53. Dinamarco ainda assevera que “por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual” (Ibid., p. 94)

¹⁴⁴ Embora o Código de Processo Civil Brasileiro tenha adotado a teoria eclética da ação de Liebman, a doutrina reconhece que o diploma foi elaborado sob o influxo da fase metodológica do processualismo. Acerca, MITIDIERO, 2005, p. 37-38) refere que “desde as nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade.”

¹⁴⁵ DINAMARCO, 2002a, p. 52.

¹⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. L'azione nella Teoria del Processo Civile. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962, p. 31.

¹⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 254.

¹⁴⁸ LIEBMAN, op. cit., p. 47.

não se exaure com a sentença de procedência, já que o autor, quando se socorre dessas normas, não solicita apenas sentença de mérito, mas pede prestação de tutela jurisdicional. Hoje em dia, interessa muito mais a sua efetiva realização no plano social.¹⁴⁹

Essa nova perspectiva, de realização dos direitos, acaba por desvalorizar a importância conceitual da ação¹⁵⁰, que, de acordo com Elio Fazzalari, na verdade, caracteriza-se como uma situação subjetiva composta e consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio da reunião de poderes, faculdades e deveres que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, conforme a sequência processual estabelecida em lei, cada qual, direta ou indiretamente, como consequente do anterior e pressuposto do seguinte.¹⁵¹

Nicola Picardi também abandona os tradicionais conceitos de ação como um poder solitário que coloca em movimento o processo para considerá-la em sentido prespectivo, complexa e de evolução progressiva, como a síntese de uma série de poderes e faculdades, deveres e ônus, bem como direitos em sentido estrito que o ordenamento atribui ao autor no plano processual ao longo de todo o procedimento. A ação assume um caráter complexo, enquanto pluralidade de posições subjetivas processuais, e progressivo, já que se resolve numa sequência que se desenvolve gradualmente no curso do processo.¹⁵²

Daí a ideia contemporânea de que “a relação entre o direito e o processo civil deixa de ter como único ponto de encontro o instituto da ação e passa a dominar o processo em toda a sua extensão”.¹⁵³ Com efeito, todo o processo reage ao direito material¹⁵⁴, não apenas a ação. Processo, aqui, entendido não mais como uma relação jurídica de direitos e obrigações recíprocos entre as partes e o estado, de direito público,¹⁵⁵ mas como “un procedimento in cui partecipano anche coloro nella cui sfera giuridica l’atto finale è destinato a svolgere effetti: in contradditorio, e in modo che l’autore dell’atto non possa obliterare le loro attività”,¹⁵⁶ ou seja, um procedimento desenvolvido em contraditório, na concepção de Fazzalari.

Também não satisfaz a colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual, já que após a revolução hermenêutica do século XX “não se pode mais afirmar

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 100, dez. 2005, p. 293.

¹⁵⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2006a, p. 109.

¹⁵¹ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1996, p. 425-427.

¹⁵² PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 131.

¹⁵³ MITIDIERO, 2005, p. 70.

¹⁵⁴ FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo**. Milano: Giuffrè, 1957, p. 113.

¹⁵⁵ BÜLOW, 1964, p. 1-2.

¹⁵⁶ FAZZALARI, Elio. Procedimento (teoria generale). In: **ENCICLOPEDIA del Diritto**. Milano: Giuffrè, 1986, v. 35, p. 827.

que à jurisdição cumpra tão-somente uma função declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador.”¹⁵⁷

Portanto, de acordo com a doutrina contemporânea do processo civil, “todo o processo está impregnado do direito material.”¹⁵⁸ Tal a assertiva de Fazzalari, acerca da relação entre direito e processo: “il rapporto va istituito non piú e soltanto fra azione e diritto soggettivo, bensì fra l’intero processo giurisdizionale e tale diritto.”¹⁵⁹

Noutras palavras, para coordenar e equacionar ambos os planos, visando à concretização de um processo justo¹⁶⁰, existe no plano material o direito à tutela dos direitos e no plano processual o direito à tutela jurisdicional. Esta deverá ser sempre uma resposta adequada e efetiva àquela, para que se viabilize a tutela de toda a sorte de direitos (individuais e coletivos).

O que importa, portanto, é o valor, a tutela jurisdicional dos direitos e a efetividade dos direitos fundamentais. Daí servir o direito fundamental constitucional de proteção ou tutela como “ponte” entre o direito material e processual.¹⁶¹

De tudo que foi dito, consoante a melhor doutrina, consideram-se superadas as teses monistas do ordenamento, sejam as que resolviam toda a fenomenologia jurídica no plano substancial e consideravam a ação como uma simples projeção do direito subjetivo material, sejam as quais o fenômeno jurídico seria, ao contrário, relevante apenas quando deduzido no processo, e que antes e fora do processo existiriam apenas relações de fato e o direito subjetivo material seria resolvido inteiramente na ação.¹⁶² Sendo dominante a orientação que postula a existência de duas realidades distintas, o fenômeno jurídico substancial e o processual,¹⁶³ evidencia-se a conclusão de que no ordenamento encontra-se o dualismo entre direito e processo.¹⁶⁴

¹⁵⁷ Nesse sentido MITIDIERO, 2009, p. 39.

¹⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 95.

¹⁵⁹ FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall’azione’ al ‘processo’ (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 1994, p. 923.

¹⁶⁰ Consoante ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 14, nota 17, o direito fundamental ao processo justo é a face dinâmica da garantia do devido processo legal. Também, na doutrina estrangeira, COMOGLIO, 2003, p. 175-176, que traça um paralelo entre a transição do Estado de Direito para o Estado de Justiça e a passagem do “devido processo legal”, tradicionalmente entendido em sentido formal, ao processo “justo”, modernamente concebido em uma acepção substancial, rica de significados ético-deontológicos.

¹⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 83.

¹⁶² Contra, sustenta a tese monista do ordenamento, RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: Bosch, 2004, passim.

¹⁶³ PICARDI, 2006, p. 128.

¹⁶⁴ FAZZALARI, 1957, p. 50. Também ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, out./dez. 1999, p. 62, afirma que “negadas as concepções monistas do direito, ponto atualmente pacífico, forçoso reconhecer a autonomia do processo e do fenômeno jurisdicional em relação ao direito material, nada obstante a íntima conexão existente entre os dois planos.”

2.1 Plano Material: Tutela dos Direitos Coletivos

O plano material sempre foi “preocupado apenas com regradar a conduta dos sujeitos de direito e suas relações em sociedade.”¹⁶⁵ Nesse plano, tradicionalmente, são encontrados direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. Consoante o notável Pontes de Miranda, “todo direito, tãda pretensão, tãda ação e tãda exceção tem o seu conteúdo. O ato, positivo ou negativo, do titular, segundo êsse conteúdo, é o exercício do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção.”¹⁶⁶

De acordo com essa concepção, afirma-se que “o direito à declaração, o direito à constituição, a pretensão à condenação, a pretensão ao mandamento e o direito à execução estão no plano do direito material e preenchem a eficácia dos provimentos jurisdicionais”.¹⁶⁷

Em face do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial, tais como a proteção do meio ambiente e do consumidor, Luiz Guilherme Marinoni, com razão, alerta para o fato de que “a melhor doutrina italiana tem insistido para a necessidade de pensar o processo na perspectiva da tutela de direitos”¹⁶⁸, mormente em razão das novas necessidades do direito material, das novas tutelas que brotam do desenvolvimento da sociedade, bem como da “necessidade de conferir verdadeira tutela preventiva aos direitos, especialmente aos de conteúdo não patrimonial”.¹⁶⁹

Vale lembrar que se entende por tutela de direitos a defesa do direito frente a sua violação ou ameaça de violação. Quando o exercício e/ou a satisfação do direito sejam de qualquer modo contrastados, no plano dos fatos ou do direito, seu titular deve dispor de meios que possibilitem reagir a essa violação.¹⁷⁰

Esclarecedora também a assertiva de que “o processo deve ser detectado nas necessidades do direito material”¹⁷¹ e que “a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material”.¹⁷² Ressalte-se, ainda, a noção de que “o

¹⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2006a, p. 107.

¹⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, 1970a, p. 59.

¹⁶⁷ MITIDIERO, 2009, p. 143.

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 115.

¹⁶⁹ Ibid., p. 193.

¹⁷⁰ DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993, p. 4.

¹⁷¹ MARINONI, 2008, p. 116.

¹⁷² Ibid., p.113.

direito material existe e vige independentemente de qualquer influência do direito processual, do processo ou do poder judiciário”.¹⁷³

O discurso acerca da tutela dos direitos implica necessariamente a reflexão sobre os meios de tutela que o ordenamento prevê na hipótese de violação do direito.¹⁷⁴ Assim, no plano material, em termos sistemáticos, pode haver “tutelas contra o ilícito (tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito ou reintegratória, tutela certificatória e tutela modificatória) e tutelas contra o dano (tutela ressarcitória).”¹⁷⁵

A tutela inibitória volta-se ao futuro e não ao passado¹⁷⁶ e visa a “impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito”¹⁷⁷ (violação de um direito não-patrimonial), como, por exemplo, o direito ao meio ambiente. Essa tutela “não requer nem mesmo a probabilidade do dano, contentando-se com a simples probabilidade de ilícito (ato contrário ao direito)”¹⁷⁸, a exemplo do titular de uma marca comercial, que tem o direito de inibir alguém de usar a sua marca.

A tutela inibitória possui três modalidades. A primeira, já referida, visa a impedir a prática do ilícito, pode atuar antes que qualquer ilícito tenha sido praticado. As outras duas visam a inibir a repetição e a continuação do ilícito, nos casos de ilícito já praticado.¹⁷⁹ Exemplo de ação ilícita continuada é a atividade que gera fumaça poluente¹⁸⁰ e de ação ilícita repetida o despejo de lixo tóxico no ambiente.

Deverá, portanto, tratar-se de um ato suscetível de repetição no futuro ou de uma atividade que possa prostrar-se no tempo, o que exclui a tutela inibitória contra a comissão de um ilícito que se resolva num só ato.¹⁸¹

Enquanto a tutela inibitória visa a impedir a prática, a repetição ou a continuação do ilícito, a tutela de remoção do ilícito ou reintegratória, por sua vez, destina-se a remover os efeitos de uma ação ilícita que já ocorreu, como, por exemplo, apreender produtos nocivos à saúde de consumidores já expostos à venda¹⁸². Também chamada de tutela restitutória, significa restabelecer as condições de fato e de direito que caracterizavam a situação de um sujeito antes da interferência contra *ius* de uma modificação, a exemplo da eliminação da

¹⁷³ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 230.

¹⁷⁴ DI MAJO, op. cit., p. 4.

¹⁷⁵ MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 96.

¹⁷⁶ FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986, v. 21, p. 560.

¹⁷⁷ MARINONI, 2008, p. 205.

¹⁷⁸ Ibid., p. 195-196.

¹⁷⁹ FRIGNANI, op. cit., p. 560.

¹⁸⁰ MARINONI, op. cit., p. 199.

¹⁸¹ FRIGNANI, op. cit., p. 560.

¹⁸² MARINONI, op. cit., p. 205.

circulação de uma imagem ou publicação lesiva à honra de determinada pessoa.¹⁸³ Trata-se, portanto, de tutela que visa à remoção dos efeitos concretos de uma conduta ilícita já ocorrida, como a divulgação, por meio de outdoor, de propaganda que configura concorrência desleal. Para remover o ilícito, basta restabelecer a situação anterior.

Dá-se fala na impossibilidade da cognição do dano como pressuposto de efetividade das tutelas inibitória e de remoção do ilícito.¹⁸⁴ Consequentemente, não há espaço para a prova do dano ou da culpa nessas tutelas. A cognição judicial fica restrita à ameaça de um ato contrário ao direito (ilicitude).¹⁸⁵

Na tutela reintegratória, também não parece material e juridicamente possível a intervenção da tutela ressarcitória, a qual tem por escopo compensar o titular do direito em razão do prejuízo que sofreu, assegurando-lhe uma forma de compensação pecuniária que, ao invés de eliminar materialmente o dano, o neutraliza em sentido econômico.¹⁸⁶

Com efeito, no Estado Constitucional, há que se fazer a devida diferenciação entre ilícito e dano no plano do direito material, não é mais possível confundir ilícito e dano. Os chamados novos direitos, dentre os quais se inclui, por exemplo, o direito ao ambiente e o direito ao consumidor, só podem ser tutelados na forma específica, sendo que muitos deles só podem ser protegidos preventivamente.

Ato ilícito, portanto, não se confunde com fato danoso. Ato ilícito é “o ato contrário ao direito”, enquanto que fato danoso “é o prejuízo juridicamente relevante”, a “consequência meramente eventual do ilícito”. Ao confundir essas duas categorias volta-se apenas a uma tutela repressiva voltada à reparação do dano em pecúnia.¹⁸⁷

Agora, se o ato contrário ao direito (ilícito) produziu dano e é necessária a sua reparação desponta a tutela ressarcitória, que além de levar em conta o dano, exige a denominada responsabilidade (imputação), que se caracteriza no elemento subjetivo (culpa ou dolo).

A doutrina reconhece nessa modalidade de tutela de reparação dos danos uma tradição secular, com referência à *tradizione romanistica*, a qual, exceto quando se tratasse de tutela da propriedade, era fiel ao princípio da *condemnatio pecuniaria*, não sendo possível naquele

¹⁸³ DI MAJO, 1993, p. 293-294.

¹⁸⁴ MARINONI, op. cit., p. 209. Afirma-se, ainda, se a ação inibitória dirige-se ao futuro e tendo em vista que é impossível a valoração de aspectos subjetivos futuros, seria impensável submeter a viabilidade da pretensão inibitória ao reconhecimento futuro da culpa (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 299).

¹⁸⁵ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 300.

¹⁸⁶ DI MAJO, op. cit., p. 293-294.

¹⁸⁷ MARINONI, op. cit., passim.

sistema que alguém pudesse ser constricto, através do emprego de medidas coercitivas, a dar ou fazer qualquer coisa.¹⁸⁸

Essa forma de tutela, destarte, visa ao adimplemento da obrigação, que pode ser pelo equivalente pecuniário ou na forma específica, como, por exemplo, plantar árvores na área que foi desmatada.¹⁸⁹ Consoante Adolfo di Majo, a tutela ressarcitória visa à “garantire una soddisfazione per equivalente attraverso la compensazione della perdita che il soggetto ha subito.”¹⁹⁰

Por fim, menciona-se ainda a tutela certificatória, que atua sobre uma crise de incerteza, e a tutela modificatória, que implica a alteração de uma determinada relação jurídica. Enquanto esta modalidade de tutela dos direitos pode resultar do exercício de um direito peculiar, segundo a doutrina, até então não perfeitamente definido, o “direito formativo”, na expressão de Pontes de Miranda,¹⁹¹ para obter-se, por exemplo, a resolução do contrato, aquela, de origem romana,¹⁹² tem por finalidade a declaração da existência ou da inexistência de relação jurídica, da eficácia da relação jurídica, do modo de ser ou do alcance de uma relação jurídica e ainda da falsidade ou da inautenticidade de um documento.¹⁹³

Destarte, como tentativa de convergir ambos os planos, do direito material e do processo, Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, afirma que alguém pode ter, no plano do direito material, direito à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da obrigação, e, no plano do direito processual, direito à técnica condenatória.¹⁹⁴

Noutras palavras, sob a ótica da teoria circular dos planos, é possível afirmar-se que “o processo devolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado”.¹⁹⁵

Isso se dá porquanto, consoante a nova teoria das normas, “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir” e pelo fato de que normas são os “sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”¹⁹⁶

¹⁸⁸ MARINONI, 2008, p. 155-158.

¹⁸⁹ Ibid, p. 310. No ordenamento italiano (art. 1453 do Codice Civile), como lembra Adolfo di Majo (La tutela civile dei diritti, cit., p. 46), o contraente não inadimplente pode pedir ao juiz que o contraente inadimplente seja condenado ao adimplemento do contrato. Aduz que a forma de tutela em questão é a “execução na forma específica” ou adimplemento in natura, que se contrapõe à tutela pelo equivalente.

¹⁹⁰ DI MAJO, 1993, p. 45.

¹⁹¹ COUTO e SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 43, n. 15, jul. 1988, p. 72.

¹⁹² CHIOVENDA, 1932, p. 319-323.

¹⁹³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 145.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 257. Sobre a distinção entre “técnica” e “tutela”, ver item seguinte.

¹⁹⁵ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 167, também afirma que “entre processo e direito material ocorre uma relação circular, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”.

Bem assim, cumpre referir, consoante afirma Marinoni, que a tutela do direito é prestada apenas quando o juiz reconhece a procedência do pedido de tutela do direito. A sentença que julga improcedente o pedido não presta tutela de direito material ao réu. Isso apenas poderia acontecer se o réu formulasse pedido de tutela do direito.¹⁹⁷

Com efeito, a tutela dos direitos, que evidencia a situação substancial, comparece no processo¹⁹⁸ e necessita da respectiva tutela jurisdicional, adequada e efetiva. Para tanto, em uma “perspectiva dinâmica de processo”, deve ser afirmada, provada, acertada ou declarada e depois, se for o caso, objeto de cumprimento.¹⁹⁹

Daí a importância do estudo do plano do direito processual, próximo ponto a ser analisado.

2.2 Plano Processual: Tutela Jurisdicional e Técnica Processual Coletiva

Num escrito pioneiro acerca do tema, Cândido Rangel Dinamarco conceitua a tutela jurisdicional como o resultado do processo em que se exerce jurisdição. Não reside na sentença em si mesma, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as pessoas.²⁰⁰ Vale dizer, consoante esse entendimento, a tutela jurisdicional apenas é concedida quando a sentença é de mérito.

Em sentido mais ampliativo, Luiz Guilherme Marinoni entende que o juiz, ao proferir a sentença, qualquer que seja o seu resultado, necessariamente confere tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de improcedência dá tutela jurisdicional ao autor e ao réu. A sentença de procedência presta a tutela jurisdicional do direito solicitada pelo autor e tutela jurisdicional ao réu. A tutela jurisdicional é a resposta da jurisdição ao direito de participação em juízo das partes. Mas o juiz apenas presta a tutela jurisdicional do direito quando a sentença é de procedência.²⁰¹

¹⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-33.

¹⁹⁷ MARINONI, 2005, p. 291-292.

¹⁹⁸ Lembre-se: “o direito material se torna incerto no processo. A tal ponto de caracterizar-se naturalmente como afirmação, portanto, sempre estará ali *in status assertionis*, jamais como verdade insofismável, imutável.” Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 178.

¹⁹⁹ FAZZALARI, 1957, p. 109-110.

²⁰⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002c, v. 2, p. 812.

²⁰¹ MARINONI, 2005, p. 292.

De seu turno, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define tutela jurisdicional como “o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico”²⁰² (este pode ser tanto o direito material como o direito processual, bem como a declaração da própria inexistência do direito, individual ou coletivo, repressivo ou preventivo). Trata-se de fenômeno totalmente diverso da ação, regido pelos princípios próprios do plano processual.²⁰³

Na perspectiva do formalismo-valorativo, com a constitucionalização da tutela jurisdicional dos direitos, a ponte entre o direito material e o direito processual será o direito fundamental constitucional de “proteção” ou de tutela, *il diritto alla tutela giurisdizionale*,²⁰⁴ regulado por normas de direito público integrantes do ordenamento processual e regido pelos princípios da efetividade e da segurança, pela adequação entre a crise de direito material e a tutela jurisdicional e pelo princípio dispositivo em sentido material.²⁰⁵ Como afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a questão só pode ser equacionada no plano constitucional”.²⁰⁶

De sorte que a tutela jurisdicional (plano processual) deverá espelhar a tutela dos direitos (plano material), acrescida de atributos próprios da soberania do comando judicial (imperatividade, possibilidade de execução coativa, vinculação das partes etc.).²⁰⁷

Acerca, Fazzalari ensina que a eficácia do provimento jurisdicional, isto é, a projeção da vontade do juiz na esfera substancial, é acompanhada de uma particular força. Essa emana da soberania do juiz em relação aos demais sujeitos processuais, no âmbito da própria jurisdição, a qual não é senão um aspecto da própria soberania do Estado. A força “in discorso si suole indicare come “imperatività” o come “autoritarità.”²⁰⁸

De seu turno, Luiz Guilherme Marinoni, ao examinar a técnica processual e a tutela dos direitos, vai noutra perspectiva, quando afirma que “as sentenças (condenatória, mandamental etc.) são técnicas que permitem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos”. Da mesma forma quando afirma que “as sentenças declaratória e constitutiva não podem ser

²⁰² ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 108.

²⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2005, p. 61. Ainda, refere que a tutela jurisdicional serve ao fim último do processo, vale dizer, tanto à realização da justiça no caso concreto quanto à satisfação do direito material, e não deve, pois, ser confundida com o direito material ou com uma faceta deste. Tampouco pode ser considerada como uma mera técnica. E isso porque o direito, enquanto sistema de atribuição de bens e organização social, não constitui uma técnica, mas a positivação do poder, ou seja o conjunto de normas em que transparecem as decisões do Estado (cit., p. 63).

²⁰⁴ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano, Giuffrè, 1974, p. 161-365.

²⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 83. Para, MITIDIERO, 2007, p. 91, a tutela jurisdicional constitui verdadeiro direito fundamental processual.

²⁰⁶ Ibid., p. 82-83.

²⁰⁷ Ibid., p. 89-90.

²⁰⁸ FAZZALARI, 1996, p. 454.

enquadradas na classificação das tutelas dos direitos, uma vez que, assim como as sentenças condenatória, mandamental e executiva, constituem técnicas para a tutela do direito material.”²⁰⁹

Nesse sentido, Clayton Maranhão também menciona a consagração das técnicas mandamental e executiva *lato sensu* em relação processual unitária no direito positivo brasileiro.²¹⁰

Todavia, essa não parece a ideia mais adequada para equacionar as relações entre os planos do direito material e do direito processual, já que ambos acabam por confundir a técnica (meio) com a tutela (fim, valor).

Consoante afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, as formas de tutela jurisdicional não constituem técnicas porque estas “embora sirvam ao valor, não podem ser com ele confundidas”.²¹¹ As técnicas, portanto, são consideradas como meios escolhidos para atingir os fins a que o processo se propõe,²¹² constituem algo axiologicamente neutro.

A sentença, de seu turno, “constitui apenas a definição da controvérsia, de acordo com os poderes que o ordenamento concede ao órgão judicial para o exercício de sua função.”²¹³

Enfim, a tutela jurisdicional, que é “o valor que daí decorre e as consequências desse valor no plano social”, é que, por exemplo, será condenatória ou executiva (plano processual).²¹⁴

Marinoni, a certa altura de sua importante obra, também afirma que “o procedimento é uma espécie de técnica processual destinada a permitir a tutela dos direitos”.²¹⁵

Todavia, na perspectiva do processo civil como fenômeno cultural, o procedimento, considerado a “espinha dorsal do formalismo”, também não pode ser considerado mera técnica, ou “um pobre esqueleto sem alma”.²¹⁶

Mais adiante, quando analisa a “antecipação da tutela jurisdicional”,²¹⁷ o Professor da Universidade Federal do Paraná afirma que esta se constitui em “técnica antecipatória”.²¹⁸

²⁰⁹ MARINONI, 2006, p. 256.

²¹⁰ MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: arts. 83 e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128.

²¹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 91.

²¹² MAFFINI, Rafael Da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 76, dez. 1999, p. 266.

²¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 73. Essa confusão entre sentença e tutela jurisdicional também é feita por Clayton Maranhão quando assinala a consagração no sistema da categoria dos “provimentos mandamentais”. MARANHÃO, op. cit., p. 128.

²¹⁴ Ibid., p. 73.

²¹⁵ MARINONI, 2008, p. 149.

²¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 156. Em recente obra, Luiz Guilherme Marinoni esclarece que o significado de técnica, por ele empregado, “está muito longe daquele que se costuma atribuir à técnica despreocupada com a realidade da vida.” (MARINONI, 2006, p. 246.)

Essa assertiva é absolutamente correta, porque, de fato, trata-se de meio (técnica) para que seja atingido o fim (efetividade da tutela jurisdicional). Lembre-se, aliás, que “um sistema processual civil sem previsão de técnica antecipatória é um sistema indiferente à igualdade no processo, porque invariavelmente coloca sob as costas do autor todo o peso que o tempo nele representa.”. Sem dúvida é um sistema “que trata de forma igual situações desiguais - direito provável e direito improvável - e por isso certamente pode ser tido como violador do direito ao processo justo.”²¹⁹

Aliás, adverte Nicolò Trocker que o direito fundamental a um processo justo deve se desenvolver contraditório, com paridade entre as partes, perante um juiz imparcial, e que tenha duração razoável.²²⁰ O direito ao processo justo é aspecto indissociável e revelador da face democrática do Estado Constitucional.

Ainda, existem outros inúmeros exemplos de técnicas processuais, que podem ser mencionados, tais como, para alguns, a cognição no processo civil,²²¹ e para outros, a imposição de astreintes, a expropriação de bens, a ameaça de prisão etc.²²² Daí a correta observação de Hermes Zaneti Júnior, ao afirmar que “quando Marinoni fala em técnicas processuais, entende-se, aqui, tutelas jurisdicionais de direito processual”.²²³

Assim, “tem-se por técnica a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados.”²²⁴ Consequentemente, a técnica “deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade”²²⁵, a saber, obtenção da tutela jurisdicional. Esta é que vai regida pelas normas principiais da segurança e da efetividade e pode ser classificada em tutela declaratória, constitutiva, condenatória, executiva *lato sensu* e mandamental²²⁶.

De acordo com o Alvaro de Oliveira, a norma principal da efetividade está prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição, na medida em que não basta apenas abrir as portas do poder judiciário, mas prestar jurisdição eficaz, efetiva e justa, de preferência sem dilações temporais

²¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

²¹⁸ MARINONI, 2008, p. 82.

²¹⁹ MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, jul. 2011b, p. 49.

²²⁰ TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il ‘giusto processo’ in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, p. 393-409, 2001.

²²¹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 13. O autor acrescenta que ao falar em cognição como “técnica processual” pretende aludir não à cognição considerada em si, estaticamente, mas “à cognição utilizada de diferentes modos, dinamicamente, na concepção de processos diferenciados e ajustados às variadas exigências do direito e pretensão material, vale dizer, à instrumentalidade da cognição no plano das opções técnicas e políticas do legislador processual” (Id., p. 14).

²²² Sobre o ponto a elucidativa lição de ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 78-80.

²²³ ZANETI JÚNIOR, 2006, p. 177.

²²⁴ DINAMARCO, 2002a, p. 273.

²²⁵ Ibid., p. 274.

²²⁶ Nesse sentido, esquematicamente, ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 142.

e formalismos excessivos, que possa conceder à parte tudo aquilo que seria possível obter no plano do direito material.²²⁷

Já o princípio da segurança está conexo com a ideia de Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da Constituição da República, que garante o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.²²⁸

Ainda, importa realçar que numa perspectiva dinâmica, a efetividade qualificada implica o direito da parte de obter uma decisão de mérito, adaptada às situações materialmente tuteláveis, levando em conta a crise sofrida pelo direito material e sua adequação às formas diferenciadas de tutela²²⁹ e a segurança, que não pode mais ser vista sob a ótica do Estado Liberal, quando prevalecia como valor, significa o direito da parte ao processo justo, pois mesmo atendido o formalismo do sistema o processo pode ser injusto ou conduzir a um resultado injusto.²³⁰

Daí também parece insuficiente a proposta de coordenar as relações entre direito material e processo a partir da afirmação de que no plano processual existe direito fundamental à ação adequada e efetiva e no plano material existe direito à tutela do direito.²³¹

Com efeito, não basta readequar a ação processual, atípica por definição, garantida a todo aquele que afirma ser titular de um direito substancial, violado ou ameaçado,²³² mas estabelecer um processo adequado ou uma tutela jurisdicional adequada, com vistas à satisfação dos valores mais importantes da sociedade. Em outros termos, conferir um direito substancial comporta, sobretudo, assegurar a este tutela jurisdicional.

Feitas essas breves considerações, evidencia-se a necessidade de classificar as tutelas jurisdicionais, não as sentenças ou provimentos e muito menos as técnicas processuais, em

²²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 126. Nesse sentido, não há como confundir a efetividade virtuosa, de que se cuida, com a efetividade perniciosa, símbolo de uma mentalidade tecno-burocrática, preocupada mais com a *performance*, com a estatística, do que com os valores fundamentais do processo. (ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 59-69.)

²²⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 129.

²²⁹ *Ibid.*, p. 127-128, ainda refere que “significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela, como também elasticar o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação”.

²³⁰ *Ibid.*, p. 136. Realmente, a visão estática assentava a segurança na garantia do “devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República). Todavia, numa visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais, parece mais correto falar em direito fundamental a um processo justo. (*Ibid.*, p. 130-131).

²³¹ MARINONI, 2005, *passim*.

²³² Por todos, PICARDI, 2006, p. 127.

cautelar, declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*, e o critério classificatório, além de levar em conta a finalidade, deverá considerar também as normas principais da segurança e da efetividade.²³³ Assim, por exemplo, a tutela condenatória ou executiva é tutela jurisdicional (plano processual); a tutela reparatória já consiste na tutela do direito (plano material), ou “a inibição, no plano processual, dá-se com o mandamento, assim como a reparação desemboca na condenação.”²³⁴

Consoante Daniel Mitidiero, “existe, dessarte, uma verdadeira interação entre as formas de tutela no plano do direito material e no plano do direito processual, que conjuntamente atuam para melhor dimensionamento do formalismo processual”.²³⁵

Daí a importância dessa “característica instrumental do processo, retornar direito material, trabalhado em contraditório amplo (juiz e partes), ao *Lebenswelt* (mundo da vida).”²³⁶

O resultado consiste na “tutela jurisdicional, que deve se adequar ao direito material para conduzir à plena realização da justiça do caso (efetividade), com base num “processo justo” (segurança)”.²³⁷

Destarte, no contexto dos princípios constitucionais, o direito ao processo não pode ser caracterizado como objeto puramente formal ou abstrato (processo *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (como direito ao justo processo). A ação em juízo, por isso, vai remodelada em harmonia com tal conteúdo qualificado, tendo em vista que a norma constitucional não é uma garantia apenas de “meios”, mas também (pelo menos em termos modais) uma garantia de “resultado”, porque, com a inviolabilidade de alguns poderes processuais mínimos (ação e defesa), consagra-se, além disso, a adequada possibilidade de obter um mínimo de formas de tutela efetivas, próprias de um processo justo. Portanto, não há mais sentido em falar-se *ex ante* de tipicidade ou de atipicidade da ação, nem mesmo em recorrer à tradicional tipologia das ações, no momento em que a tipicidade e a classificação

²³³ De acordo com a proposta levada a efeito por ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 137-142.

²³⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 63.

²³⁵ MITIDIERO, 2009, p. 144.

²³⁶ ZANETI JÚNIOR, 2006, p. 178. Nesse particular, é endossado o mérito prestado por Hermes Zaneti Júnior ao professor paranaense quando afirma que “Marinoni prestou valiosa contribuição, ao extremar a “tutela dos direitos” da “técnica processual”; com isso, teríamos preservadas as eficácias sentenciasais como técnicas processuais (inclusive a eficácia mandamental) para atingir a tutela dos direitos (e. g. tutela inibitória), um passo importante, mas que entende-se ainda não alcançar a realidade fática do processo, a potencialidade do mesmo na teoria circular dos planos (cit., p. 179). Daí a importância da tutela jurisdicional, como já ressaltado.

²³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 108.

tipológica são atributos ou prerrogativas sistemáticas do resultado de mérito (e não dos meios processuais), a saber, das diversas formas de tutela jurisdicional.²³⁸

Em suma, as relações entre direito material e processo são as mais estreitas possíveis, visto que o direito processual civil serve para realização com justiça do direito material. Direito e processo complementam-se – há uma relação de profunda interdependência entre direito e processo. O direito processual é essencial ao direito material, assim como o direito material é igualmente fundamental ao direito processual.²³⁹

Faz-se imprescindível, portanto, pensar o processo coletivo a partir do direito material. Mediante o binômio tutela dos direitos coletivos e tutela jurisdicional coletiva é que se pode construir um processo coletivo idôneo à tutela dos direitos coletivos. Não se pode mais trabalhar apenas com categorias processuais, mas sim pensar essas categorias processuais de acordo com as necessidades do direito material.

²³⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 48, n. 2, 1993, p. 472-473.

²³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO. 2010, p. 8.

PARTE II – O PROCESSO COLETIVO SOB A ÓTICA DO FORMALISMO-VALORATIVO

1 AÇÃO COLETIVA A PARTIR DE SEU OBJETO

1.1 Ação Coletiva para Tutela de Direitos Coletivos, Direitos Difusos e Direitos Individuais Homogêneos

É comum, em doutrina, estabelecer-se um confronto entre a ação civil pública e a ação coletiva, como se fossem instrumentos de tutela distintos um do outro, mas com algumas afinidades.²⁴⁰ João Batista de Almeida estabelece a distinção e visualiza algumas afinidades e muitas divergências entre elas. Informa que ambas convergem porque propiciam a defesa coletiva do consumidor em juízo mas são ações distintas e destinadas a situações diversas.

Refere, como principais diferenças, que a ação civil pública foi criada pela Lei 7.347/85 e seu campo de utilização é mais amplo que o da ação coletiva, pois pode ser usada na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Já a ação coletiva surgiu no Código de Defesa do Consumidor e tutela apenas interesses individuais homogêneos. Vários bens tutelados podem ser protegidos via ação civil pública ao passo que a ação coletiva tutela apenas o consumidor por danos individualmente sofridos. Não se admite litisconsórcio do indivíduo na ação civil pública enquanto há viabilidade dessa modalidade de pluralidade de partes na ação coletiva. O objeto da ação civil pública pode ser uma obrigação de fazer ou não fazer, ou uma condenação em dinheiro, enquanto que na ação coletiva só pode ser uma condenação genérica. Na ação civil pública a condenação é destinada a um fundo de reconstituição de bens lesados enquanto na ação coletiva reverte em favor das vítimas do fato danoso.²⁴¹

Barbosa Moreira, em estudo pioneiro, traz uma distinção importante, entre o que denomina interesses “essencialmente coletivos” e interesses “acidentalmente coletivos”. Aqueles são os direitos difusos e coletivos, transindividuais, enquanto estes são os direitos individuais homogêneos.²⁴²

²⁴⁰ ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública e ação coletiva: afinidades e distinções. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, abr./jun. 1998, p. 443.

²⁴¹ ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: São Paulo, 2001, p. 36-37.

²⁴² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984b, p. 193. No sentido de que os interesses ou direitos individuais homogêneos são essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos, também, na doutrina, MENDES, 2010, p. 225.

Verifica-se, ainda, em autorizada doutrina, quando do trato do processo coletivo, a distinção entre a “tutela de direitos coletivos” e a “tutela coletiva de direitos”. Esta, qualificada como tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, cujas principais características da ação coletiva, instrumento adequado para a tutela coletiva de direitos, são a repartição da atividade cognitiva, legitimação ativa por substituição processual, sentença genérica e liberdade de adesão do titular do direito individual. Aquela, caracterizada como tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, cujo instrumento de tutela, a ação civil pública, tem por finalidade a tutela dos direitos transindividuais. Sob esse aspecto, os direitos individuais homogêneos não deixam de ser “genuínos direitos individuais que apresentam características pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico.”²⁴³

Acerca, Antonio Gidi menciona que se trata de categorias ontologicamente diferentes, que exigem algumas normas procedimentais diferentes.²⁴⁴ Porém, nada mais do que isso. Até porque há um microssistema integrado entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, espécie de vasos comunicantes, que elimina qualquer possibilidade de tratamento segregado entre elas.²⁴⁵

Com efeito, não se pode aderir a essas distinções, entre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e também entre ação coletiva e ação civil pública, o que, respectivamente, acaba relegando os direitos individuais homogêneos e a ação coletiva a personagens de segunda categoria na proteção coletiva, afastando-os dos princípios gerais da tutela coletiva e daquilo que consta nas propostas de Código Processual Coletivo.

Afirmar que os direitos individuais homogêneos são estruturalmente direitos individuais, “passageiros de segunda classe” ou até “indesejáveis” é negar que eles possuem função muito mais ampla, já que não se trata de “direitos acidentalmente coletivos”, mas sim

243 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 42-43.

244 GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 215.

²⁴⁵ Nesse sentido: “[...] 5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microssistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de “propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83 do CDC).” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 695396/RS. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. **Dje** 27 abr. 2011). Também “[...]8. A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1085218/RS. Relator: Min. Luiz Fux. **Dje** 06 nov. 2009).

de “direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.”²⁴⁶

Ademais, esse modelo que distingue as diversas categorias de direito, difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos acaba, na verdade, sendo comparado com o modelo anterior das *class actions* norte-americanas, que reconhecia diferentes tipos de ações de classe, *true*, *hybrid* e *spurious*, baseados nas diversas relações jurídicas entre as partes e os membros da classe, que, consoante a doutrina, são difíceis de funcionar. Trata-se de algo que com o tempo se mostrou despido de eficácia e efetividade.²⁴⁷

Portanto, as categorias de direito (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) serão neste trabalho consideradas como *direitos coletivos*, cujo instrumento de tutela é a ação coletiva. Embora se reconheça que em casos envolvendo direitos difusos e direitos coletivos a solução judicial unitária se faz necessária, nos termos da Rule 23 (B)(1)(A).

Ainda, parece mais correto o entendimento de que “o nome não terá a força para modificar a essência da coisa. Se o interesse for transindividual (...), a demanda será coletiva.”²⁴⁸ Assim, a distinção entre ação civil pública e ação coletiva perde completamente o sentido, pois a mesma demanda poderá tutelar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos no ordenamento brasileiro.²⁴⁹ E sobre isso não há discussão, nem doutrinária, tampouco jurisprudencial²⁵⁰.

246 Adota-se, aqui, a visão crítica da doutrina dos “direitos individuais coletivamente tratados”, de DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Slavier: Podivm, 2011, v. 4, p. 82-84. Embora reconheça que os direitos individuais são apenas “acidentalmente coletivos”, Mendes defende que “a defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular. MENDES, 2010, p. 226.

247 FREER, Richard D. **Civil procedure**. 2. ed. Wolters Kluwer: Aspen, 2006, p. 721.

248 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985, 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 416.

249 GIDI, 2008, p. 386.

250 Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO. I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa. II - Como já assinalado anteriormente (REsp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera

Destarte, um processo coletivo será cabível em razão da numerosidade e inviabilidade de litisconsórcio, quando houver a existência de questões de fato ou de direito comuns à classe, em face da identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe e diante da representação adequada do representante da classe,²⁵¹ matéria que adiante será ampliada.

1.2 Ação Coletiva Ativa e Ação Coletiva Passiva

A maioria das ações coletivas envolve uma *plaintiff class* (ação coletiva ativa), na qual a classe, por meio de representante, demanda contra um réu ou contra vários réus. É possível, no entanto, consoante a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, haver-se uma *defendant class action* (ação coletiva passiva), na qual um demandante (ou diversos demandantes) procura(m) impor responsabilidades sobre um grupo representado por um membro da classe.²⁵² A doutrina também refere a existência de uma *bilateral class action* (ação coletiva bilateral), quando há “grupos em ambos os pólos da relação processual”.²⁵³

Em princípio, o ordenamento jurídico brasileiro admite a propositura de uma demanda coletiva contra um réu ou vários réus mas não admite expressamente a demanda coletiva contra um grupo. A doutrina diverge quanto ao cabimento da ação coletiva passiva, enquanto que alguns buscam justificar seu cabimento com base no direito positivo vigente²⁵⁴, outros, pelo contrário, negam o seu cabimento justamente por não haver expressa disposição legal a respeito.²⁵⁵

cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania. III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica. IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo. V - Embargos acolhidos. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 141.491-SC. Relator: Ministro Waldemar Sveiter. **DJe** 01 ago 2000.)

²⁵¹ A teor do disposto na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*: (a) *One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.*

²⁵² FREER, 2006, p. 721-722.

²⁵³ GIDI, 2007, p. 390-416.

²⁵⁴ Ada Pellegrini Grinover, por exemplo, admite o cabimento das ações coletivas passivas com base no art. 5º, 2, da Lei 7.347/85, que autoriza os legitimados ativos a intervir no pólo passivo da ação coletiva. Refere a autora que “talvez não sejam frequentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se pode excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores* - a lei 7.347, de 24.7.85. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 44, out./dez. 1986, p. 117.

²⁵⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 268-273.

A despeito dessa discussão doutrinária, de natureza “demasiadamente formalista”,²⁵⁶ cumpre referir que, “com o robustecimento dos direitos fundamentais” e o aparecimento da “teoria dos princípios”, o normativismo legalista, fruto do positivismo jurídico, entrou em franco declínio, mormente com a “ascensão das normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade”, que passaram a assumir posição predominante na aplicação do direito.²⁵⁷

Diante desse contexto cultural, se a demanda for proposta contra um “representante adequado” e a questão revestir-se de interesse social, parece admissível o cabimento da ação coletiva passiva. A demanda é dirigida contra a coletividade, da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (ação coletiva ativa), ela pode ser titular de um dever ou de um estado de sujeição (ação coletiva passiva). Haverá uma ação coletiva passiva quando estiver presente uma “situação coletiva passiva”, seja correlata a um direito individual, seja correlata a um direito coletivo.²⁵⁸

Assim, apenas será possível imaginar um sistema processual coletivo passivo se for abandonada a classificação tripartite dos direitos de grupo, em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, se houver a existência de uma questão comum de fato ou de direito, se o juiz puder exercer o controle da representação adequada do representante do grupo, se for propiciada uma adequada notificação aos membros do grupo e se adotado um sistema de coisa julgada material *pro et contra* para qualquer situação, nas ações coletivas passivas, temas que serão a seguir abordados.²⁵⁹

Alerte-se, todavia, que embora o direito de auto-exclusão seja algo indispensável para a disciplina das ações coletivas ativas, como adiante será demonstrado, parece que não faz sentido em admiti-lo nos processos coletivos passivos, pois não é possível imaginar que o réu possa excluir-se de uma demanda contra ele proposta. Aliás, ninguém teria interesse em propor uma demanda na qual os demandados tivessem a prerrogativas de excluir-se do processo e assim “obrigando o autor a propor demandas contra cada um dos réus que se excluíram”.²⁶⁰

²⁵⁶ GIDI, 2008, p. 341.

²⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008a, p. 60.

²⁵⁸ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JR., 2011, p. 412, que trazem inúmeros exemplos de “situação coletiva passiva”.

²⁵⁹ Nesse sentido GIDI, op. cit., p. 345.

²⁶⁰ Ibid., p. 362-363.

2 AÇÃO COLETIVA E SUAS CONDIÇÕES: O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO PARA CAUSA

2.1 Legitimação para Causa: Aspectos Conceituais e Natureza Jurídica

Na tutela jurisdicional coletiva para demandar ou ser demandado também é indispensável ter interesse e legitimidade. Esta, no atual sistema, decorre da combinação do art. 5º da Lei 7.347/85 com o art. 82 da Lei 8.078/90, ou seja, do fato de o legislador ter elencado determinados entes para a propositura das ações coletivas, o que levou alguns a caracterizá-la como a mais ampla possível, mesmo após reconhecer que houve limitação à legitimação do indivíduo.²⁶¹

Embora se reconheça, na atualidade, a tendência, de *lege ferenda*, 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.”²⁶²

A própria doutrina admite, em certos casos, a legitimação do indivíduo diante dos interesses coletivos diante da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal, mesmo diante da limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei 7.347/85 ou do art. 82 do CDC. A ação do indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito, pode, em certos casos, refletir em toda coletividade, porque demandará solução uniforme, a exemplo de um caso envolvendo poluição sonora junto a uma pequena comunidade.²⁶³

Tal é como ocorre no direito americano, que, de acordo com a *Rule 23 (C)(1)(A)*²⁶⁴, após a propositura da ação, o juiz deverá avaliar a presença dos requisitos de sua certificação como coletiva (*class certification*), ou seja, o juiz define se aceita uma demanda individual como *class action* ou se ela deve prosseguir como ação individual, diferentemente do sistema

²⁶¹ WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 637, que justifica seu posicionamento no fato de que o conteúdo político das demandas, a possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, à produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e à necessidade de um fortalecimento do autor da demanda coletiva fizeram com que se excluísse a legitimação individual para a tutela dos interesses coletivos.

²⁶² GRINOVER, 2008, p. 153-154.

²⁶³ MENDES, 2010, p. 264-268.

²⁶⁴ Que dispõe: “Time to Issue. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action.”

brasileiro, no qual ou se propõe uma ação individual, ou uma ação coletiva. Se o juiz americano indeferir a certificação da ação coletiva, ela prosseguirá como ação individual.

Daí extrai-se a amplitude da legitimidade para essas ações, de que é exemplo o *case Bianca Wofford v. Apple Inc.* A cidadã ingressou na *San Diego Superior Court* contra a Apple, alegando que a atualização do sistema operacional IOS 4.0 transformou seu iPhone 3G em um “iBrick” (“iTijolo”). Segundo alega, seu *smartphone* ficou mais lento e menos confiável do que antes, quando usava a versão anterior do sistema. A demandante ainda postulou que a ação proposta contra a empresa fosse elevada ao status de *class action* e pudesse beneficiar todos os proprietários do iPhone 3G que atualizaram o sistema, mediante indenização pelos danos causados.²⁶⁵

A legitimação para agir ou *legitimatío ad causam*, no sistema brasileiro, de acordo com a teoria eclética da ação, adotada pelo CPC, “quer se aprove ou não a solução encontrada no direito brasileiro”,²⁶⁶ constitui verdadeira condição da ação. Uma vez ausente, leva à extinção do processo, sem resolução de mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

Discute-se a natureza jurídica da legitimação *ad causam* nos processos coletivos. Trata-se de questão em aberto, no direito pátrio, em se tratando da defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, já que para a defesa de interesses individuais homogêneos parece haver consenso. Cumpre, portanto, traçar algumas linhas a respeito das posições que atualmente existem no cenário doutrinário de um modo geral.

De acordo com a doutrina, em casos excepcionais, a lei autoriza aquele que não é titular do direito material a participar do processo, como autor ou réu, em nome próprio, o que caracteriza substituição processual, pois o litigante não participa da relação jurídica de direito material. A substituição processual é espécie de legitimação extraordinária autônoma, porquanto o titular atua em juízo com independência em relação ao titular da relação jurídica de direito material, no que difere da legitimação extraordinária subordinada, que não habilita o titular a demandar ou ser demandado, mas apenas a participar, juntamente com o legitimado ordinário, em processo já instaurado, na qualidade de interveniente. A legitimação extraordinária autônoma, por sua vez, subdivide-se em legitimação concorrente e exclusiva. Esta ocorre quando apenas o substituto processual pode exercer a ação e naquela concorrem substituto e substituído para o exercício da demanda.²⁶⁷

²⁶⁵ Bianca Wofford v. Apple Inc, case n. 37-2010-00103365-CU-OE-CTL. Disponível em: <<http://www.sdcourt.ca.gov>>. Acesso em: 08 jul. 2011.

²⁶⁶ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 143.

²⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: DIREITO processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971a, p. 60-62.

A legitimação extraordinária autônoma concorrente ainda distingue-se em primária e subsidiária. Na primeira, qualquer dos legitimados extraordinários tem qualidade para desde logo instaurar autonomamente o processo. Já na segunda, enquanto não esgotado o prazo de lei, não se faculta o acesso à via judiciária aos legitimados subsidiários, que apenas se legitimam se o legitimado ordinário ficou omissivo.²⁶⁸

Para Cândido Rangel Dinamarco é crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para as causas referentes a direitos e interesses supra-individuais, o que sinaliza a transmigração do individual para o coletivo, como por exemplo o fato de o Ministério Público ter legitimidade ativa para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sem ser titular deles, mas por ser um ente destinado à defesa do interesse público.²⁶⁹

Consoante Barbosa Moreira, um dos pioneiros no trato do tema da legitimação *ad causam* nos processos coletivos, trata-se de legitimação extraordinária “concorrente” e “disjuntiva”.²⁷⁰

Ao tratar do tema, antes da edição da Lei 7.347/85, Barbosa Moreira pugnava que, inexistindo regra específica sobre a *legitimatío ad causam* para a defesa de direitos difusos e coletivos, deveria reconhecer-se legitimação concorrente aos diversos titulares, isto é, aos co-interessados, especialmente nos casos de indivisibilidade do objeto, a saber, quando a satisfação do interesse de cada titular implica de modo necessário a satisfação de toda a coletividade. O interesse seria ao mesmo tempo ‘próprio’ e ‘alheio’. No caso da legitimação das pessoas jurídicas, propunha Barbosa Moreira, para contornar o óbice do art. 6º do CPC, desde que se reconheça, ao invés de uma mera soma de interesses individuais, um interesse geral da coletividade, que desse interesse pudesse uma associação fazer-se titular, não como simples representante dos respectivos membros, mas ‘ela mesma’, o que caracterizaria legitimação ordinária.²⁷¹

Ou seja, de acordo com essa doutrina, trata-se de legitimidade concorrente, porque a possibilidade de um co-legitimado ajuizar a ação não exclui a de outra entidade legitimada. Também, disjuntiva, no sentido de não ser complexa, visto que qualquer dos legitimados poderá propor, sozinho, sem a necessidade de autorização ou formação de litisconsórcio com

²⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, 1971a.

²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001, v. 2, p. 309.

²⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, 1980a, p. 12.

²⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 29, 1983, p. 85-86. Tal ideia certamente foi decisiva para a elaboração doutrinária que desencadeou a tese da legitimação ordinária para a causa em sede de ações coletivas.

os demais co-legitimados. E, por fim, a legitimação ainda pode ser classificada como exclusiva, na medida em que somente os entes taxativamente previstos em lei poderão propor uma ação coletiva, com exclusão das pessoas físicas e demais pessoas jurídicas.²⁷²

Essa classificação, como admite a doutrina, quando se refere à ação popular, comporta riscos, a exemplo da colusão entre um dos co-legitimados e o demandado de modo a provocar, mediante um processo mal instruído, um pronunciamento judicial que declare legítimo um ato na verdade eivado de vício.²⁷³

Sustenta-se que pelo fato de os interesses pertencerem sempre a terceiros que não fazem parte da relação processual já seria o suficiente para caracterizar a legitimidade como extraordinária, pois alguém demandará como substituto processual sempre que a lei autorizar alguém a ajuizar uma demanda em nome próprio para defender direito alheio, consoante o art. 6º do CPC.²⁷⁴

Observe-se, desde já, que para a tutela de direitos individuais homogêneos parece haver um certo consenso no sentido de que se trata de autêntica legitimação extraordinária. A doutrina refere que o art. 91 do CDC, ao mencionar que os legitimados à ação coletiva poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, configura caso de substituição processual.²⁷⁵

Não adere a esse posicionamento Antonio Gidi, embora reconheça que para as ações coletivas na defesa de direitos individuais homogêneos a posição unânime da doutrina brasileira é considerar como caso clássico de legitimação extraordinária, inclusive por quem sustenta que as ações coletivas na defesa de direitos difusos e coletivos são exemplos de legitimação ordinária. Para justificar seu posicionamento, Gidi sustenta que não há uma diferença ontológica entre as ações coletivas que tutelam direitos difusos e coletivos e aquelas que defendem direitos individuais homogêneos. Em ambos os casos há um titular de um direito subjetivo material, que é a comunidade (direito difuso), a coletividade (direito coletivo) ou o conjunto de vítimas (direito individual homogêneo), e outro legitimado.²⁷⁶

Aqueles que sustentam, de modo geral, tratar-se de legitimação ordinária, referem que o esquema da legitimação do processo individual não pode ser aplicado ao processo coletivo,

²⁷² GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37-38.

²⁷³ BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 12.

²⁷⁴ DINAMARCO, P. S., 2001, p. 205.

²⁷⁵ Por todos, ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 145-146.

²⁷⁶ GIDI, Antonio. Legitimación para demandar em las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogêneos**: hacia un código modelo para ibero america. México: Porrúa, 2003, p. 113.

visto que naquele há coincidência na mesma pessoa entre o titular do interesse e o legitimado e neste o objeto é transindividual e indivisível, cujos titulares são indeterminados. A doutrina menciona que se os interesses objetivados são difusos a legitimação para a sua tutela deve ser difusa, isto é, exercitável pelo “ente esponenziale”, que, na visão do legislador, reúne as condições para tal, dado que os interesses difusos, por definição, não devem ter sua tutela restringida à atuação de certos órgãos governamentais, nem somente ao Ministério Público, havendo mesmo que minimize a importância da existência jurídica das associações, de sorte a admitir também legitimação a sociedades de fato.²⁷⁷

Com efeito, enquanto no processo individual o substituto processual sempre defende direito de titular determinado, que é o substituído, nos processos coletivos “desvanece-se a precisão: os substituídos ou se revelam indetermináveis (interesse difuso), ou indeterminados (interesse coletivo), obstando a completa assimilação do instituto àqueles interesses.”²⁷⁸ Ocorre a defesa simultânea de interesse próprio e de terceiros. Desse modo, conclui a doutrina que o fenômeno da substituição processual não ocorre nos processos coletivos, visto que se trata de legitimação ordinária.²⁷⁹

O binômio legitimação ordinária e extraordinária (ou substituição processual) apenas faz sentido no plano jurisdicional singular, no qual opera o sistema de correspondência entre a titularidade do direito e o poder de agir, mas não funciona no plano coletivo, em que a situação legitimante, segundo a doutrina, deriva da relevância social do interesse e da representação adequada do portador judicial.²⁸⁰

Sob esse aspecto, a doutrina considera, por exemplo, a associação como *longa manus* da coletividade interessada, cuja legitimação deve ser tida como ordinária.²⁸¹ Assim o é, visto que a associação que se constitui com o fim institucional de promover a tutela dos interesses difusos, ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los.²⁸²

²⁷⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 117-120.

²⁷⁸ ASSIS, Araken de. Substituição processual. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 26, 2003, p. 55.

²⁷⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 79.

²⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 408.

²⁸¹ MANCUSO, 1997, p. 102.

²⁸² WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo, Max Limonad, 1994, p. 94.

Todavia, nesse caso, a posição pode ser aceita diante da admissibilidade do indivíduo, integrante da classe, como legitimado para a ação coletiva. Dessa forma estaria ele defendendo um interesse ao mesmo tempo próprio e alheio, também pertencente a outras pessoas integrantes da coletividade, numa espécie de *legitimação composta*, na qual “estariam presentes o interesse próprio conjugado com o alheio”.²⁸³

Determinada doutrina preconiza que em sede de processos coletivos estaria superada a dicotomia clássica “legitimação ordinária e extraordinária” e propõe, justamente pelo fato de que os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e os titulares dos direitos coletivos indeterminados, que a sua defesa seja realizada por meio da *legitimação autônoma para a condução do processo*, a saber, o legislador legitimaria, independente do conteúdo do direito material a ser discutido em juízo, pessoa, órgão ou entidade a conduzir o processo judicial no qual se pretende proteger o direito difuso ou coletivo.²⁸⁴

De registrar-se o pensamento de Arruda Alvim, para quem, no sistema das ações coletivas, melhor é referir-se a uma legitimidade autônoma, *ex lege*, por definição, sempre havendo descoincidência entre o que postula e os beneficiários desta postulação.²⁸⁵

Portanto, de acordo com essa ideia, para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu* trata-se de legitimação autônoma para a condução do processo, ordinária. Ao revés, em se tratando de ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos, de natureza divisível, haveria substituição processual, isto é, espécie de legitimação extraordinária.²⁸⁶

Aqui, endossa-se a crítica de que essa última assertiva afasta a atual aproximação entre o direito material e o processo, duas realidades que devem permanecer em perfeita sintonia, o processo servindo adequada e efetivamente ao direito material.²⁸⁷

Em razão das peculiaridades dessa espécie de demanda, alguns autores preferem falar em legitimidade originária específica, independente da radicação dum direito subjetivo ou dum interesse material.²⁸⁸

Lebre de Freitas menciona que a doutrina, de um modo geral, recorre ao conceito de representação ou de substituição processual, em que todos os titulares do interesse, identificáveis ou não, seriam representados ou substituídos por aquele que propõe a ação, mas

²⁸³ MENDES, 2010, p. 254.

²⁸⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 192.

²⁸⁵ ARRUDA ALVIM, José Manoel. Ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 87, 1977, p. 156.

²⁸⁶ NERY JR.; NERY, op. cit., p. 1443.

²⁸⁷ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 200.

²⁸⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 145.

que essas concepções têm sido afastadas com a constatação de que constitui uma “grosseira” ficção o apelo a uma representação que é necessariamente ignorada por grande parte, senão pela maioria dos interessados, ou a uma substituição em que o autor da ação pode não ser o titular de qualquer interesse que dependa dos interesses principais em causa, e que por isso se tem entendido que a tutela dos interesses difusos e coletivos radica numa concepção objetiva do direito e que aquele que propõe a ação com esse fim faz valer uma legitimação originária específica, independente da radicação dum direito subjetivo ou dum interesse material.²⁸⁹

Com o avanço da tutela coletiva dos direitos, parece inegável que deve ser superada a dicotomia clássica legitimação ordinária - legitimação extraordinária no trato da legitimação para agir na tutela jurisdicional coletiva. Quando se cuida da legitimação para a causa, nesses casos, é mais correto, de fato, cuidar-se de uma legitimidade originária específica, independente da radicação de um direito subjetivo ou de um interesse material.

Ainda, há quem sustente, de um modo geral, que para a averiguação da legitimação é suficiente o exame daquilo que está previsto em lei. Nesse sentido, não poderia o órgão judicial afirmar que o ente legitimado não tem, em determinado caso, aptidão para atuar em juízo na defesa do direito coletivo. Para essa doutrina, o legislador elencou um rol taxativo de legitimados e estabeleceu uma presunção absoluta de que são eles os representantes adequados, não cabendo ao magistrado qualquer avaliação. A legitimação é aferível *ope legis*.²⁹⁰

Todavia, com base na experiência estadunidense, consoante a *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, o critério da legitimação é insuficiente, já que a legislação, em nenhum momento, exige uma conduta vigorosa do ente legitimado e não minimiza o sempre presente risco de colusão entre as partes, além de não incentivar que se leve ao processo os reais interesses de todos os titulares do direito²⁹¹, objetivos notórios do controle da “representação adequada”.

Enfim, no marco teórico do formalismo-valorativo, não basta apenas a previsão legal da legitimação, o que a seguir se verificará.

²⁸⁹ LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 81-82.

²⁹⁰ NERY JÚNIOR; NERY, 2010, p. 1444.

²⁹¹ DICKERSON, 2003, p. 2-29.

2.2 Da legitimação para causa à adequada representação

Como já havia percebido Rodolfo de Camargo Mancuso, o critério que se utiliza para se atribuir legitimação para a propositura das ações coletivas, ao contrário daquilo que acontece quando se propõe uma ação individual, não está baseado numa titularidade do direito material invocado, mas na possibilidade de o autor coletivo transformar-se no adequado porta-voz dos interesses da comunidade. Para tanto, deve ser examinada sua aptidão, sua idoneidade social para ser considerado como representante adequado para a defesa judicial dos direitos supra-individuais.²⁹²

Refere, ainda, que a exigência da representação adequada, de acordo com o direito vigente, vem fixada *ope legis* (art. 5º da Lei 7.347/85; art. 82 do CDC), sobejando um espaço residual ao juiz, mormente quanto à associação-autora, para avaliação de itens como autorização assemblear e pertinência temática.²⁹³

Acrescenta, adiante, que o juiz brasileiro não está totalmente desprovido de poder análogo ao órgão judicial americano para aferir no caso concreto acerca da representação adequada do portador judicial do interesse metaindividual, embora se diga que os requisitos da legitimação para causa estão fixados *ope legis* e não haja espaço para perquirição judicial a respeito. Menciona que, além de poder decidir acerca da dispensa da prévia constituição da associação autora, cabe ainda ao magistrado sindicá-la sobre a pertinência temática, e, a par disso, quando o autor da ação for o Ministério Público, pode decidir se caberá ao *Parquet* deflagrar a ação coletiva, no caso de interesses individuais homogêneos, se tais interesses são realmente indisponíveis e de relevância social.²⁹⁴

Todavia, a avaliação da pertinência temática, e, acrescente-se, a análise que o juiz deve fazer para dispensar o requisito da pré-constituição da associação ou para legitimar o Ministério Público a propor demandas coletivas em tutela de direitos disponíveis, apenas assemelha-se ao controle judicial da representação adequada na medida em que é analisado caso a caso.²⁹⁵

A representação adequada é expressão que deriva do direito Estadunidense, em que se alude à *adequacy of representation*. Neste ordenamento, a já citada *Rule 23* estabelece o aludido requisito ao regular a propositura da ação coletiva, mais concretamente quando exige

²⁹² MANCUSO, 1997, p. 79, nota 8.

²⁹³ MANCUSO, 2006, p. 408.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 414.

²⁹⁵ GIDI, 2008, p. 88-89, nota 83.

que o representante proteja justa e adequadamente os interesses da classe: “the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class” (a)(4).

De fato, a representatividade adequada pode ser aferida pelo juiz, caso a caso (como nas class actions norte-americanas), ou pode depender de previsão legal, que estabeleça limites à regra de legitimação. Assim, por exemplo, “as associações só podem agir em juízo desde que preencham certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação de órgãos públicos.”²⁹⁶

De há muito, já havia detectado e enfrentado o problema Barbosa Moreira, quando pugnou que “a lei, de preferência em termos flexíveis”, reservasse ao juiz uma “margem razoável de liberdade no exame de cada caso” e estabelecesse “critérios de avaliação da idoneidade das associações para que se possam reputar legitimadas”,²⁹⁷ quando envolvesse a legitimidade ad causam para a propositura da ação civil coletiva.

Todavia, na fórmula final convertida na Lei da Ação Civil Pública abandonou-se a ideia inicial de deixar a critério do juiz a verificação da representatividade adequada da associação autora, que, aliás, expressamente constava do art. 2º e incisos do projeto 3.034/84, fato lamentado por Antonio Gidi, já que somente as associações estavam limitadas pelo controle da representação adequada no referido projeto.²⁹⁸

Com efeito, consoante a Lei 7.347/85 (art. 5º) e o CDC (art. 82), determinados entes possuem legitimidade ad causam para ajuizar a ação coletiva. Porém até o momento, não se assumiu qualquer posição no sentido de permitir um controle do juiz sobre a aptidão dos representantes de bem representar os interesses do grupo (controle da representação adequada).

O único critério que atualmente é utilizado é, como já se referiu, o da pertinência temática, visto que a lei prevê expressamente que a associação legitimada, para propor a ação, 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, consoante o art. 5º, V, b, da LACP, além do requisito da pré-constituição, há pelo menos um ano, consoante letra a do mesmo dispositivo legal. É o que se depreende de alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça.²⁹⁹

²⁹⁶ GRINOVER, 2008, p. 154.

²⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, 1983, p. 87.

²⁹⁸ GIDI, 2008, p. 81.

²⁹⁹ PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PREJUÍZO INDEMONSTRADO. NULIDADE INEXISTENTE. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. 1. Os sindicatos possuem

Para os demais entes legitimados, como Ministério Público e Fazenda Pública, como a lei não faz restrição alguma, haveria uma espécie de legitimação universal, uma espécie de legitimação presumida desses últimos, tudo, ao que parece, com o propósito de garantir a idoneidade dos legitimados ativos para a propositura da ação coletiva, evitar fraudes e “controlar” aqueles que possuem legitimidade.

Ou seja, consoante a doutrina, o autor é um representante institucional, previsto em abstrato pelo legislador, ao contrário do direito estadunidense, em que se exerce a representatividade adequada da coletividade, a ser examinada pelo juiz em cada caso concreto e, dessa forma, não existe um verdadeiro requisito da representatividade adequada para que os legitimados possam ajuizar uma ação civil pública.³⁰⁰

De acordo com esse raciocínio, por exemplo, um sindicato dos empregados no setor metalúrgico poderá defender o meio-ambiente, o consumidor, a criança e o adolescente e os idosos, desde que em seus estatutos esteja prevista essa finalidade.³⁰¹

legitimidade ativa para demandar em juízo a tutela de direitos subjetivos individuais dos integrantes da categoria, desde que se versem direitos homogêneos e mantenham relação com os fins institucionais do sindicato demandante, atuando como substituto processual (Adequacy Representation). 2. A pertinência temática é imprescindível para configurar a legitimatio ad causam do sindicato, consoante cediço na jurisprudência do E. S.T.F na ADI 3472/DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 24.06.2005 e ADI-QO 1282/SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ de 29.11.2002 e do S.T.J: REsp 782961/RJ, desta relatoria, DJ de 23.11.2006, REsp 487.202/RJ, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ 2405/2004. 3. A representatividade adequada sob esse enfoque tem merecido destaque na doutrina; senão vejamos: "[...] A pertinência temática significa que as associações civis devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação civil pública ou coletiva por elas propostas, dispensada, embora, a autorização de assembléia. Em outras palavras, a pertinência temática é a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional. As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, por exemplo, que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. Devemos perquirir se o requisito de pertinência temática só se limita às associações civis, ou se também alcançaria as fundações privadas, sindicatos, corporações, ou até mesmo as entidades e os órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica. Numa interpretação mais literal, a conclusão será negativa, dada a redação do art. 5º da LACP e do art. 82, IV, do CDC. Entretanto, onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição. Os sindicatos e corporações congêneres estão na mesma situação que as associações civis, para o fim da defesa coletiva de grupos; as fundações privadas e até mesmo as entidades da administração pública também têm seus fins peculiares, que nem sempre se coadunam com a substituição processual de grupos, classes ou categorias de pessoas lesadas, para defesa coletiva de seus interesses." in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Hugo Nigro Mazzilli, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 277/278. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 901.936-RJ. Relator Ministro Luiz Fux. **DJe** 16 mar. 2009.)

³⁰⁰ DINAMARCO, P. S., 2001, p. 201.

³⁰¹ O exemplo é de GIDI, 2008, p. 80-81.

Enfim, atualmente é indagado se para que alguém esteja legitimado à tutela de um direito coletivo, para conferir aptidão às associações à tutela desses interesses, bastariam essas exigências legais abstratas ou não seriam necessários outros requisitos como, por exemplo, a representação adequada ou proteção adequada dos interesses do grupo em juízo,³⁰² com uma atuação judicial condizente com o cargo de defensor desses direitos. Mas a jurisprudência, como se pode ver, apenas restringiu a legitimidade de certas entidades, jamais a representação.³⁰³

Por sua vez, os demais legitimados, como por exemplo os Estados Membros, embora se reconheça que não possuem limitação alguma para o ajuizamento dessas demandas, provavelmente “em razão de uma aptidão genérica para atuar em prol da coisa pública e dos interesses supra-individuais”³⁰⁴, com ampla legitimação para a tutela dos direitos dos consumidores, mas desde que se observe algum vínculo com a pessoa tutelada, já que se não

³⁰² GIDI, 2007, p. 99.

³⁰³ Como se pode ver dos seguintes precedentes: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE. AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIOS. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. DISTINÇÃO ENTRE DIREITO DISPONÍVEL E INDISPONÍVEL. I- A ação civil pública nasceu como instrumento processual adequado para coibir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, atendendo, assim, aos interesses coletivos da sociedade. O campo de aplicação da ação civil pública foi alargado por legislações posteriores, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, para abranger quaisquer interesses coletivos e difusos, bem como os individuais homogêneos, estes últimos na proteção do meio ambiente, do consumidor, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. II- Não obstante, tratando-se de interesses individuais, cada um de per si, cujos titulares não podem ser enquadrados na definição de consumidores, tampouco sua relação com o instituto previdenciário considerada relação de consumo, é inviável a defesa de tais direitos por intermédio da ação civil pública. Precedentes. III- O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte do seu detentor. Precedentes. IV- O vínculo jurídico entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não induz relações de consumo. Os beneficiários não se equiparam a consumidores. Desta forma, não há que se aplicar a hipótese do artigo 81, III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois o mesmo trata dos direitos individuais homogêneos, sendo que a presente situação retrata direitos individuais não homogêneos. V- Ademais, valer acrescer que o ramo do Direito Previdenciário, cuja característica essencial é o aspecto contributivo, guarda profunda correlação com o Direito Tributário. Sob este enfoque, o Pretório Excelso, em recente julgado, sacramentou raciocínio no sentido do Ministério Público não possuir legitimidade para propor ação civil pública objetivando a redução ou restituição de tributo, porque a relação jurídica tributária não retrata relação de consumo. VI- Em conclusão, não há que se confundir ou transmutar o vínculo jurídico existente entre a Autarquia Previdenciária e os seus beneficiários, com outras relações inerentes e típicas de consumo, pois a natureza e particularidades de uma não se confundem com a da outra. VII- Recurso conhecido e provido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial nº 369.822-PR, Relator: Ministro Gilson Dipp.) Ainda: PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ACP). MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS. RELAÇÃO DE CONSUMO DESCARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Ministério Público não detém legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública que verse sobre benefícios previdenciários, uma vez que se trata de direitos patrimoniais disponíveis e inexistente relação de consumo. Precedentes do STJ. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial n. 766.541/PR. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. DJe 22 mar. 2010.)

³⁰⁴ MANCUSO, 2006, p. 411.

houver nexos algum pelo fato de que, por exemplo, os consumidores pertencem a outro Estado, a legitimidade ad causam não lhe dirá respeito, consoante lição doutrinária.³⁰⁵

Todavia, por mais evidente que seja a negligência do legitimado na tutela dos interesses do grupo no desenvolvimento do processo coletivo, o juiz estará “obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo”. Assim, parece inviável que um órgão legitimado possa conduzir uma ação coletiva e tutelar adequadamente os interesses do grupo, acaso constatada sua “incompetência”, sua “falta de interesse real no litígio”, a “existência de interesses conflitantes”, a “parcialidade” ou até mesmo a “má-fé” do representante.³⁰⁶

2.2.1 A Tutela Jurisdicional Coletiva e a Necessidade da Representação Adequada

O processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo e na perspectiva dos direitos fundamentais não se contenta com uma prévia e abstrata previsão legal dos legitimados para o ajuizamento das ações coletivas e com critérios apriorísticos previstos em lei e exigidos pela jurisprudência. A questão não é meramente legal, mas deve ser analisada num contexto maior, que envolve a Constituição e o direito fundamental ao processo justo, já que constitui tarefa do órgão judicial suprir eventuais omissões inconstitucionais na realização de uma tutela jurisdicional correspondente à tutela dos direitos, desde que o faça com a aplicação de postulados normativos aplicativos.³⁰⁷

Isso porque não se pode contentar mais com soluções jurídicas lógico-formais impostas por juízes “superpartes”, sem que tenha havido um prévio e participativo diálogo de todos aqueles que participam do processo e que serão atingidos pelo julgado, estes últimos representados por meio de um “representante adequado”.

Tal discurso lógico-formal caracteriza o que a doutrina denomina de processo assimétrico, o qual conta com a consolidação do Estado Moderno e com a verticalização das relações entre governantes e governados, convertendo-se o juiz em um sujeito superpartes, alocado acima dos litigantes. O direito a aplicar é o direito do Estado, à vista de uma racionalidade teórica voltada para uma interpretação objetivista do direito.³⁰⁸

³⁰⁵ WATANABE, 1997, p. 642.

³⁰⁶ GIDI, 2007, p. 129-130.

³⁰⁷ ÁVILA, 2009, p. 87-92.

³⁰⁸ Ibid., p. 19.

Todavia, como alertou de modo seminal Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “é da maior conveniência restabelecer o *ordo* isonômico, propósito que parece ser de magna importância para a efetividade virtuosa no processo de conhecimento.”³⁰⁹

E, assim, recuperar-se o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. Tudo reforçado pela “percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual.”³¹⁰

Ora, a idéia de cooperação há de implicar um juiz cooperativo, colocado no centro da controvérsia, com a recuperação do processo isonômico e a participação ativa das partes. O diálogo assim estimulado “substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa.”³¹¹ Esse objetivo só pode ser alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes.³¹²

Nesse sentido, o requisito do controle judicial da representação adequada assegura aos membros do grupo (titulares do direito coletivo) uma defesa vigorosa de seus interesses, mediante participação ativa do representante, em atenção ao direito fundamental ao processo justo.

No trato do tema, Antonio Gidi refere que esse requisito é essencial para que haja o respeito ao devido processo legal em relação aos membros do grupo ausentes, e acrescenta que a garantia constitucional do devido processo legal assegura que ninguém seja privado de seus bens sem ser ouvido em juízo e corolário disso é a *adequacy of representation*, suficiente para satisfazer a garantia da oportunidade de ser ouvido para todos os membros do grupo.³¹³

Essa garantia do *due process of law*, evidentemente, levada às últimas consequências, impediria qualquer demanda coletiva, daí por que os direitos de ser citado, de ser ouvido e de apresentar defesa em juízo são substituídos por um direito de ser citado, ouvido e defendido através de um representante, mas não de um representante qualquer, o grupo deve ser

³⁰⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 1999, p. 66.

³¹⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 191

³¹¹ Ibid.

³¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 7-14, 1986.

³¹³ GIDI, 2007, p. 100.

representado em juízo por um representante adequado.³¹⁴ Certamente haverá violação ao *due process* quando não houver uma adequada representação dos membros da classe ausentes.

Aqui cabe uma observação. Atualmente as relações entre processo e constituição são relações de recíproca implicação e ao direito processual civil interessa a constitucionalização do processo, cuja missão é preencher o formalismo processual com valores constitucionais.³¹⁵

Para tanto, a primeira constitucionalização do processo concerne ao estudo do processo a partir do ângulo das garantias constitucionais e culmina com a formalização das garantias processuais na Constituição - o que ocorre com a promulgação da Constituição de 1988. Nesse contexto, as normas são vistas como limites ao arbítrio do Estado³¹⁶, de que é exemplo a garantia do devido processo legal, citada por Antonio Gidi.

Todavia, na perspectiva do formalismo-valorativo, o processo passa atualmente pela segunda constitucionalização, a qual equaciona as relações entre processo e constituição em outros termos, já que o processo civil passa a ser compreendido não na perspectiva de garantias, mas na perspectiva dos direitos fundamentais. O processo, além de servir de proteção contra o arbítrio do Estado, tem em si incorporada a nova teoria das normas e a metodologia dos direitos fundamentais,³¹⁷ e passa a emprestar relevo à autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, à proibição de proteção insuficiente, de proteção excessiva e de retrocesso na proteção dos direitos fundamentais, bem como à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja eficácia irradiante impõe o dever de interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com os direitos fundamentais.³¹⁸

Nesse contexto, à estrita ótica de um “devido processo legal”, correspondente a uma compreensão puramente liberal e garantística do fenômeno jurídico, contrapõe-se a visão dinâmica em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e na qual o processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais, consoante a doutrina.³¹⁹

O devido processo legal, como princípio de justiça processual, deve ser concebido como direito fundamental ao processo justo, informado por direitos fundamentais, realizado

³¹⁴ GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

³¹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 17.

³¹⁶ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 2002, p. 265.

³¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 81-170.

³¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 17.

³¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008a, p. 67.

em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que participam, adequado ao direito material e destinado a uma proteção efetiva.³²⁰

Pertinente, sob esse aspecto, a crítica de Humberto Ávila, de que o dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, refere o jurista, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, prossegue, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.³²¹

Mais correto, portanto, falar na expressão dinâmica da garantia do devido processo legal, que é o direito fundamental ao processo justo, elemento necessário, embora não suficiente, para assegurar a justiça do caso concreto levado a juízo, cuja fórmula mínima a estruturar o formalismo da tutela jurisdicional coletiva, compõe-se dos direitos fundamentais à tutela jurisdicional adequada e efetiva, ao juiz natural, à representação técnica, à paridade de armas, ao contraditório forte³²², à ampla defesa, à prova, à publicidade, à motivação da sentença, à assistência jurídica integral e à duração razoável do processo.³²³

Nesse sentido, o direito fundamental ao processo coletivo justo não mais significa um genérico direito ao processo, assentado em direitos estáticos, quando na verdade, consoante abalizada doutrina, cuida de assegurar, a partir dos conceitos de equanimidade e de justiça, não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado qualitativamente diferenciado, o que, a partir daí, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, caracteriza-se não apenas como “direito ao processo”, de objeto puramente formal ou abstrato, mas assume um conteúdo modal qualificado, do direito ao equo e justo processo, que caracteriza a “face dinâmica do devido processo legal”.³²⁴

³²⁰ MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 177-248.

³²¹ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, São Paulo, set. 2008, p. 57.

³²² A significar que o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.), de acordo com a concepção preconizada por ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A garantia do contraditório**. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b, p. 238.

³²³ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 28.

³²⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 59.

Com efeito, a representação adequada é a chave para a integridade da ação coletiva, não apenas em termos pragmáticos de eficiência e completude do procedimento, mas também em relação a uma justa resolução do litígio. Pelo fato de o direito individual ao “day in court” ser delegado ao órgão legitimado, o juiz deverá assegurar que o direito ao justo processo coletivo daquelas partes ausentes seja protegido, já que serão vinculadas pela decisão da causa. Qualquer problema na representação irá resultar num defeito de dimensões constitucionais.³²⁵

Deve-se estar atento ao fato de que, *a priori*, submeter à coisa julgada aquele que não foi parte no processo, nada obstante participe da relação afirmada em juízo, viola o direito fundamental ao processo justo, na medida em que pode privar esse terceiro figurante da relação afirmada em juízo de seu direito sem que se possibilite a sua participação no processo. Para contornar esse entrave processual, não basta que apenas seja o titular do direito representado através de um órgão legitimado (art. 5º da Lei 7.347/85 c/c art. 82 CDC), mas deverá ser ouvido em juízo por meio de um representante adequado. Lembre-se que “os membros do grupo não deveriam ficar vinculados pelos atos de um representante inadequado” e “essa adequação deve ser submetida a um rigoroso controle judicial”.³²⁶

Argumentar no sentido de que só haverá coisa julgada se o órgão jurisdicional entender pela procedência do pedido do demandante viola o direito fundamental à paridade de armas no processo civil, porque também o demandado, quando se defende no processo, tem direito à tutela jurisdicional, e, sendo o caso, à solução definitiva do litígio debatido no processo.³²⁷

Tal ocorre, por exemplo, quando se cuida da ação coletiva passiva, na qual é inviável vincular os membros do grupo em suas esferas individuais apenas mediante coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, limitação subjetiva da coisa julgada que só tem sentido no caso da ação coletiva ativa, mas que não funciona quando a sentença deva apenas ser favorável ao grupo de réus, já que o autor não se disporia a propor uma demanda coletiva que não formasse coisa julgada no caso de procedência da ação (!) mas apenas se o demandante fosse vencido na demanda (!).³²⁸

Portanto, o formalismo-valorativo, método de pensamento que equaciona de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e constituição, que coloca o

³²⁵ DICKERSON, 2003, p. 2-30.

³²⁶ GIDI, 2007, p. 135.

³²⁷ Observação de MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 133, quando tratam do chamado “litisconsórcio facultativo-unitário”, adaptada ao processo coletivo.

³²⁸ GIDI, 2008, p. 344.

processo no centro da teoria do processo e mostra que o formalismo do processo coletivo é formado a partir de valores, que são a justiça, a igualdade, a participação, a efetividade e a segurança,³²⁹ implica um salto da legitimidade *ad causam* para a representação adequada na defesa dos interesses coletivos.

Essa qualificação da mudança do conceito de legitimidade para representação exige que mesmo entes legitimados como o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados e os Municípios tenham relação íntima com o objeto da causa e atuem mediante uma vigorosa posição argumentativa do interesse daqueles que estão representados, titulares da situação substancial levada a juízo.

A experiência vem demonstrando que por vezes os interesses dos titulares do direito material, que a doutrina considera melhor denominá-los de membros do grupo³³⁰, colidem entre si. Nem todos os membros do grupo compartilham o mesmo propósito.

Menciona-se o exemplo do caso *Johnson v. Uncle Ben's Inc.*, em que uma ação coletiva foi proposta em defesa de negros e latinos supostamente discriminados no ambiente de trabalho em função da cor e da origem. Como o representante do grupo concentrou as suas provas quase inteiramente na pretensão dos negros, não foi considerado adequado representante dos latinos. Nesse caso, o juiz de primeiro grau deveria ter criado um subgrupo para os latinos, com representante distinto dos negros, quando percebeu a inadequação ou o conflito de interesses do representante negro em face dos interesses do grupo de latinos.³³¹

Todos, nessa hipótese, devem estar de fato representados no processo, ou melhor, devem estar adequadamente representados no processo, e para tanto não basta uma vinculação ao objeto, como é o caso da pertinência temática, mas é necessária uma vinculação ideológica daquele que representa o grupo com os interesses deste (“ideological plaintiff”).

Nesse sentir, em cada caso concreto deve o juiz avaliar se a ação coletiva movida pelo ente legitimado, dotado de legitimação originária específica, terá aptidão para vincular todos os membros do grupo em razão da análise da adequação da representação exercida no processo, afinal, se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por alguém que se declara representante de seus interesses, o valor justiça impõe que essa representação seja adequada.³³²

O valor justiça, aliás, é de suma importância para a conformação do processo no marco teórico do formalismo-valorativo, já que espelha sua finalidade jurídica, relacionado

³²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 16.

³³⁰ Por todos, GIDI, 2008, p. 76.

³³¹ GIDI, 2007, p. 107.

³³² Ibid., p. 99.

com a atuação concreta do direito material, entendido este como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.³³³

Apenas desse modo poderá afirmar-se que os membros do grupo são ouvidos e estão presentes no processo através da figura do representante, que atuará, na feliz expressão da doutrina, como uma espécie de “porta-voz” dos interesses do grupo,³³⁴ o qual terá “voz ativa” nesse processo, ou seja, terá direito de ser ouvido em juízo através de um representante, mediante diálogo judiciário e participação processual.

Esse requisito é fundamental, pois se evita o risco de colusão entre o demandante e o demandado, incentiva-se a conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que os reais interesses do grupo sejam trazidos ao processo e o resultado do processo não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses, conforme anota Gidi.³³⁵

Evidentemente que o representante não precisa demonstrar probabilidade de sucesso na demanda para que a ação seja aceita³³⁶ e o juiz o considere adequado para representar os interesses do grupo, bastando a demonstração de uma conduta vigorosa e uma perfeita sintonia com os interesses do grupo.

Com efeito, representação adequada, nesse contexto, é uma questão complexa não sujeita a regras rigorosas, muito pelo contrário, as cortes norte-americanas consideram uma variedade de fatores incluindo a convergência ou divergência dos interesses do representante e dos representados, a comunhão de posições de fato e de direito, as habilidades práticas do representante em termos de recursos e “expertise” e o vigor da atuação dos representantes dos interesses da classe.³³⁷

Nesses casos, parece ser dever do juiz controlar a representação adequada para evitar, por exemplo, que uma ação movida por associação mal-intencionada ou proposta por membro do Ministério Público que possui uma posição argumentativa de fato ou de direito diversa daquela dos membros do grupo não venha a vincular toda uma coletividade, já que, de acordo com essa proposta, a coisa julgada somente vinculará os membros do grupo que forem adequadamente representados em juízo e aqueles que não o forem não serão atingidos pela *res judicata*.³³⁸

³³³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 99.

³³⁴ GIDI, 2007, p. 100.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid., p. 108.

³³⁷ DICKERSON, 2003, p. 2-29.

³³⁸ GIDI, op. cit., p. 106.

Oportuno, também, mencionar que não seria correto restringir o controle da representação adequada apenas às associações, mas a todos os legitimados para a ação coletiva, desde o Ministério Público até os sindicatos. A própria doutrina já havia se apercebido dessa circunstância e pugnou pelo controle da representação adequada de todos os legitimados para a ação.

Nesse sentido, alertou-se para o fato de que associações, embora obedeçam aos requisitos legais da pré-constituição e da pertinência temática, algumas vezes não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de exercício de uma defesa processual válida, dados característicos de uma representação adequada. Até mesmo em alguns casos os interesses defendidos pela atuação do Ministério Público não coincidem com os verdadeiros valores sociais da classe a qual ele se diz defensor em juízo. Embora, evidentemente, não se trate de regra geral, muito pelo contrário, “não é raro que membros do Ministério Público, tomados de excessivo zelo, litiguem em juízo como pseudo-defensores de uma categoria cujos verdadeiros interesses podem estar em contraste com o pedido”.³³⁹

Embora se reconheça que quanto ao Ministério Público, desde que no caso concreto se configure um interesse metaindividual, sua legitimação fica presumida (não passível de questionamento), já que é ele o tutor institucional do interesse social e do interesse indisponível, estando-lhe assegurado o exercício da ação civil pública³⁴⁰, nada impede que, no caso concreto, o órgão judicial verifique se o membro do Ministério Público adequadamente representa a classe, pois, presente o requisito, “the action is certified as a class suit and proceeds as such.”³⁴¹

Enfim, a condução do processo por todos os entes legitimados para a causa deve ser adequada para tutelar os interesses do grupo, até porque não se acredita que esses entes possam ser bons representantes em todas as causas que propõem. Evidente que existem situações em que haverá conflito de interesses entre o representante e o grupo, mormente pelo fato de que na controvérsia coletiva há um grande número de pessoas envolvidas e a complexidade das relações existentes entre elas, o que as denota como uma fonte inesgotável de conflitos e antagonismos.³⁴²

³³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 361, maio/jun. 2002, p. 5.

³⁴⁰ MANCUSO, 2006, p. 410.

³⁴¹ TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey C. **American civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University, 1993, p. 161.

³⁴² GIDI, 2007, p. 113.

Assim, a doutrina considera como fator mais crítico a ser esmiuçado na apuração da *adequacy of representation* o fato de haver relevante conflito ou antagonismo de interesses entre o representante e os outros membros da classe, devendo a atuação do representante exprimir os anseios dos representados.³⁴³

Portanto, se houver conflito de interesses quanto a alguns membros, deverá o juiz limitar a ação apenas àqueles que não estão em conflito ou garantir a representação adequada de todos os interesses divergentes. Nesse caso a sentença apenas vinculará aqueles que não estiveram em conflito e tiveram seus interesses adequadamente representados.³⁴⁴

Nessas hipóteses, seria de grande valia reconhecer ao juiz o controle sobre a representação, em cada caso concreto, de modo a possibilitar a inadmissibilidade da ação coletiva, quando a “representatividade” do legitimado se mostrasse inadequada. E a solução encontra guarida no sistema brasileiro, que não é avesso ao controle da adequada representação pelo órgão judicial.³⁴⁵

2.2 A Representação Adequada como Elemento de Aproximação entre es Jurisdições do *Common Law* e do *Civil Law*

O modelo da representação adequada forma parte de uma concepção jurídica própria dos sistemas de *common law*, em especial do regime norte-americano. Nesse sentido, a representação adequada aparece como modelo particular das *class actions*, cuja presença deve ser avaliada pelo juiz que analisa a demanda coletiva.

Em razão disso, juristas acostumados com o modelo da *civil law* poderiam argumentar que essa figura não pertence aos esquemas processuais oriundos desse sistema, de tradição romano-canônica, cujas normas de procedimento estão previamente estabelecidas pelo legislador.

Ante essa discrepância, tantas vezes apontada pela doutrina, procura-se solucionar o problema da seguinte forma, a saber, seriam concebidas duas modalidades de representação adequada, uma, a norte-americana, determinada pelo juiz no caso concreto, a partir das características do demandante (prestígio, trajetória, capacidade econômica etc.) e outra,

³⁴³ DINAMARCO, P. S., 2001, p. 135.

³⁴⁴ GIDI, 2007, p. 113-114.

³⁴⁵ Nesse sentido, GRINOVER, 2002, p. 5.

própria dos sistemas do *civil law*, determinada pelo legislador, por meio de normas gerais e abstratas, nas quais se fixam previamente os sujeitos ou entes que possam atuar pelo grupo.³⁴⁶

Essa, todavia, não parece a melhor solução, pois é chegado o momento em que a nova teoria das normas³⁴⁷ e a metodologia dos direitos fundamentais³⁴⁸ devem ser incorporadas ao discurso processual civil.

Hoje, verifica-se uma tendência à revalorização do momento jurisprudencial do direito, uma verdadeira “vocação do nosso tempo para a jurisdição”.³⁴⁹ No Estado Constitucional, fala-se em “direito dúctil”.³⁵⁰

Desse modo, evidencia-se, uma aproximação entre as jurisdições do *civil law* e do *common law*. Embora esses sistemas tenham surgido em circunstâncias completamente distintas, observam-se transformações nas concepções de direito e jurisdição no *civil law*, essencialmente em razão do impacto do constitucionalismo e das especificidades do sistema brasileiro, que se submete ao controle difuso de constitucionalidade³⁵¹ e ao *judicial review*.³⁵²

Afirma-se que o juiz do *civil law* não atua mais apenas como a “bouche de la loi”, limitado   declaração da lei, enquanto que a criação do direito era tarefa exclusiva do legislativo. Não se pode manter o dogma, próprio da Revolução Francesa, de que o juiz apenas atua a vontade da lei. Num ambiente cultural da modernidade, tanto no *civil law* como no *common law*, uma mesma norma jurídica pode gerar diversas interpretações e variadas decisões judiciais. A lei encontra limites nos direitos fundamentais previstos na Constituição e deve conformar-se com eles. A legalidade conforma-se com os direitos fundamentais, logo, o direito não está mais na lei, mas na Constituição e a jurisdição não se destina mais a declarar a vontade da lei, mas a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.³⁵³

Logo, o papel atual do órgão judicial do *civil law*   tão criativo como o do juiz do *common law*, já que controla a constitucionalidade das leis e realiza atividade criativa. O juiz, no Estado Constitucional, deixou de “ser mero servo do Legislativo”, preservada a separa o dos poderes.³⁵⁴

³⁴⁶ Nesse sentido PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, [199?], p. 244, Também MANCUSO, 2006, p. 408.

³⁴⁷ ÁVILA, 2009, passim.

³⁴⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004.

³⁴⁹ PICARDI, Nicola. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2004, passim.

³⁵⁰ ZAGREBELSKY, 1992, p. 11.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

³⁵² ZANETI JÚNIOR, 2007, passim.

³⁵³ MARINONI, 2006, p. 68.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 71.

A atividade do juiz do *civil law* está muito próxima daquela exercida pelo juiz do *common law* e vice-versa e os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico vêm emprestando um ao outro a sua experiência.

Verifica-se, no Brasil, país de tradição legalista, uma tendência à força dos precedentes judiciais, em atenção à necessidade de se fazer justiça aos cidadãos que se encontram na mesma situação jurídica, enquanto que na Inglaterra, em vigor desde 1999, país de tradição de precedentes, adotou-se um Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure*).³⁵⁵

Ainda, no direito inglês, berço do *adversary system*, menciona-se uma verdadeira revolução processual, a partir do advento das *Civil Procedure Rules*, que, dentre inúmeras inovações, deslocou a tônica dos poderes das partes para os do juiz ao atribuir ao órgão judicial diversos *management powers*, como, por exemplo, o controle do andamento do feito.³⁵⁶ Registre-se que a direção do processo pelo juiz sempre foi característica cultural da família do *civil law*, cujo processo dominante chama-se inquisitorial.³⁵⁷ O art. 125 do CPC, exemplo da cultura “inquisitorial”, deve ser interpretado como se dissesse: “O juiz dirigirá, formal e materialmente, o processo. Uma das suas finalidades há de ser a de celeridade dos feitos, sem prejuízo da defesa dos interessados, o respeito do princípio de igual tratamento das partes e a prevenção e repressão a qualquer ato contrário à dignidade da justiça.”³⁵⁸

Por outro lado, enquanto que “na época do estado liberal clássico vigorava o princípio da tipicidade das formas processuais”,³⁵⁹ com o passar do tempo o processo voltou-se para a necessidade de atender as novas situações do direito material e, hoje, no sistema processual brasileiro, para o cumprimento das sentenças que ordenam um fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC), está-se diante da atipicidade dos meios executivos, ante “o caráter exemplificativo das providências mencionadas no parágrafo”,³⁶⁰ reconhecida a “adaptabilidade, maleabilidade” da decisão judicial, “frente à eventual resistência ao seu cumprimento, verificada no plano real.”³⁶¹ Essas “regras abertas” demonstram que “a lei não

³⁵⁵ FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro, direito em expectativa:** reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 11.

³⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. In: TEMAS de direito processual; nona série. São Paulo: Saraiva, 2007b, p. 74-75.

³⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: TEMAS de direito processual; nona série. São Paulo: Saraiva, 2007a, p. 74-75.

³⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 2, p. 336.

³⁵⁹ MARINONI, 2010, p. 86.

³⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença.** Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 221.

³⁶¹ Por todos, AMARAL, Guilherme Rizzo. A nova execução. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **A nova execução.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

pode vincular as técnicas processuais às necessidades de direito material nem desenhar tantos procedimentos quantas forem as situações substanciais carentes de tutela”,³⁶² a exemplo do que sempre se deu na família do *common law*.

Com efeito, evidencia-se a necessidade de um controle da representação adequada por parte do juiz do *civil law*, nos exatos moldes do controle que é exercido pelo juiz do *common law* e não de acordo com normas gerais e abstratas previstas pelo legislador. Assim, cumpre ao juiz analisar a representação adequada a partir do caso concreto, nos moldes das *class actions* americanas.

2.2.3 Avaliação judicial da representação adequada

Consoante a doutrina, o juízo sobre a representação adequada deve ser rígido, a fim de que “os membros da classe, estranhos ao processo, tenham a máxima garantia de que aqueles *representatives* estejam em condições de defender o interesse comum de modo mais satisfatório possível.”³⁶³

Antonio Gidi entende que a avaliação do requisito da representação adequada é considerada questão de fato a ser determinada pelo juiz de primeiro grau, com base nos fatos e circunstâncias que envolvem cada caso concreto.³⁶⁴ O problema nesse caso envolve a preclusão da questão de fato e a impossibilidade de alegação no recurso especial.

O próprio autor, noutra passagem, afirma que a certificação da *class action* não significa que a questão esteja preclusa, sendo dever de o juiz monitorar de perto a adequação do representante durante todas as fases do procedimento, da propositura da ação até o final, controle esse realizado *ex officio*. Isso ocorre porque um representante que era realmente adequado pode demonstrar inadequação em momento posterior em razão do desinteresse, por impossibilidade ou até mesmo por incapacidade, pela superveniência de interesses conflitantes ou por má-fé.³⁶⁵

Ainda, afirma-se que a fiscalização da representação adequada é tão importante que se faz durante todo o desenvolvimento do processo e, eventualmente, até após o trânsito em

³⁶² MARINONI, 2010, p. 87.

³⁶³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 24.

³⁶⁴ GIDI, 2007, p.104.

³⁶⁵ Ibid., p. 102.

julgado. Se o representado demonstrar a inadequação da atuação do representante não será atingido pela coisa julgada e poderá rediscutir a matéria em nova demanda.³⁶⁶

Com efeito, não é fácil a tarefa de distinguir questões de fato e questões de direito. Consoante Cândido Rangel Dinamarco, as questões de fato são correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, são aquelas que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior etc.³⁶⁷ De modo um pouco diverso, Barbosa Moreira assevera que a questão de fato é toda aquela relacionada aos pressupostos fáticos da incidência, enquanto que será questão de direito toda aquela relacionada com a aplicação da hipótese de incidência no suporte fático.³⁶⁸

Para Lebre de Freitas, o conhecimento oficioso da norma jurídica depende da introdução na causa dos fatos aos quais o tribunal a aplica, a distinguir-se o plano dos fatos, em que vigora o princípio dispositivo, do plano do direito, em que a soberania pertence ao juiz, circunscrita ao objeto do processo.³⁶⁹

Alvaro de Oliveira considera artificial a distinção entre questão de fato e questão de direito porque “no litígio fato e direito se interpenetram. Há necessidade do fato na construção do direito e indispensabilidade da regra jurídica para determinar a relevância do fato.” E cita o relatório sobre o ativismo judicial de Marcel Storme, que ressalta estar ultrapassada a distinção entre fato e direito, especialmente no que concerne à divisão de trabalho entre juiz e partes, inspirada no antigo brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.³⁷⁰

Com inteira razão o processualista gaúcho, já que a indicação do material fático deixou de constituir tarefa exclusiva das partes. Devem elas contribuir com os fatos essenciais, constitutivos da causa de pedir, porém pode o juiz apreciar os fatos secundários, dos quais poderá, direta ou indiretamente, extrair a existência ou o modo de ser do fato principal, seja porque constem dos autos, por serem notórios ou se tratarem de máximas de experiência.³⁷¹

³⁶⁶ DINAMARCO, 2001, p. 135-136.

³⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: FUNDAMENTOS do processo civil moderno. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b, v. 1, p. 240-241.

³⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: TEMAS de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 208.

³⁶⁹ LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 116.

³⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 210.

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano, Giuffrè, 1962, v. 1, p. 340.

De fato, a melhor doutrina já se apercebeu de que a dicotomia entre questão de fato/questão de direito, a demarcar precisamente o que pertence a uma e à outra esfera, é empresa fadada a desembarcar irremediavelmente em um “indisfarçável artificialismo”.³⁷²

Portanto, o controle da representação adequada, que envolve um juízo de valor acerca da capacidade do representante em bem desempenhar essa função, adotada a teoria tricotômica (questão de fato, questão mista e questão de direito), em lugar da conformação dicotômica (questão de fato e questão de direito), deve ser tratado como questão mista, podendo suscitar questões passíveis de recurso especial.³⁷³

E a decisão do juiz de primeiro grau, a ser proferida na audiência preliminar, sempre com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto, pode ser revista e modificada a qualquer tempo, em decisão motivada, respeitada a cláusula *rebus sic stantibus*, até mesmo porque todas as decisões contêm implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, em razão da superveniência de fatos novos.³⁷⁴

Além disso, em homenagem ao direito fundamental ao contraditório, verdadeiro “ponto cardeal da investigação dialética”,³⁷⁵ parece insofismável que o juiz deva, antes de se pronunciar acerca da adequada representação, em qualquer tempo e grau de jurisdição, oportunizar às partes que se manifestem a respeito e possam, desse modo, influir e participar na construção da decisão judicial. Recorde-se que o contraditório forte não mais significa apenas que ambas as partes deverão ser ouvidas, numa espécie de audiência bilateral, que encontra expressão no aforismo romano *audiatur et altera pars*.

No marco do formalismo-valorativo, como o formalismo processual cooperativo vai marcado pelo diálogo entre as pessoas do juízo e a necessidade de participação das partes no processo assinalada pelo direito fundamental ao contraditório, entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional, a avaliação da representação adequada, a ser verificada na audiência preliminar, sempre com base nos fatos e nas circunstâncias que envolvem cada caso concreto, podendo ser revista e modificada a qualquer tempo, em decisão

³⁷² MITIDIERO, 2009, p. 92-93.

³⁷³ Cfe. a proposta de KNIJNIK, Danilo. **A revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 169-189, que reconhece a existência de um certo número de casos, no mais das vezes duvidosos, em que os fatos e o direito se encontram extremamente interligados, de modo que o intérprete já não poderá encaixá-los, com segurança, numa ou noutra questão, e cita exemplos da “intenção discriminatória”, do “ato de insubordinação”, das “águas navegáveis” e da “discriminação sexual”. Em todos esses exemplos “a determinação do quadro fático e a determinação das normas jurídicas incidentes não eram separáveis”, e aqui é possível acrescentar o exemplo da “representação adequada”.

³⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro, Forense, 1945, p. 25.

³⁷⁵ PICARDI, 2003, passim.

motivada, deve sempre ser precedida de um prévio e sadio debate entre as partes e o órgão judicial, a caracterizar um contraditório forte.

A matéria, assim, vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no direito fundamental ao contraditório, “compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz”.³⁷⁶

3 ESTABILIDADE DO OBJETO LITIGIOSO

3.1 A preclusão como elemento organizador do formalismo processual. Breve Panorama Histórico: do *ordo iudicarius* ao formalismo moderno

Acerca do procedimento romano, afirma Max Kaser que a história do processo para efetivar direitos privados começa em Roma com a força privada limitada e controlada pelo Estado.³⁷⁷ Vale ressaltar que em todo o procedimento romano prevaleceu o princípio dispositivo e a iniciativa da parte para a demanda.³⁷⁸

Nas primeiras fases do procedimento romano (*legis actiones* e *per formulas*) a iniciativa do impulso processual era das partes, como regra geral. Todavia, o Juiz tinha a faculdade de adotar certas providências por iniciativa própria.³⁷⁹ Também o conceito de preclusão por fases é encontrado na antiga história processual: aparece no procedimento germânico e no romano.³⁸⁰

Nessa época havia a bipartição do processo, com as fases *in iure*, no tribunal perante o magistrado judicial, e *apud iudicem*, perante um particular a quem foi confiada a função judicial, a quem compete julgar e mais tarde, também, proclamar a sentença.³⁸¹

Observa Alvaro de Oliveira que um aspecto importante a considerar no estudo do formalismo do processo romano, em todas suas fases, é a ausência dos princípios da preclusão e da eventualidade, não exibindo a causa (o *iudicium*) qualquer subdivisão específica. Esse doutrinador ressalta que não contraria essa conclusão o processo formulário, em que o *iudex*

³⁷⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 233-234.

³⁷⁷ KASER, Max. **Derecho romano privado**. Madrid: Reus, 1968, p. 353.

³⁷⁸ ENGELMANN, The Roman procedure. In: ENGELMANN, et al. **A history of continental civil procedure**. New York: Kelley, 1969a, p. 389-390.

³⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 40.

³⁸⁰ MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: ENGELMANN, et al. **A history of continental civil procedure**. New York: Kelley, 1969, p. 29.

³⁸¹ KASER, op. cit., p. 354.

privatus estava restrito aos fundamentos da pretensão e da defesa mencionados na fórmula (fase *in iure*). Isso ocorria, refere o jurista, em razão da natureza jurídica da fórmula, autêntico comando do pretor para condenar ou absolver, de conformidade com as condições nela estabelecidas. Não se tratava de eventualidade ou preclusão (ordem).³⁸²

Dissente desse entendimento Robert Wyness Millar, para quem no processo romano, em seus dois primeiros períodos, a preclusão por fases aparecia na separação entre o *ius* e o *iudicium*. No período das *legis actiones*, o pretor terminava o exame “*in iure*” com as palavras “*diis honorem dico*”, ficava estabelecido que a ação escolhida pelo autor era a correta, que o demandado havia negado o direito do demandante e que a controvérsia deveria desenvolver-se dentro de certos limites. No sistema formulário, quando o pretor concedia a fórmula ao autor, ficava determinado definitivamente o âmbito da controvérsia. Os elementos do pedido formulado e a base da defesa não poderiam mais ser modificados.³⁸³

Parece concordar com esse posicionamento Heitor Vitor Mendonça Sica ao afirmar que no processo formular havia efeito preclusivo na alegação das partes, muito embora com roupagem e objetivos diversos daqueles apregoados pelo princípio da eventualidade em ordenamentos modernos.³⁸⁴

No período romano clássico, consoante as anotações de Gaio, a distinção entre exceções peremptórias e dilatórias não tinha o mesmo significado ao tempo de Justiniano e no direito moderno. Peremptórias eram as exceções que podiam ser opostas perpetuamente, a exemplo da *exceptio doli mali*, enquanto que dilatórias eram as que apenas poderiam ser opostas durante certo tempo.³⁸⁵

Em consequência do enfraquecimento do formalismo, na fase pós-clássica da *cognitio* ou *libellus* o juiz começa a ter papel mais acentuado nos trâmites procedimentais, restringido o domínio das partes. Aumenta o domínio do tribunal sobre a causa, que passa a ser representante do impulso do processo, embora não vedada a intervenção das partes. Assim, possível caracterizá-lo como sistema de impulso judicial.³⁸⁶

A *cognitio extra ordinem*, afirma a doutrina, não está sujeita à forma e tem princípios muito mais livres que o processo formulário. Refere-se também que “na legislação pós-

³⁸² ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 46.

³⁸³ MILLAR, 1969, p. 30.

³⁸⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 12, nota 18.

³⁸⁵ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 171-172.

³⁸⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 44.

clássica, sobretudo sob Justiniano, o processo cognitório transforma-se num processo em que o domínio processual do juiz funcionário é significativamente reforçado perante as partes.³⁸⁷

Destarte, com o advento do sistema do libelo (*cognitio*) e o desaparecimento entre as fases “*ius e iudicium*”, o procedimento passou a ser unitário. Com exceção das defesas dilatórias, as partes eram livres para apresentar novas alegações e provas até a prolação da sentença (ausência da preclusão).³⁸⁸ Com efeito, a distinção entre as fases *in iure* e *in iudicio* foi abandonada, bem como foram abolidas as *formulae* e o *iudex* privado foi transformado em um oficial público.³⁸⁹

No direito Justinianeu, consoante autorizada doutrina, todas as exceções deveriam ser propostas antes da *litis contestatio*. Caso não fossem alegadas, a parte ficaria impedida adiante, com exceção da *in integrum restitutio*.³⁹⁰ Já no procedimento germânico, o impulso processual era exclusivo das partes. Os litigantes eram inteiramente responsáveis pela condução de suas próprias causas. O litígio supunha um jogo no qual o Juiz atuava como árbitro.³⁹¹

A preclusão por fases aparece no procedimento germânico, cuja função não era a resolução da controvérsia, mas a direção da prova. Foi utilizada uma sucessão de fases para o cumprimento dessa tarefa, em número variável, sendo três delas constantes. A primeira verificava a existência do direito, a segunda proclamava a sentença probatória e a terceira controlava a prova. Cada fase era encerrada com uma decisão que precluía irrevogavelmente para as partes acerca das questões decididas.³⁹²

O procedimento romano-canônico foi marcado por uma ausência de intervenção direta e controle por parte do juiz sobre o desenvolvimento do processo. Em consequência, as partes e seus advogados eram árbitros quase absolutos do procedimento, dificilmente limitados pelos termos preclusivos abstratamente fixados pela lei. Portanto, o processo – e não somente o objeto do processo – se converteu em “coisa das partes”, com todos os abusos que daí poderia derivar.³⁹³

Após a *Clementina Saepe*, decretal do Papa Clemente V, ano 1306, que introduziu, além de uma espécie de procedimento sumário, grande proporção de poder diretivo ao juiz,

³⁸⁷ KASER, 1968, p. 358.

³⁸⁸ MILLAR, 1969, p. 30.

³⁸⁹ CAPPELLETTI, 1974, p. 319.

³⁹⁰ SCIALOJA, 1954, p. 384.

³⁹¹ MILLAR, op. cit., p. 24.

³⁹² Ibid., p. 29.

³⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. Processo oral e processo escrito. In: LA ORALIDAD y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: EJE, 1972, p. 34.

esse procedimento pôde ser classificado como sistema de impulso judicial.³⁹⁴ Mesmo depois de produzida a prova, poderiam as partes formular e provar novas posições, pois o sistema procurava assegurar a liberdade de ação contra a interferência judicial, daí a ausência dos princípios da preclusão e da eventualidade.³⁹⁵

A *Clementina Saepe* eliminou, dentro do processo romano-canônico, os prazos fixos, e criou, segundo se diz, pela concessão ao juiz de extensos poderes sobre as exceções dilatórias, o germe do princípio da eventualidade.³⁹⁶ A doutrina também observa que nesse procedimento foram consagrados, de maneira mais exacerbada que no processo Justiniano, os princípios da escrita, da diluição do processo em numerosas etapas e fases, da imediatidade, das provas legais etc.³⁹⁷

Seu sistema derivado, do processo civil comum alemão, embora tenha aderido à máxima *ne procedat iudex ex officio*, adotou o impulso judicial do processo, pela extensão de controle outorgado ao juiz.³⁹⁸ Intensificou-se o domínio do princípio do dispositivo, da escritura e das preclusões formais, com a introdução da eventualidade.³⁹⁹

No direito canônico, após o recesso de 1654, todas as defesas (dilatórias e peremptórias), salvo as exceções de incompetência, deveriam ser formuladas conjuntamente sob pena de preclusão. Isso também valeria para o autor, na réplica. O objetivo era impedir demoras no procedimento.⁴⁰⁰

No período das Ordenações (processo comum luso-brasileiro), tanto Afonsinas, como Manuelinas e Filipinas, o processo era rigorosamente dividido em fases rígidas e separadas e guiado pelo princípio dispositivo em sentido formal e material. Às partes cabia a iniciativa da demanda e seu movimento.⁴⁰¹ Isso porque se tratava de “típico exemplo de processo comum, forjado pela confluência dos elementos romano, canônico e germânico antigo.”⁴⁰²

Embora o CPC italiano de 1865, vigente até 1940, período em que Chiovenda pioneiramente escreveu sobre o assunto, não mencionasse a palavra preclusão, a doutrina e a

³⁹⁴ MILLAR, 1969, p. 24.

³⁹⁵ ENGELMANN. The romano-canonical procedure. In: ENGELMANN et al. **A history of continental civil procedure**. New York: Kelley, 1969, p. 477.

³⁹⁶ MILLAR, op. cit., p. 30.

³⁹⁷ CAPPELLETTI, 1974, p. 319. O jurista ainda observa que “no sistema processual romano-canônico e comum tudo era, ou pelo menos se tentava que fosse, racionalmente ordenado e previsível, de maneira rigorosa e quase mecânica: o procedimento desenvolvia-se por pequenos passos ou “fases”, minuciosa e formalisticamente predeterminadas; as formas dos atos processuais eram rigidamente preestabelecidas; todas as questões, inclusive aquelas meramente formais, incidentais ou preliminares, eram decididas com sentença motivada, que devia ser imediatamente impugnada, pois do contrário passava definitivamente em julgado.”

³⁹⁸ MILLAR, op. cit., p. 24.

³⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 53.

⁴⁰⁰ MILLAR, op. cit., p. 31.

⁴⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 56.

⁴⁰² MITIDIERO, 2005b, p. 37.

jurisprudência utilizavam-na amplamente. O vocábulo apenas apareceu no ordenamento italiano com o CPC de 1942, ainda em vigor.⁴⁰³

Enquanto que no ordenamento brasileiro, sem usar a palavra preclusão, tanto o CPC de 1939 quanto os códigos estaduais e o regulamento 737, de 1850, aplicavam o instituto, quando estabeleciam uma ordem legal para a prática de atos processuais, impondo a perda do direito de praticá-los após o momento próprio.⁴⁰⁴ A propósito, a doutrina aponta o regulamento 737 como o antecedente mais remoto da regra da eventualidade presente em nosso sistema processual.⁴⁰⁵

De seu turno, o legislador de 1973 optou pelo sistema do impulso judicial, o que se denota do art. 262 do Código de processo Civil, e utiliza a preclusão em todas as suas manifestações, embora apenas mencione a palavra nos arts. 245 e 473 do referido diploma.

Logo se vê, no formalismo processual civil moderno, a prevalência do impulso oficial, certamente orientado pela ideia de que ao Estado interessa a célere definição das lides, uma vez iniciadas, e por essa razão seus órgãos devem tomar a iniciativa para o seu ágil desfecho.

Alvaro de Oliveira refere que a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim.⁴⁰⁶ Consoante Chiovenda, todo processo, uns mais, uns menos, com o fim de assegurar precisão e rapidez ao desenvolvimento dos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além de tais limites, a faculdade não pode ser mais exercida. Denomina isso de preclusão, extraído da expressão *poena praeclusi* do direito comum, com a ressalva de que no direito moderno se prescinde da idéia de pena.⁴⁰⁷

A preclusão, analisada como princípio, deve ser considerada não em si mesma, mas no seu complexo de preclusões organizadas em sistema dentro da estrutura processual, com vistas ao funcionamento desta.⁴⁰⁸

Consoante Eduardo Couture, o princípio da preclusão está representado pelo fato de que as diversas etapas do processo se desenvolvem em forma sucessiva, mediante o encerramento definitivo de cada uma delas, impedindo-se o regresso a etapas e momentos processuais extintos e consumados.⁴⁰⁹

⁴⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil**. Curitiba: Juruá, 1991, p. 57.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 58.

⁴⁰⁵ SICA, 2006, p. 44.

⁴⁰⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 228.

⁴⁰⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, 1965, v. 3, p. 155-156. CHIOVENDA, 1949a, v. 3, p. 224.

⁴⁰⁸ FERREIRA FILHO, 1991, p. 39; ALVARO DE OLIVEIRA, 2009, p. 201.

⁴⁰⁹ COUTURE, 2002, p. 159.

O contrário é justamente representado pelo princípio da unidade da causa ou liberdade processual, segundo o qual as partes em juízo podem apresentar suas alegações e provas de acordo com a necessidade, até o momento da sentença. Este princípio exclui a ideia de preclusão fundada na existência de fases processuais.⁴¹⁰

Em suma, a preclusão como princípio tem por escopo a ordenação coordenada das atividades processuais, simplificando o processo, e, assim, possibilitando-lhe atingir o mais rápido possível, seu ato final.⁴¹¹ Também visa a proteger a boa-fé processual e evitar a chicana do processo.

3.3 Espécies de Preclusão; Temporal, Lógica e Consumativa. A Preclusão para o Juiz. A Regra da Eventualidade

Preclusão designa a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em função de ter-se alcançado os limites assinados pela lei ao seu exercício.⁴¹²

De acordo com Chiovenda, em clássica lição, entende-se por preclusão a extinção de uma faculdade processual, que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ou uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita).⁴¹³

Em razão disso, José Frederico Marques divide o conceito de preclusão, atribuindo-lhe, respectivamente, as denominações “temporal”, “lógica” e “consumativa”.⁴¹⁴

Acerca do tema, Celso Agrícola Barbi considera inaceitável a configuração do instituto nos termos em que o definiu Chiovenda para compreender todos os casos de preclusão. Entende acertada a conceituação de Chiovenda, mas que “sua definição deve ser ampliada para abranger também a preclusão de questões e atingir não apenas faculdades das partes, mas também o poder do juiz quanto àquelas questões.”⁴¹⁵

⁴¹⁰ MILLAR, 1969, p. 29.

⁴¹¹ FERREIRA FILHO, 1991, p. 28-29.

⁴¹² CHIOVENDA, 1949, p. 226.

⁴¹³ CHIOVENDA, 1965, p. 156; CHIOVENDA, 1949, p. 226.

⁴¹⁴ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2, p. 380.

⁴¹⁵ BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 158, 1955, p. 61.

No entanto, para Chiovenda, a preclusão atinge também os poderes do juiz. No ensaio precursor denominado *Cosa juzgada y competencia* analisa caso de preclusão da decisão do juiz sobre a competência. Não se pode falar de coisa julgada nesse caso.⁴¹⁶

Importante assinalar que a preclusão para o juiz não é uma quarta espécie de preclusão. Não se trata de preclusão temporal, pois o juiz está sujeito a prazos impróprios. Também não é lógica, porque o juiz pode retratar-se, uma vez incitado, de suas decisões, a exemplo dos arts. 285-A, 296 e 523, todos do Código de Processo Civil. Portanto, o juiz está sujeito apenas à preclusão consumativa, a teor do art. 463 do CPC.⁴¹⁷

A doutrina assevera, com razão, que existe uma complementaridade entre os princípios da preclusão, impulso processual e igualdade entre as partes. Superadas questões e fases processuais por efeito preclusivo, o juiz, de ofício, poderia movimentar o processo avante, independente do interesse das partes.⁴¹⁸

Acerca do tema, afirma-se ser a preclusão conceito indispensável ao princípio da eventualidade.⁴¹⁹ A eventualidade não se confunde com a preclusão, esta é a consequência para o sujeito processual que deixa de observar aquela. Todavia, essa posição não é unânime na doutrina.⁴²⁰

Com efeito, o que também foi caracterizado de “exagero artificial” do princípio da preclusão denomina-se também “princípio da acumulação eventual” ou “princípio de ataque e defesa global”. Supõe que as partes, nas respectivas fases, devam apresentar simultânea e consecutivamente todas as alegações e elementos de prova, sejam ou não compatíveis entre si, ainda que o pronunciamento sobre algum torne desnecessária a consideração acerca dos demais.⁴²¹

A eventualidade, destarte, garantida por um sistema de preclusões rígidas, impede que quaisquer meios de ataque e defesa, não alegados pelas partes, de uma só vez, numa determinada fase, sejam suscitados posteriormente. Será aplicada com maior ou menor rigor conforme o sistema adotado seja de preclusões rígidas ou preclusões elásticas.⁴²²

A delimitação dos contornos dos institutos do impulso processual, da preclusão e da eventualidade será importante para verificar a sua influência na fixação da rigidez

⁴¹⁶ CHIOVENDA, 1949, v. 3, p. 211.

⁴¹⁷ Nesse sentido, por todos, MITIDIÉRO, Daniel. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005a, v. 2, p. 137.

⁴¹⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 156.

⁴¹⁹ BARBI, 1955, p. 61.

⁴²⁰ Chama o princípio da eventualidade de preclusão, por exemplo, ECHANDÍA, Devis. **Teoría general del proceso**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, p. 67.

⁴²¹ MILLAR, 1969, p. 28.

⁴²² SOUSA, Everardo de. Do princípio da eventualidade no código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 251, jul./set. 1975, p. 105.

procedimental a que se submete o direito processual civil brasileiro e como tudo isso poderá ser flexibilizado se for levado em conta o modelo do formalismo-valorativo, aplicado também ao processo coletivo, sempre atento ao equilíbrio que deve haver entre “o informalismo excessivo (que leva ao arbítrio do Estado) e o excesso de formalismo (em que o direito material e a justiça correm o risco de periclitarem por razões de forma).”⁴²³ É o que se passa a analisar.

3.4 A Estabilidade Objetiva da Demanda como Decorrência do Sistema Rígido de Preclusões

Consoante a clássica lição de Liebman, nas notas às Instituições de Chiovenda, evidencia-se o sistema rigoroso de preclusões no direito brasileiro porque herdou do processo comum medieval os princípios da ordem legal necessária das atividades processuais e da eventualidade. Tal herança conduziu o legislador brasileiro a dar ao procedimento uma estrutura rígida, da qual nem as partes nem o juiz se podem afastar.⁴²⁴

Nesse sentido, Liebman afirma que o formalismo processual é composto de uma série de estádios que se devem suceder em ordem fixa, cada qual destinado a determinadas atividades e separado preclusivamente do que se lhe segue, de modo que as atividades, que não se hajam realizado no momento próprio, normalmente não poderão mais realizar nesse processo.⁴²⁵

Significa, conforme Cruz e Tucci, que a regra da eventualidade, impondo um sistema rígido de preclusões, exige, por exemplo, a exposição simultânea, na petição inicial, da *causa petendi* remota e da *causa petendi* próxima.⁴²⁶

Consoante dispõe o Código de Processo Civil de 1973, feita a citação, não pode o autor modificar ou aditar o pedido ou a causa de pedir sem o consentimento do réu (art. 264, primeira parte, e art. 294). Após o saneamento em nenhuma hipótese será permitida essa alteração (art. 264, parágrafo único). Excepciona essa regra o disposto no art. 461, § 1º, do

⁴²³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 128.

⁴²⁴ CHIOVENDA, 1965, v. 3, p. 158, nota 1.

⁴²⁵ Ibid., p. 158.

⁴²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151. Embora seja mais adequado identificar-se na *causa petendi* um aspecto ativo e um aspecto passivo. Aquele é o fato constitutivo do direito alegado, este o fato lesivo do direito alegado, cfe. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15.

CPC,⁴²⁷ que reproduz, numa redação tecnicamente mais correta, aquilo que já era previsto no § 1º do art. 84 do CDC.⁴²⁸

Nas hipóteses dos artigos 461, § 1º, do CPC, e 84, § 1º, do CDC, sendo impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento, pode o autor modificar o pedido de tutela jurisdicional mandamental ou executiva *lato sensu* pelo pedido de tutela jurisdicional condenatória.

Acerca da regra do art. 264 do CPC e seu parágrafo único, a doutrina ainda refere que “é possível alterar a causa de pedir e o pedido, sem o consentimento do demandado, até a citação válida; com o seu consentimento é possível alterá-los até o saneamento do processo”⁴²⁹ e a partir daí verifica-se que a finalidade “é limitar com bastante severidade a possibilidade de alterações na demanda proposta”.⁴³⁰ Com isso concorda Moniz de Aragão, e complementa que “a estabilização do processo só se completa quando o juiz conclui o saneamento (art. 331, § 2º), momento em que, já vencidas as fases postulatória e de saneamento, o processo terá completado seu ciclo de formação.”⁴³¹

Consoante entendimento doutrinário, a ideia do legislador é estabilizar-se a demanda “a fim de acelerar-se a decisão do pleito, objetivo notório do emprego da técnica da preclusão, densificando-se infraconstitucionalmente no artigo em comento o direito fundamental a um processo com duração razoável”.⁴³²

Tal propósito, certamente inspirado no valor da efetividade do processo, não pode deixar de ser ponderado com o direito fundamental ao processo justo (segurança), que tem a preocupação de resolver a situação litigiosa da maneira que melhor atenda aos interesses evidenciados no processo. Ambos os valores estão em permanente conflito, cumpre sopesá-los de acordo com a situação concreta.⁴³³ Na tutela jurisdicional coletiva, de nada adianta um

⁴²⁷ ”A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

⁴²⁸ “a conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por ela optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.”

⁴²⁹ MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 253.

⁴³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 67. Dinamarco (Ibid., p. 67) ainda acrescenta que “esse é um reflexo da rigidez do procedimento no processo civil brasileiro, o qual se desenvolve em fases razoavelmente bem delineadas e não comporta os retrocessos que seriam inevitáveis caso novos fatos, novos pedidos e novos sujeitos pudessem a qualquer tempo ser inseridos no processo pendente. Não sendo possível retroceder para citar outra vez o réu pelos sucessivos aditamentos e para permitir novos atos de defesa complementar, seria ilegítimo permitir essas alterações depois da citação, porque prejudicariam sensivelmente a efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

⁴³¹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. 2, p. 342.

⁴³² MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 253.

⁴³³ Consoante a autorizada doutrina de ALVARO DE OLIVEIRA, 2008a, p. 68, “o grande desafio do legislador ou do aplicador do direito processual é compor de maneira adequada esses dois valores em permanente

processo com duração razoável se não for proferida uma decisão que atenda completamente as necessidades do direito material.⁴³⁴ Até porque, às vezes, mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, o processo pode conduzir a um resultado injusto, daí a necessidade de o aplicador “estar atento às peculiaridades do caso”.⁴³⁵

De notar-se que a doutrina, de um modo geral, salvo algumas exceções⁴³⁶, visualiza um processo organizado apenas com a observância do disposto no art. 264, parágrafo único, do CPC.⁴³⁷ Todavia, em determinadas circunstâncias, a modificação/adição do mérito do processo para além do saneamento da causa poderá também promover uma solução mais rápida do litígio e patrocinar economia dos atos processuais⁴³⁸, bem como propiciar às partes uma decisão mais justa e eficaz.

3.5 A Necessidade do Resgate da Lide Sociológica de Carnelutti nas Ações Coletivas

conflito, e nada obstante complementares. Com efeito, os valores se implicam reciprocamente, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, nos demais. O mundo da cultura é sempre um mundo solidário, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é um ideal a ser atingido. O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança, em suma).

⁴³⁴ Acerca da concretização das normas constitucionais, HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 66, menciona o princípio da concordância prática, segundo o qual “bens jurídicos protegidos constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde nascem colisões não deve, em “ponderação de bens” precipitada ou até “ponderação de valor” abstrata, um ser realizado à custa do outro. Antes, o princípio da unidade da Constituição põe a tarefa de uma otimização: a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar à eficácia ótima.”

⁴³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 136.

⁴³⁶ No particular, a crítica ao legislador formulada por DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, v. 4, 2011, p. 305: “não se nega a importância à estabilidade do processo. Sucede que o rigor preclusivo do dispositivo não pode ser levado às últimas consequências: não há, em tese, qualquer prejuízo a uma alteração objetiva do processo com a concordância das partes, até mesmo após o saneamento. Se houver prejuízo, este deverá ser verificado in concreto e não ser presumido pelo legislador. Parece estar de acordo PORTANOVA, 1997, p. 136 ao mencionar que “a imutabilidade objetiva da demanda preocupa-se com aspectos radicais do processo. Contudo, convém manter-se atenção para não cair em dogmatismos e formalismos inúteis e vazios. A finalidade do princípio em questão é preservar o contraditório e a ampla defesa. O intérprete deve manter espírito aberto para colher da realidade hipóteses em que, sem afrontar a finalidade da substanciação, oportunizem – atendidos os termos de outros princípios processuais – abertura do processo para investigações absolutamente pertinentes que, via de regra só surgem no curso da investigação.”

⁴³⁷ Sobre o ponto, Moniz de Aragão assevera que “enquanto se desenrolarem os atos necessários às providências preliminares ou o saneamento do processo ainda não houver sido prolatado, é possível a alteração convencional do pedido e de sua causa. Proferido, porém, o saneamento, a faculdade de fazê-lo se extingue, pouco importando que não haja sido, ainda, intimado às partes.” MONIZ DE ARAGÃO, 1998, p. 346. Ainda, Pontes de Miranda anota que “a parte somente pode alterar o pedido enquanto o juiz termina o saneamento do processo.” (PONTES DE MIRANDA, 1974, v. 3, p. 391.)

⁴³⁸ MITIDIERO, 2009, p. 115-116.

É cediço na processualística o conceito de lide para Francesco Carnelutti. Expressa “il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro”.⁴³⁹ Para formular esse conceito, Carnelutti trabalha com a ideia de pretesa⁴⁴⁰, que significa a exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio. Pode ocorrer que o titular do interesse oposto decida subordinar-se à *pretesa*. Neste caso é suficiente a *pretesa* para determinar o desenvolvimento pacífico do conflito. Porém, se o titular de um dos interesses em conflito opõe uma resistência à *pretesa*, surge uma lide.⁴⁴¹

Igualmente importante para a compreensão da lide carneluttiana a *nozione della questione*.⁴⁴² Quando uma afirmação, inclusa nos fundamentos (da inicial ou da contestação), gera dúvida e deve ser esclarecida, surge uma questão. Por isso, a questão pode ser definida como um ponto controvertido, de fato ou de direito.⁴⁴³

De acordo com essa concepção de lide, consoante anota Calamandrei, após realizar uma reconstrução sistemática do pensamento de Carnelutti, poderá ocorrer que todas as possíveis questões de uma lide sejam trazidas ao processo e então haverá um processo que conterà toda uma lide (processo integral), que algumas dentre as várias possíveis questões sejam trazidas ao processo e então haverá um processo que conterà apenas uma parte da lide (processo parcial), e que num mesmo processo sejam trazidas várias lides diversas quando presentes algumas questões comuns (processo cumulativo).⁴⁴⁴

Assevera ainda que, de acordo com Carnelutti, se a tarefa de levar a lide até o juiz é cumprida pela parte através da demanda, é certo que o juiz encontra-se na presença não diretamente de uma lide tal qual aparece fora do processo, mas apenas daquela porção de lide que é colocada em evidência na demanda. Concluir estar o juiz, nesse caso, não diante de uma lide, mas de uma demanda. Refere que a distinção entre processo integral e processo parcial apenas tem significado em relação à lide considerada em seu aspecto sociológico. Em suma,

⁴³⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

⁴⁴⁰ Que não se confunde com pretensão no sentido de anspruch, que significa “a posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa. [...] O correlato da pretensão é um dever “premiável” do destinatário dela, talvez obrigação (no senso estrito), sempre obrigação (no sentido largo). [...] Rigorosamente, há três posições em vertical: o direito subjetivo, a pretensão e a ação, separáveis. Serve-se à boa terminologia, dizendo-se: direito, dever; pretensão, obrigação; autor, réu; excipiente, excetuado. [...] Pretensão é, pois, a tensão para algum ato ou omissão dirigida a alguém. [...] Não é o direito, nem a ação, nem, a fortiori, a “ação” (sentido processual); há direitos que perderam, ou não têm pretensão; há ações, sem que o autor delas seja o titular da pretensão; e pretensão, sem a “ação” ou sem a ação e a “ação”. Na pretensão, o direito tende para diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico. PONTES DE MIRANDA, 1970b, v. 5, p. 451-452.

⁴⁴¹ CARNELUTTI, 1936, p. 40.

⁴⁴² Id., p. 353.

⁴⁴³ Ibid., p. 353.

⁴⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francisco Carnelutti. In: OPERE giuridiche, Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 222.

propõe que a lide deva ser entendida não no sentido social, mas no sentido processual, a saber, como a relação substancial que forma o *thema decidendum* do processo, que vai sempre, integralmente, na demanda. Aquilo que está fora da demanda não é lide e poderia definir-se como a porção não-litigiosa da lide.⁴⁴⁵

Liebman, que participou da polêmica em torno do conceito de lide, adota o entendimento de Calamandrei quando afirma que “para o processo, interessa o que for nele deduzido efetivamente e não os outros fatos que podem ocorrer pelo mundo a fora.”⁴⁴⁶

Conclui que só se pode cuidar “dos processos efetivamente propostos e das lides realmente levadas perante os juízes, e na medida em que o forem.”⁴⁴⁷ Afirma, ainda, que “o processo é instituído de tal modo que não é suficiente denunciar ao juiz a existência do conflito, para que ele trate de resolvê-lo como achar justo”.⁴⁴⁸ Por fim, conceitua a lide como “o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o juiz é convidado a decidir”,⁴⁴⁹ ou seja, trata-se do mérito da causa.

A doutrina brasileira, ao analisar o nosso ordenamento processual, chega à conclusão de que “o CPC perfilhou o entendimento de Liebman (art. 128) nada obstante consagre igualmente o entendimento de Carnelutti (art. 468).”⁴⁵⁰ Isso pode ser constatado na exposição de motivos do Código de Processo Civil, já que “o projeto só usa a palavra “lide” para designar o mérito da causa.” Alfredo Buzaid refere que “a lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes.”⁴⁵¹

Em comentários ao Código de Processo Civil, Marinoni e Mitidiero informam que no art. 468 “há adoção do conceito de lide social, que prescinde do processo para caracterizar-se.”⁴⁵² Nesse caso, mencionam que “a lide é um conceito pré-processual – se ao processo se leva toda a lide, diz-se que o processo contém uma lide total; se apenas parte da lide, uma lide parcial.”⁴⁵³

⁴⁴⁵ CALAMANDREI, 1965, p. 222-223.

⁴⁴⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 115.

⁴⁴⁷ Ibid., p. 115.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 116.

⁴⁴⁹ Ibid., p. 122.

⁴⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. Limites objetivos da coisa julgada. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 184.

⁴⁵¹ Cf. Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973.

⁴⁵² MARINONI, MITIDIERO, 2008, p. 447.

⁴⁵³ Ibid.

Como o formalismo-valorativo propõe a realização efetiva dos direitos fundamentais e nessa categoria inserem-se os interesses coletivos⁴⁵⁴, cumpre sejam tutelados no processo da forma mais completa possível.

De tal sorte que na tutela jurisdicional coletiva deve ser resgatado o conceito carneluttiano de lide, adaptado às peculiaridades inerentes à tutela de interesses coletivos, com a possibilidade de serem levadas ao conhecimento do órgão judicial todas as questões de fato e de direito que envolvam a controvérsia, que nem sempre são conhecidas no início da demanda, mas podem surgir no curso do processo.

Tudo para que a lide seja conhecida em sua amplitude, sempre na proporção do bem jurídico a ser coletivamente tutelado, conforme, aliás, consta do art. 5º do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.⁴⁵⁵ Nesse caso, estar-se-á sempre diante de uma lide total, para que seja obtida uma resolução integral do litígio coletivo que envolva determinada relação de direito material, tudo como corolário do direito fundamental ao processo justo, cujo desiderato é pacificar com justiça.

3.3 A Modificabilidade da Demanda como Decorrente do Direito Fundamental ao Processo Justo e à Tutela Jurisdicional Efetiva e Adequada

Se descurar do fato de que todo processo, alguns mais outros menos, para assegurar precisão e rapidez no desenvolvimento dos atos judiciais, põe limites ao exercício de determinadas faculdades processuais, com a consequência de que, além desses limites, estas faculdades já não podem mais ser exercitadas,⁴⁵⁶ também não se poder negar que “a experiência histórica mais moderna tem estabelecido brechas nesse rigorismo formal, procurando coordená-lo com o princípio da economia processual, emprestando assim maior agilidade ao processo”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ Consoante a clássica definição de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: TEMAS de direito processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984d, p. 174 são interesses “que não pertencem a uma pessoa, e nem mesmo a um grupo definido de pessoas, ao contrário do que se dá em figuras clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação. Em vez disso, o que se depara é uma série indeterminada – e, ao menos do ponto de vista prático, indeterminável – de interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a do outro. A comunhão é indivisível; entre os destinos dos interessados, por força das mais variadas circunstâncias, instaura-se uma união tão firme, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade”.

⁴⁵⁵ Art. 5º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

⁴⁵⁶ CHIOVENDA, 1949, p. 224.

⁴⁵⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 199. O autor (Ibid., p. 199-201) cita diversos exemplos dessa orientação: o § 235, 3, da Ordenança Processual austríaca, autoriza o juiz a permitir a modificação da demanda se não é

Anota Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “esse difícil problema de política judiciária deve ser resolvido levando-se em conta a situação cultural do povo, sua eventual litigiosidade, a capacidade dos juízes e advogados e os meios postos à disposição da administração da justiça.”⁴⁵⁸

Esse sistema rígido de preclusões não serve à tutela jurisdicional coletiva, que lida com interesses muito dispersos na sociedade, “de todos e de ninguém, ao mesmo tempo,”⁴⁵⁹ na feliz expressão de Mauro Cappelletti.

De sorte que deve ser adotada uma visão flexível dos conceitos e dos institutos processuais para o processo coletivo, especialmente no que toca à estabilização da causa de pedir e do pedido, respeitados os direitos constitucionais processuais.⁴⁶⁰

Embora “a fixação e estabilização do pedido e da *causa petendi* constituam em regra limites intransponíveis para o órgão judicial”, como o escopo do formalismo-valorativo é obter a justiça do caso com pacificação, mediante processo justo, nada impede a modificação

de temer “um retardamento relevante” e “um agravamento” no desenvolvimento do processo. Também a Ordenança Processual de Berna, § 94, admite a alteração da ação ou da reconvenção, sem o consentimento da parte contrária, se apoiada em causa de pedir semelhante à anterior pretensão ou conexa com a exercida, desde que considere o juiz não decorrer daí considerável agravamento ou demora no andamento da causa. O § 263 da Ordenança Processual alemã, na redação de novela de 1933, até hoje mantida, admite a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo tribunal estar atendido o requisito da “oportunidade” (*Sachdienlichkeit*). A doutrina considera decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo ou as exigências de economia do juízo. Por outro lado, conforme o § 264 e seus três incisos, não se considera ter ocorrido modificação da demanda, inalterada a causa de pedir, quando ocorra: I — puro e simples suprimento ou esclarecimento das alegações de ordem fática ou jurídica; II — ampliação ou limitação do pedido de fundo ou relativamente a algum pedido acessório; III — se, em virtude de modificação sucedida posteriormente, em lugar do objeto originariamente exigido é pleiteado um outro objeto ou interesse. Nessa mesma perspectiva insere-se a interessante e original solução preconizada na ampla e profunda reforma introduzida no processo civil português ocorrida em 1995 e 1996, em que se faculta, mesmo sem concordância da outra parte (CPC português, art. 273, incisos 1 a 6): a) a alteração ou ampliação da causa de pedir na réplica, se o processo a admitir, a não ser que a alteração ou a ampliação seja consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor; b) a alteração ou ampliação do pedido na réplica, podendo, além disso, o autor, em qualquer altura, reduzir o pedido e ampliá-lo até o encerramento da discussão em 1º grau de jurisdição se a ampliação consistir em desenvolvimento ou consequência do pedido primitivo; c) a ampliação ou alteração do pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória no caso de obrigações de prestação de fato infungíveis, ao abrigo do disposto no art. 829, I, do Código Civil, respeitados os termos do art. 273, 2, do CPC; d) ao autor requerer nas ações de indenização fundadas em responsabilidade civil, até o encerramento da audiência de discussão e julgamento em 1º grau de jurisdição, a condenação do réu em forma de renda vitalícia ou temporária (art. 567 do Código Civil), mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa; e) a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir, desde que tal não implique convolação para relação jurídica diversa da controvertida. Aliás, em havendo acordo das partes, já a reforma de 1967, dando nova redação ao art. 272 do CPC português, autorizara a alteração ou ampliação do pedido e da causa de pedir em qualquer altura do processo, tanto em 1º quanto em 2º grau de jurisdição, salvo se ocorresse perturbação inconveniente da instrução, discussão e julgamento do pleito.

⁴⁵⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 233-234.

⁴⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 33, mar. 1985, p. 174.

⁴⁶⁰ Adota essa concepção LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 145.

da demanda “depois de esclarecidos os fatos da causa em diálogo mantido pelo órgão judicial com as partes, se entendido conveniente pelo juiz e até independente da anuência do adversário.”⁴⁶¹

Daí a ideia da colaboração no processo civil, já que “o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.”⁴⁶²

Exemplificativamente, tal modificação da demanda faz-se possível no processo civil americano moderno, consoante anotam Geoffrey C. Hazard Jr e Michele Taruffo: “under modern american procedure, amendments are liberally allowed, particularly where they reflect new information revealed in pretrial discovery.”⁴⁶³

Também é o entendimento de Antonio Gidi no que pertine às *class actions* norte-americanas: “no direito processual civil americano, uma parte pode emendar a inicial ou a contestação a qualquer momento, desde que com o consentimento da parte contrária ou com autorização do juiz”. Adiante, complementa no sentido de que “a lei é clara ao prescrever que o juiz ou a parte contrária devem dar a permissão livremente, quando a justiça exigir.”⁴⁶⁴

Atento ao que se passa no processo civil moderno das demais civilizações, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, na última versão, de janeiro de 2007, admite a modificação da lide até a sentença, desde que procedida de boa-fé e seja observado o contraditório.⁴⁶⁵ Também o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América prevê tal modificação a qualquer tempo, desde que seja procedida de boa-fé, ouvidas as partes.⁴⁶⁶ Adota solução restrita o Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado pela UERJ/UNESA,

⁴⁶¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 234, ainda menciona ser essa a orientação adotada atualmente pelos ordenamentos italiano, alemão, francês, austríaco e português.

⁴⁶² MITIDIERO, 2009, p. 102. Parece também encamparem a estrutura cooperativa do processo MANCUSO, 2006, p. 74; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo rígido pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 93.

⁴⁶³ TARUFFO; HAZARD JÚNIOR, 1993, p. 107.

⁴⁶⁴ GIDI, 2007, p. 206, nota 53.

⁴⁶⁵ Art. 5º, par. 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, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

⁴⁶⁶ Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente. Par. 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir. Par. 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

coordenado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, ao permitir, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, preservado o contraditório.⁴⁶⁷

Antonio Gidi, em seu “Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito”, pretende ir mais longe quando afirma que as regras sobre o princípio da demanda ou do dispositivo em sentido material (arts. 128 e 460 do CPC) são “inúteis e injustas no processo individual” e desnecessárias, bem como altamente perigosas, se forem transferidas para o processo coletivo, no qual o autor não é titular do direito levado a juízo.⁴⁶⁸

Nesse ponto, todavia, cumpre registrar que o princípio da demanda ou do dispositivo em sentido material, a significar que cabe à parte o poder exclusivo de pedir a tutela jurisdicional e fixar o objeto material do processo (arts. 2º, 128 e 262, primeira parte, do CPC), não pode ser flexibilizado, nem mesmo na tutela jurisdicional coletiva, já que se trata de uma “autêntica garantia contra o arbítrio judicial, pois não há juiz mais arbitrário do que o juiz parcial”.⁴⁶⁹

Na concepção liberal do processo civil, dominante no século passado, o juiz era reduzido a mero árbitro duma espécie de “jogo” que se desenrolava entre as partes, e o princípio dispositivo significava a possibilidade que estas tinham de dispor do processo nos mesmos termos em que lhes era lícito dispor da relação jurídica de direito material. Com o advento do Estado Constitucional, que é Estado Democrático de Direito, atribuíram-se maiores poderes ao julgador com a exigência de cooperação entre este e as partes, e a colocação do princípio dispositivo como um dos princípios basilares do direito processual civil, a traduzir-se na “liberdade sobre a instauração do processo, sobre a conformação do seu objeto e das partes na causa e sobre o termo do processo, assim como, muito mitigadamente, sobre a sua suspensão”.⁴⁷⁰

Porém, no que toca à modificabilidade da demanda, tem razão Gidi ao afirmar que “o amadurecimento do processo civil brasileiro contemporâneo já comporta o repensar das vetustas normas de preclusão e eventualidade, fugindo de um sistema rígido para um sistema flexível de estabilização da demanda”.⁴⁷¹

⁴⁶⁷ Art. 15. Pedido. O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

⁴⁶⁸ GIDI, 2008, p. 47.

⁴⁶⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 120.

⁴⁷⁰ LEBRE DE FREITAS, 1996, P. 121-123. Acerca do princípio dispositivo em sentido material, v. CAPPELLETTI, 1962, v. 1, p. 312-350. Ainda, DALL’AGNOLL, Antonio. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 46, p. 97-115, 1989.

⁴⁷¹ GIDI, 2008, p. 48.

O Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Houston propõe, nos arts. 7º e 16 do seu “Código de Processo Civil Coletivo: um Modelo para Países de Direito Escrito”, que o objeto do processo coletivo seja o mais abrangente possível, envolvendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais, de que seja titular o grupo, como as pretensões individuais, de que sejam titulares os membros do grupo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado. Conseqüentemente, na sentença, o juiz julgará toda a controvérsia coletiva.⁴⁷²

Apesar de sedutora a concepção desenvolvida pelo Professor Gidi, que, de certo modo, também está em consonância com a noção de lide sociológica, antes mencionada, termina ela por esbarrar no princípio da demanda ou do dispositivo em sentido material, que, em razão da liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito e da imparcialidade do órgão judicial, determina a conveniência do afastamento do juiz tanto da formulação do pedido quanto da indicação da causa petendi, pouco importando a natureza do direito posto em causa.⁴⁷³

Destarte, deve ser admitida, mediante requerimento, a ampliação do objeto da causa coletiva para além do saneamento, desde que não resulte em prejuízo para a duração razoável do processo, assegurado também o diálogo prévio acerca da questão⁴⁷⁴.

Acerca, Daniel Mitidiero também propõe, de *lege ferenda*, para o processo individual, que “se admita eventual modificação do mérito do processo no direito processual civil brasileiro para além do saneamento da causa”. Para tanto, inarredável que tal modificação da demanda seja oportuna e “promova uma solução mais rápida do litígio e que patrocine sensível economia de atos processuais”.⁴⁷⁵

Quanto ao momento, na esteira da doutrina de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., parece que a melhor solução é de “não haver limite temporal máximo estabelecido a priori” e, quanto ao requisito da oportunidade, “a possibilidade e a utilidade da alteração devem ser averiguadas in concreto, a *posteriori*, pois”,⁴⁷⁶ e, nesse ponto, adere-se à proposta de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,⁴⁷⁷ atentando-se para que a modificabilidade seja previamente

⁴⁷² GIDI, 2008, p. 48.

⁴⁷³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 111-112.

⁴⁷⁴ Nesse sentido, o contraditório vai entendido como momento fundamental do juízo, verdadeiro instrumento de investigação dialética da verdade provável (PICARDI, 2003, p. 7 et seq.).

⁴⁷⁵ MITIDIERO, 2009, p. 115. Embora pareça discordar desse entendimento Fernando Rubin, quando admite que se deva permitir a modificação da causa de pedir e do pedido na audiência preliminar, desde que proposta fundamentadamente por uma das partes, nunca pelo julgador, cabendo ao magistrado acolhê-la ou não, mesmo sem a concordância da parte contrária. (RUBIN, 2010, p. 225.

⁴⁷⁶ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 306.

⁴⁷⁷ O jurista menciona o § 263 da Ordenança Processual alemã, na redação de novela de 1933, até hoje mantida, que “admite a modificação da demanda, independente de anuência do adversário, se entendido pelo tribunal

dialogada entre o órgão judicial e as partes, preservada a boa-fé e assegurado o direito fundamental ao contraditório.

Cumpre, portanto, resgatar a concepção sociológica de lide no trato da tutela jurisdicional coletiva, observado sempre o princípio da demanda ou princípio dispositivo em sentido material, para que se tenha conhecimento mais amplo possível do objeto litigioso posto em causa, observados os pressupostos éticos do processo civil colaborativo, para, desse modo, permitir-se a alteração do mérito para além do saneamento, a fim de que se obtenha uma decisão que atenda completamente as necessidades do direito material e seja efetiva, mediante um processo justo.

4 O DIREITO PROBATÓRIO

4.1 O Direito à Prova nas Ações Coletivas

Consoante a doutrina, em todos os ordenamentos processuais, com algumas variantes, o termo prova indica todos os meios de conhecimento que são empregados no processo a fim de formular uma decisão em torno da veracidade ou da falsidade das afirmações relativas aos fatos relevantes da controvérsia.⁴⁷⁸

Atualmente, cuida-se de um verdadeiro *diritto alla prova*, instrumento fundamental de atuação do direito de agir e do direito de se defender em juízo, que implica a possibilidade de cada parte empregar no processo todos os meios de prova de que dispõem, a fim de demonstrarem a verdade dos fatos alegados, a ser assegurada de modo pleno, previamente à decisão judicial sobre os fatos.⁴⁷⁹

Como corolário do direito ao processo justo, de acordo com o art. 5, LVI, da Constituição, é possível concluir-se que há direito fundamental à prova nas ações coletivas, até porque ao assentar que “são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios

estar atendido o requisito da “oportunidade” (Sachdienlichkeit). A doutrina considera decisivos para a aplicação desse conceito o interesse público no rápido desenvolvimento do processo e as exigências de economia do juízo.” ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 199. Dispõe o § 263 da ZPO: Klageänderung. Nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet. Em tradução livre, gentilmente feita pelo colega do PPGD-UFRGS, Jonathan Doering Darcie, significa que “após a ocorrência da litispendência, admite-se uma modificação da demanda quando com ela o demandado consentir, ou se o tribunal considerá-la oportuna.”

⁴⁷⁸ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 603.

⁴⁷⁹ Ibid., p. 609.

ilícitos”, a “Constituição consagra a contrario sensu que todas as provas obtidas por meios lícitos são admissíveis – daí a consagração do direito fundamental à prova no processo.”⁴⁸⁰

A propósito, no tema da prova judiciária, em atenção ao direito fundamental à prova, mostra-se indispensável, na tutela jurisdicional coletiva, separar os planos do juízo de admissibilidade das provas e do livre convencimento. Como assevera a doutrina, os momentos da admissão das provas e da valoração delas são diversos e devem ser separados com nitidez,⁴⁸¹ embora a jurisprudência não faça essa distinção e indefira a produção de determinada prova em face de seu prévio convencimento acerca da alegação a provar.⁴⁸²

Assim, para que uma alegação de fato possa ser objeto de prova no processo coletivo é necessário tão-somente que seja pertinente, controversa e relevante. A alegação é pertinente quando concerne ao mérito da causa, é controversa quando sobre ela pendem duas ou mais versões nos autos e relevante quando é idônea a promover a compreensão da alegação de fato.⁴⁸³

Nesse caso, observados os três requisitos acima elencados, a prova na tutela coletiva deve ser admitida “já que livre convencimento não se confunde com admissibilidade da prova, aquele princípio é aplicado apenas após o processo de seleção do material que comporá o objeto de seu exercício”⁴⁸⁴. Após a admissão e a produção da prova da alegação de fato é que se dará a avaliação do conjunto probatório.

Desde o sistema de avaliação de provas dos ordálios ou “juízos de Deus”, considerado, por doutrina, “a mais extrema manifestação da teoria da chamada prova legal”⁴⁸⁵, que dominou o processo primitivo das populações germânicas, a valoração da prova passou pela

⁴⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 45.

⁴⁸¹ KNIJNIK, 2007, p. 19-24. No mesmo sentido COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995, p. 608-609.

⁴⁸² A exemplo dos seguintes precedentes: “[...] 5. Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, “a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide” e que “o magistrado tem o dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento” (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99) 6. Precedentes no mesmo sentido: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, REsp nº 67024/SP, Rel. Min. Vicente Leal; REsp nº 132039/PE, Rel. Min. Vicente Leal; AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; EDcl nos EDcl no REsp nº 4329/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; AgReg no AG nº 14952/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. 7. Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pericial pleiteada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. AgRg no ED no Ag n. 664.359/RS. Relator: Min. José Delgado. Julgado em: 13 set. 2005. DJ 10 out. 2005, p. 230.

⁴⁸³ MITIDIERO, 2009, p. 131.

⁴⁸⁴ KNIJNIK, 2007, p. 24.

⁴⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 37.

tarifa legal, que predominou no processo medieval e comum e visou a mitigar a arbitrariedade do juiz⁴⁸⁶, pelo sistema da livre convicção, até chegar ao livre convencimento do juiz, sistema de avaliação de provas próprio da atualidade.

Tendo em vista que no direito brasileiro vige esse sistema, também chamado da livre apreciação motivada da prova ou da persuasão racional, a doutrina contemporânea tem defendido a ideia de que o juiz deverá apreciar a prova de acordo com o seu livre convencimento, mas também em conformidade com critérios de racionalidade e controle, os quais se denominam *standards* probatórios ou “modelos de constatação” dos fatos.⁴⁸⁷

Assim, no processo civil, o juiz pode julgar com base no modelo de constatação da “preponderância de prova” e com base no modelo de constatação da “prova clara e convincente”.

No processo penal o modelo de constatação a ser empregado pelo órgão julgador é o da “prova acima da dúvida razoável”.⁴⁸⁸ Como assevera a doutrina, a eleição do *standard* probatório concerne ao direito material alegado em juízo e “a maior ou menor gravidade que a sociedade empresta ao litígio levado ao processo”.⁴⁸⁹

Se nos litígios envolvendo direitos patrimoniais o modelo de constatação é o da preponderância de prova⁴⁹⁰, na tutela jurisdicional coletiva, que lida com interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos⁴⁹¹, o juiz deverá empregar o *standard* da prova clara e convincente.

A tutela jurisdicional coletiva transcende a dimensão meramente patrimonial, a exemplo das ações de improbidade administrativa e seu procedimento, previsto na Lei n. 8.429/92, e, por isso, a doutrina cuidou de formular um modelo de constatação intermediário, inferior ao penal e superior ao não-penal, cujo grau de prova recomenda mais que uma preponderância de provas e menos que uma prova “além da dúvida razoável”. A parte, nesse caso, deve convencer o juiz que sua proposição é altamente provável, deve gerar uma forte presunção no espírito do julgador.⁴⁹²

Esses modelos de constatação servem como critérios, pautas objetivas, sujeitas ao controle e à discussão das partes, na constatação dos fatos, e também auxiliam que o órgão julgador evite o erro ou seja arbitrário.

⁴⁸⁶ KNIJNIK, 2007, p. 15.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 17.

⁴⁸⁸ Ibid., p. 39. O autor, a propósito desse instigante tema, oferece elucidativo esquema a respeito.

⁴⁸⁹ MARINONI; MITIDIERO, p. 178.

⁴⁹⁰ KNIJNIK, op. cit., p. 37-38.

⁴⁹¹ BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 193.

⁴⁹² KNIJNIK, op. cit., p. 39.

Assim, conclui-se que na tutela jurisdicional coletiva a livre convicção do juiz não é tão livre e que a decisão judicial deve definir, portanto, como questão jurídica prévia, por qual modelo de constatação estará orientada, para que disso saibam as partes⁴⁹³, em prestígio ao contraditório forte e à motivação das decisões judiciais.

4.2 O Ônus da Prova: a Natureza Dúplice das Normas sobre o Ônus da Prova

Ante a insuficiência dos meios e os limites das possibilidades do conhecimento pode ocorrer em cada processo que não seja aclarado em todos os detalhes o acontecimento que serve de base à controvérsia e que circunstâncias importantes não sejam averiguadas. Todavia, o *non liquet* nas questões de fato não pode conduzir ao *non liquet* nas questões de direito: o magistrado deve decidir sempre em cada caso.⁴⁹⁴ Para tanto, o órgão judicial utiliza as normas que tratam do ônus da prova, que lhe darão uma indicação sobre o conteúdo da sua sentença. Por isso, refere a doutrina, a teoria do ônus da prova trata das consequências da falta de prova e terá aplicação prática unicamente quando haja sido incerta uma afirmação acerca de fatos.⁴⁹⁵

A esse respeito, também, vale lembrar que o problema do ônus da prova é um problema de aplicação do direito. Cada parte suporta a carga da prova sobre a existência de todos os pressupostos das normas sem cuja aplicação não pode ter êxito na sua pretensão. Ainda, num processo dominado pelo princípio dispositivo, o que interessa é unicamente o comprovado e não quem o comprovou.⁴⁹⁶ Assim, para efeitos práticos, não interessa saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear aos autos elementos necessários à demonstração das alegações de fato, mas verificar se tais elementos foram carreados aos autos, por obra da parte onerada ou de outrem.⁴⁹⁷

Esse aspecto do ônus da prova, que prescinde de toda atividade das partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos e para o qual importa unicamente a existência objetiva da incerteza, é o que se expressa como *onus objetivo da prova*. Porém, no processo em que está presente o princípio dispositivo os perigos da incerteza devem induzir a parte

⁴⁹³ KNIJNIK, 2007, p. 19.

⁴⁹⁴ Nem sempre foi assim, a exemplo do processo civil romano, em que ao iudex era lícito, se não logrou formar convicção acerca das alegações de fato, liberar-se da obrigação de sentenciar, sendo substituído por outro julgador. SCIALOJA, 1954, p. 252-253.

⁴⁹⁵ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956, p. 11.

⁴⁹⁶ Ibid., p. 18.

⁴⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980b, p. 75.

ameaçada a preocupar-se a esclarecer os elementos de fato discutidos, e aqui insere a noção de *ônus subjetivo da prova* ou carga de gestão da prova.⁴⁹⁸

De outro modo, consoante Alfredo Buzaid, o problema do ônus da prova tem duas faces, a saber, “uma voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada”, aspecto subjetivo, e a outra “voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento”, que é o “aspecto objetivo”. Aquele “opera geralmente na ordem privada”, este “é princípio de direito público, intimamente vinculado à função jurisdicional”, aquele “constitui uma sanção à inércia, ou à atividade infrutuosa da parte”, aquele, ao contrário, “é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não provados cumpridamente”.⁴⁹⁹

Em suma, a carga objetiva responde a pergunta sobre as consequências da não-comprovação ou falta da prova de uma afirmação sobre os fatos, que impede a aplicação da norma pelo magistrado, e a carga subjetiva, isto é, a carga que corresponde às partes, significa ter que provar um fato controvertido para evitar a perda da demanda.⁵⁰⁰

Assim, a distribuição dos ônus probatórios constitui além de regra de julgamento, a ser utilizada pelo magistrado quando as provas não são suficientes para formar sua convicção, regra de organização da atividade probatória das partes, a permitir dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório.⁵⁰¹

Sob esse aspecto, ressalta o caráter duplo das regras do ônus da prova: funciona como regra de julgamento (face objetiva) e serve para estruturar a atividade das partes (face subjetiva).

Como regra de instrução o ônus da prova visa a estimular as partes a desempenharem adequadamente seus encargos e adverti-las dos riscos inerentes à ausência da prova de suas alegações. Como regra de julgamento serve como “indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa.” Destina-se a “iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa.”⁵⁰²

Em outras palavras, consoante a doutrina, o órgão judicial só tem de preocupar-se com o aspecto objetivo do ônus da prova, não com seu aspecto subjetivo. Tal o prestígio que se deu à face objetiva do ônus da prova levou Barbosa Moreira a afirmar que as regras sobre

⁴⁹⁸ ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. traducción de Angela Romera Vera, EJE, 1955, v. 2, p. 222-223.

⁴⁹⁹ BUZOID, Alfredo. Do ônus da prova. In: ESTUDOS de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66.

⁵⁰⁰ Id., p. 223.

⁵⁰¹ Nesse sentido, CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 52, com ampla indicação bibliográfica.

⁵⁰² MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 336.

distribuição do ônus da prova são aplicadas pelo órgão judicial no momento que julga,⁵⁰³ e levou Alfredo Buzaid a proclamar que “justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo”, e mais, que o “juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual”.⁵⁰⁴

Verifica-se, no caso, a influência de Rosemberg, já que para esse jurista o problema do ônus da prova apenas se apresenta quando a prova não foi produzida ou depois de produzidas ou não as provas, quando o juiz recebe da lei o critério que deverá orientá-lo ao prolatar a decisão.⁵⁰⁵

Todavia, hoje deve-se ir mais além, como assinala a doutrina: “a distribuição do ônus da prova serve justamente para evitar a ausência de prova, na medida em que serve de estimulante para que as provas sejam produzidas.”⁵⁰⁶ Ante essa realidade, constata-se o prestígio que sempre se deu à dimensão objetiva do ônus da prova, em detrimento da função subjetiva, que sempre se reservou marginal importância, e conclui-se pela necessidade de ser resgatada a importância da face subjetiva do ônus da prova, mormente com o advento do Estado Constitucional e do formalismo-valorativo.⁵⁰⁷

Com efeito, no clima do Estado Constitucional, a participação e a democracia são essenciais ao ambiente processual, e revelam-se, no campo do direito probatório, mediante uma efetiva oportunidade de alegar, requerer e produzir provas, elementos essenciais para a construção de uma decisão justa, daí a importância da face subjetiva do ônus da prova, que serve como parâmetro para a distribuição dinâmica dos ônus probatórios na tutela jurisdicional coletiva.

4.3 Atribuição do Ônus da Prova nas Ações Coletivas: Distribuição Fixa e Distribuição Dinâmica

No plano da atribuição do ônus da prova na tutela jurisdicional coletiva, assim como na tutela individual, pode-se ter uma distribuição fixa ou uma distribuição dinâmica. O direito brasileiro, como a grande maioria das legislações do *civil law*, utiliza o critério fixo de

⁵⁰³ BARBOSA MOREIRA, 1980b, p. 75.

⁵⁰⁴ BUZOID, 1927, p. 66.

⁵⁰⁵ ROSENBERG, 1956, p. 19.

⁵⁰⁶ CARPES, 2010, p. 54.

⁵⁰⁷ Ibid., p. 53.

distribuição do ônus da prova, “*ultimo refugium* para evitar o *non liquet*”, consoante a doutrina.⁵⁰⁸

A atribuição fixa dá-se quando a legislação afirma, *a priori*, a quem cumpre provar a alegação, hipótese do art. 333 do CPC. Nesse caso, pela leitura do aludido dispositivo, em especial seu parágrafo único, constata-se que a distribuição probatória que torne excessivamente difícil o “exercício do direito” é que poderá ser controlada pelo juiz, caso distribuída em convenção. A par disso, prevalece a versão tradicional da distribuição fixa do ônus da prova, premissa de um processo civil de corte liberal.

Tal disposição jurídica, todavia, não afasta a possibilidade de as regras de aplicação sobre o ônus da prova implicarem a impossibilidade de provar. À vista de determinados casos concretos, afigura-se insuficiente, em atenção ao direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.⁵⁰⁹

Diante disso, faz-se imperiosa a necessidade de submeter o ônus da prova a uma “completa revisão”, com a finalidade de compatibilizá-lo com as novas possibilidades probatórias, e, por essa razão, a doutrina vem desenvolvendo a chamada *teoria do ônus dinâmico da prova*, especialmente para superar uma “quebra de simetria entre as partes”.⁵¹⁰

Nessas condições, atento ao direito fundamental ao processo justo e à paridade de armas, tem o órgão judicial de dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem tem melhores condições de provar. Assim o órgão judicial estará cumprindo seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Essa providência visa a superar o que a doutrina chama de *probatio diabolica* e a possibilitar um efetivo acesso à justiça. Assim, no processo civil cooperativo, deve o juiz dinamizar os ônus probatórios sempre que seus requisitos materiais e processuais estejam presentes.⁵¹¹

Até porque “nem sempre o arquétipo descrito na lei para a distribuição dos ônus probatórios será válido, na medida em que, à luz do caso concreto, poderá a disposição estar violando direitos fundamentais processuais”.⁵¹²

⁵⁰⁸ Nesse sentido KNIJNIK, 2007, p 174.

⁵⁰⁹ Ibid., p. 175.

⁵¹⁰ SALLES, Carlos Alberto. Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova, In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154-155.

⁵¹¹ MITIDIERO, 2009, p. 127-130.

⁵¹² CARPES, 2010, p. 71, ainda acrescenta que “no Estado Constitucional a lei deve ser conformada à Constituição. Assim, se a lei que disciplina a repartição de esforços de prova não estiver ajustada à Constituição, por violação a algum direito fundamental o a algum princípio de justiça, evidentemente que isso deverá ser considerado no quando da sua aplicação, a fim de que a Constituição seja respeitada.”

Daí a ideia de “flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face a suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada, e, em contrapartida, mais facilitada àquela inicialmente desonerada”.⁵¹³

Para tanto, não deverá incidir, por inadequado, o art. 333 do CPC, já que, consoante a doutrina, uma regra só incide se atendida a sua razão motivadora. Nesse sentido, vale lembrar que “não pode a lei processual estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material.”⁵¹⁴

Todavia, atente-se para o fato de que mostrar-se-á inadequada a dinamização do ônus de provar quando puder consagrar uma *probatio diabolica* reversa, isto é, quando a dinamização do ônus da prova incumbir a parte contrária, a princípio desonerada do ônus de provar, de uma prova diabólica.⁵¹⁵

A par disso, não poderá ser dinamizado o ônus da prova após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção da prova, ou não, sob pena de ofensa ao direito fundamental ao contraditório. Caso o juiz decida por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, em decisão fundamentada, sob pena de caracterizar-se retroatividade oculta.⁵¹⁶

A jurisprudência já vem flexibilizando esse esquema fixo de atribuição do ônus da prova e dinamizando os ônus probatórios, em determinados casos concretos, especialmente naqueles que envolvem dano ambiental coletivo, com fundamento, em especial, no art. 6º, VIII, do CDC.⁵¹⁷

⁵¹³ CARPES, 2010, p. 75, acrescenta que “deverá ser superada a estática repartição legal em prol da sua dinamização, distribuindo-se o ônus probatório de forma diversa (dinâmica) daquela que é estaticamente prevista no esquema positivado no CPC.”

⁵¹⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 99-100.

⁵¹⁵ KNIJNIK, 2007, p. 181.

⁵¹⁶ Ibid., p. 182-183.

⁵¹⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, Recurso Especial n. 1049822-RS. Relator Ministro Francisco Falcão. DJe 18 maio 2009.)

5 A SENTENÇA

5.1 Conceito e Requisitos

A sentença, ato através do qual se explica a função de “acertamento” do direito, em que a doutrina discute se é ato de inteligência ou ato de vontade do juiz⁵¹⁸, é o “acontecimento máximo do processo, o julgamento, que, se solucionar o conflito de interesses, acolhendo ou rejeitando o pedido, produzirá a coisa julgada e adquirirá imutabilidade”.⁵¹⁹ De acordo com o §1º do art. 162 do CPC Buzaid (1973-1994), cuidava-se de sentença o ato pelo qual o juiz punha termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. O critério era puramente topológico, a assinalar o ponto final do processo.

Esse conceito não passou isento de críticas por parte da doutrina, já que nem sempre o processo se encerrava com a sentença, ato do juiz de primeira instância, já que era possível recorrer da decisão, e, em razão do efeito substitutivo dos recursos, previsto no art. 512 do CPC, o ato final do processo seria o pronunciamento do tribunal, chamado acórdão. O ato do juiz, portanto, nem sempre colocava termo ao processo, pois isso não acontecia se houvesse recurso.⁵²⁰

Como é sabido, diversas reformas modificaram a estrutura do CPC no tocante às atividades cognitiva e executiva, primeiro quanto às obrigações de fazer e não fazer (art. 461 do CPC) e obrigações de entregar coisa (art. 461-A do CPC), e recentemente quanto às obrigações pecuniárias (art. 475-J do CPC), para que os atos executivos fossem praticados em prosseguimento ao processo de conhecimento.

A fim de adequar à nova sistemática, a Lei 11.232/05 modificou o art. 162, §1º, do CPC, e a sentença passou a ser conceituada como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.” Foram levadas a efeito pelo legislador as críticas outrora dirigidas ao dispositivo revogado, já que, atualmente, a situação do art. 267 do CPC implica a extinção do processo sem resolução de mérito, enquanto a situação do art. 269 do CPC, em algumas hipóteses, poderá não encerrar o procedimento, que prossegue com a fase do cumprimento da sentença, quando se tratar de sentenças não-auto-suficientes, a teor do que dispõe o art. 475-I do CPC.

⁵¹⁸ ROCCO, 1962, p. 28-31.

⁵¹⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Sentença e coisa julgada, exegese do Código de Processo Civil**: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 79.

⁵²⁰ Por todos, *Ibid.*, p. 80.

Consoante a doutrina, o conceito de sentença, à luz da nova sistemática, que suprimiu o hiato entre a atividade cognitiva, que tem na sentença seu ponto culminante, e a atividade executiva, que efetiva o julgamento, deixa de fundar-se num critério topológico para “ligar-se ao conteúdo do ato”.⁵²¹

Os requisitos da sentença estão previstos no art. 458 do CPC. Segundo a dicção do dispositivo, são requisitos essenciais da sentença o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; e o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Sendo essenciais esses requisitos da sentença, a falta de qualquer deles, de acordo com a doutrina, implica nulidade não cominada, já que, “apesar de reconhecer-se no ato vício capaz de invalidá-lo, inexistente, na lei, modo expresso, a previsão da consequência”, diferentemente da hipótese de nulidade cominada, em que há na lei “expressa previsão da consequência para a hipótese de afastamento da forma legal”⁵²² e dessa forma associa-se a invalidade exclusivamente com o não revestimento do modelo previsto na lei.⁵²³

Embora se cuide de nulidade não cominada, configura exemplo de “nulidade absoluta”, pois, consoante a clássica lição de Galeno Lacerda, “o que caracteriza o sistema das nulidades processuais é que elas se distinguem em razão da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico”. Nesse caso, evidentemente, prevalecem fins ditados pelo interesse público.⁵²⁴

Tudo sem descurar, todavia, para o fato de que, no marco do formalismo-valorativo, essa classificação das invalidades processuais, em nulidades cominadas e nulidades não cominadas, e em nulidades absolutas, nulidades relativas e anulabilidades, perde sentido diante da aplicação de “princípios como a instrumentalidade do processo, a economia

⁵²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A nova definição de sentença. **Revista IOB de direito civil e processual civil**, v. 41, maio/jun. 2006, p. 55.

⁵²² Nesse sentido: DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 154-261. Porto Alegre: Lejur, 1985, v. 3, p. 428.

⁵²³ SILVEIRA, Marco Antônio Karam. Invalidade processual. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 38, p. 732-754, out./dez. 2005, p. 733.

⁵²⁴ LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953, p. 72. Embora atualmente se reconheça que “a identificação da prevalência pública ou privada sobre a norma jurídica mostra-se tormentosa e de difícil concreção em razão da notória abstração que conduziu a sua elaboração” e que “não deve ser acolhida a tese de insanabilidade das nulidades absolutas, aspecto refutado pelo próprio Galeno Lacerda ao apreciar caso concreto, como magistrado”. Cfe. SCARPARO, Eduardo. Kochenborger. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2011, p. 358-359.

processual e o aproveitamento, que remetem à manutenção dos atos em todos os casos que for possível.”⁵²⁵

De qualquer sorte, da leitura do relatório, qualquer magistrado deve ficar em condições de conferir o acerto do julgamento, bem como qualquer outro profissional do direito “deverá ficar igualmente habilitado a formar um juízo sobre a lide e sua composição”. Já na fundamentação, exigência constitucional, o juiz deverá examinar todas as questões do processo pois, ao contrário do que previa o art. 280, II, do CPC de 1939, em que havia a necessidade apenas de o juiz analisar “os fundamentos de fato e de direito”, no sistema atual exige-se que o juiz “analise as questões debatidas”. A fundamentação é “analítica” e não “sintética” nem muito menos “lacunosa”, nela devem ser examinadas todas as questões, ou seja, todos os “pontos controvertidos de fato e de direito”. Por fim, o requisito do dispositivo da sentença, em que a doutrina exige a “congruência” com o pedido, consoante os arts. 128 e 460 do CPC.⁵²⁶ Aqui, trata-se, sem dúvida, de decorrência do princípio do dispositivo em sentido material.

Aliás, a sentença deve cumprir esses requisitos (art. 458) não porque se trata de exigência para a concretização do direito material. Na verdade, “a fundamentação das decisões judiciais no sistema jurídico brasileiro é direito fundamental ao Estado de Direito.”⁵²⁷

Em face do dever de diálogo, que decorre do direito ao processo justo no Estado Constitucional, a fundamentação da sentença, do acórdão ou da decisão monocrática deve ser completa, devendo constar “o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados”, pois o magistrado tem o dever de responder a todos os fundamentos das partes para tomar qualquer decisão.⁵²⁸ Nada impede, todavia, que o juiz aprecie *ex officio*, no dispositivo da sentença, fatos principais que digam respeito a situação de direito público ou de ordem pública, fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão processual exercida, salvo se representativos de verdadeira exceção em sentido substancial⁵²⁹, ou até mesmo algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito, que depois da propositura da ação seja capaz de influir no julgamento da lide (*ius superveniens*), nos moldes do art. 462 do CPC.

⁵²⁵ SCARPARO, 2011, p. 239-240.

⁵²⁶ MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 96-105.

⁵²⁷ SCARPARO, op. cit., p. 325.

⁵²⁸ MITIDIERO, 2009, p. 137-140.

⁵²⁹ CAPPELLETTI, 1962, p. 343-350.

Nessas condições, atente-se para o fato de que a doutrina considera “inadmissível sejam os litigantes surpreendidos por decisão que se apoie, em ponto fundamental, numa visão jurídica de que não se tenham apercebido.”⁵³⁰ Em atenção ao direito fundamental ao contraditório, mesmo as matérias conhecíveis de ofício devem ser previamente discutidas pelas partes, a fim de que possam influir na formação da decisão judicial. Constitui exigência do Estado Constitucional que todo e qualquer elemento constante da decisão tenha sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.⁵³¹

5.2 Em Especial: A Fundamentação das Sentenças nas Ações Coletivas

O Estado Constitucional, estágio atual de desenvolvimento da civilização, exige que sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de nulidade. É o que expressamente consta do art. 93, IX, da Constituição da República. Trata-se do direito fundamental à motivação.⁵³²

Nem sempre foi assim ao longo do desenvolvimento da história. A doutrina menciona que o instituto da motivação era estranho na praxe judiciária do *ancien régime* e a sua obrigatoriedade não decorre de uma elaboração doutrinária e filosófico-política, mas essencialmente de uma situação política concreta que se verifica com o início da revolução francesa. Na revolução é que se verifica o modelo de reação contra a praxe judiciária do *ancien régime*, pois se adverte que a falta de motivação constitui exercício arbitrário de poder por parte do juiz. A partir de então se começa a falar no “controle de legalidade do juízo”.⁵³³

Na legislação Prussiana, diferente do que ocorreu na Revolução, depois de uma praxe anterior que conhecia apenas o instituto da motivação secreta e destinada a ser utilizada exclusivamente pelo juiz da impugnação, verificou-se a obrigação de motivar-se dirigida ao conhecimento das partes. Já na Áustria, a proibição de motivar as decisões existiu desde a *Gerichtsordnungen* de 1781 e de 1796 e remanesceu durante todo o século XIX, quando em 1895 é introduzida a obrigação de motivação no par. 414 da *Civilprozessordnung*.⁵³⁴

No Processo Civil Italiano e no ordenamento Europeu a evolução do problema articula-se em duas etapas fundamentais: A primeira, que se desenvolve na primeira metade do século XIX, apresenta aspectos não perfeitamente homogêneos, porém não contraditórios,

⁵³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 225.

⁵³¹ COMOGLIO; FERRI; TARUFFO, 1995 p. 74. Na doutrina brasileiro, por todos, MITIDIERO, 2009, p. 137-140.

⁵³² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 47-48.

⁵³³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975, p. 325-327.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 328-340.

já que a motivação era reduzida apenas ao aspecto endoprocessual. A segunda etapa coincide com a reforma processual que ocorreu na segunda metade do século XIX, especialmente com o CPC Italiano de 1865 e a *Civilprozessordnung* Austríaca de 1895, e coincide com a difusão generalizada, em nível de legislação ordinária, do princípio da obrigatoriedade da motivação, que acaba por se difundir por todos os ordenamentos processuais europeus.⁵³⁵ Na Itália, em 1º de Janeiro de 1948 entra em vigor a *Costituzione della Repubblica Italiana* e passa a dispor em seu art. 111 que “tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”.

No Brasil, a motivação ganha destaque na Constituição de 1988 e compreende as seguintes características do raciocínio decisório, elementos mínimos que devem estar contidos na estrutura racional do juízo de motivação: a individualização da *ratio decidendi*; a individualização da norma (interpretação da norma); o accertamento dos fatos; a qualificação jurídica do suporte fático; a decisão e a racionalidade do raciocínio decisório.⁵³⁶

A doutrina conclui, de modo geral, que se o ato decisório não atende a qualquer desses requisitos mínimos, verifica-se ausência de motivação e não simplesmente sentença mal fundamentada.⁵³⁷ Há ainda quem mencione a “multifuncionalidade da fundamentação judicial”, já que possui “múltiplas funções arroladas”, além de “servir às partes ao instrumentalizar o direito de recorrer” e importar na “contrapartida ao sistema da persuasão racional”.⁵³⁸ Tal conclusão, evidentemente, também serve para a tutela jurisdicional coletiva.

5.3 Em Especial: Possibilidade de Controle de Constitucionalidade Nas Ações Coletivas

5.3.1.1 o controle difuso de constitucionalidade brasileiro (*Judicial Review*)

Será examinado, *in casu*, o sistema difuso de controle judicial da legitimidade constitucional das leis, isto é, aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários, de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência.⁵³⁹

No Brasil, o controle difuso ou concreto de constitucionalidade tem como marco inicial o Decreto 848, de 11 de outubro de 1890, que instituiu a Justiça Federal, e foi reafirmado pela

⁵³⁵ TARUFFO, 1975, p. 341-343.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 224-258.

⁵³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 47-48.

⁵³⁸ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 70.

⁵³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 67.

Constituição de 1891, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar recursos quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais.

Assim dispunha o art. 9º, parágrafo único, letra b, do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890:

Art. 9º Compete ao Tribunal:

[...]

Parágrafo único. Haverá também recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados:

[...]

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario á Constituição, aos tratados e ás leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

Já a Constituição de 1891, em seu art. 59, parágrafo 1º, letra a, dispôs que:

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

[...]

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

Acerca do tema, Rui Barbosa preleciona que “a inconstitucionalidade, portanto, não se adduz como alvo da acção, mas apenas como subsidio á justificação do direito, cuja reivindicação se discute”⁵⁴⁰.

Esse importante jurista aponta os seguintes requisitos para o controle de constitucionalidade concreto: 1) que o direito, cuja ofensa se acusa, assente em disposição constitucional, se o ato impugnado é do poder legislativo, em disposição constitucional ou legislativa, se o ato acoimado for da administração; 2) que a intervenção judicial seja provocada por interessado; 3) que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as formas técnicas do processo; 4) que a acção não tenha por objeto diretamente o ato inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira á inconstitucionalidade dele apenas, como fundamento, e não alvo, do libelo; 5) que a decisão se circunscreva ao caso em litígio, não decretando em tese a nulificação do ato increpado, mas subtraindo simplesmente à sua autoridade a espécie em questão; e 6) que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos análogos, enquanto o ato não for revogado pelo poder respectivo, de novas acções, processadas cada uma nos termos normais.⁵⁴¹

⁵⁴⁰ BARBOSA, 1893, p. 100.

⁵⁴¹ Ibid., p. 123-124.

Ao final, Rui consubstancia todas essas regras numa só, como dedução final de seu pensamento, segundo a qual a inaplicabilidade do ato inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em ação adequada e executável entre as partes.⁵⁴²

No Brasil, é, em princípio, de caráter difuso o controle judiciário de constitucionalidade. Perante qualquer juiz pode ser levantada a alegação de inconstitucionalidade e qualquer magistrado pode reconhecer essa inconstitucionalidade e em consequência deixar de aplicar o ato inquinado. Trata-se de controle incidental, de efeito *inter partes*.⁵⁴³

De sorte que o controle difuso de constitucionalidade caracteriza-se pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, a ser aplicada a um caso submetido ao poder judiciário.

Lúcio Bittencourt, em clássica obra, preconiza que “é mister que se trate de uma controvérsia real, decorrente de uma situação jurídica objetiva”, já que “o juiz não pronuncia contra lei em tese, mas contra um ato, atual ou iminente, que nela se baseia”.⁵⁴⁴

Gilmar Ferreira Mendes destaca como característica fundamental do controle concreto o “desenvolvimento inicial no curso de um processo, no qual a questão constitucional configura antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica”.⁵⁴⁵

Aqui, evidente que a tutela jurisdicional prestada pelo juiz não se restringe à declaração sobre a existência ou inexistência de relação jurídica. O controle incidental de constitucionalidade poderá ser antecedente lógico de uma tutela declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*.

Nesse sentido, a tutela declaratória, consoante autorizada doutrina, tem por finalidade a declaração: a) da existência de relação jurídica (demanda declaratória positiva); b) da inexistência de relação jurídica (demanda declaratória negativa de relação jurídica já extinta ou que não vai existir); c) da eficácia de relação jurídica; d) do modo de ser ou do alcance de uma relação jurídica em sentido estrito; e, ainda, e) da falsidade ou inautenticidade de um documento. De seu turno, a tutela constitutiva, vincula-se aos direitos que determinam uma

⁵⁴² BARBOSA, 1893, p. 124.

⁵⁴³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a. p. 39.

⁵⁴⁴ BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 111-112.

⁵⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999, p. 370.

modificação jurídica em sentido lato (criar, extinguir, alterar) da situação jurídica. Já a tutela condenatória é própria e exclusiva das assim denominadas obrigações pecuniárias.⁵⁴⁶

Até aqui, de acordo com a proposta levada a efeito pelo método do formalismo-valorativo, impera o princípio da segurança como norma regente das tutelas declaratória, constitutiva e condenatória.⁵⁴⁷

A tutela mandamental, segue a doutrina, aplica-se quando se trata de agir sobre a vontade da parte demandada e não sobre seu patrimônio. Atua, destarte, nas obrigações de fazer e não fazer, que constituem obrigação de prestação de fato. Por fim, a tutela executiva *lato sensu* age sobre o patrimônio do obrigado e não sobre sua vontade e é adequada às obrigações de dar coisa e ao dever de restituir coisa.⁵⁴⁸

No que diz respeito às tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, como a classificação baseia-se em normas principiais que têm por base a ponderação entre efetividade e segurança, predomina a norma da efetividade, já que aquelas visam a tornar efetiva a situação jurídica material alegada *in status assertionis* e cujas consequências jurídicas materiais não se realizaram a contento.⁵⁴⁹

O controle de constitucionalidade concreto no 1º grau de jurisdição não prescinde da existência de uma questão constitucional concreta e prejudicial. Desse modo, faz-se necessário, no contexto em foco, fixar-se o que vem a ser a noção de “questão”.

De fato. Quando uma afirmação, inclusa nos fundamentos (da inicial ou da contestação), gera dúvida e deve ser esclarecida, surge uma questão. Por isso, a questão pode ser definida como um ponto controvertido, de fato ou de direito. É a dúvida quanto a uma razão, alegada na inicial ou na contestação. Ressalte-se, ainda, que a questão não é a lide, dado que esta se apresenta como um conflito de interesses⁵⁵⁰.

No dizer de Dinamarco, para dar solução ao conflito de interesses manifestado entre as partes o juiz precisa antes resolver cada um desses pontos duvidosos que caracterizam as questões surgidas no processo.⁵⁵¹ A questão é, portanto, o ponto duvidoso. No controle concentrado a questão constitucional é resolvida *principaliter*, já no controle difuso será decidida *incidenter tantum*.

Trata-se, no controle difuso ou concreto, de uma questão constitucional prévia. A questão prévia pode ser prejudicial e preliminar: ambas são questões prévias que podem ser

⁵⁴⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 145-181.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 139-140.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 183-198.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 139-140.

⁵⁵⁰ CARNELUTTI, 1936, p. 353.

⁵⁵¹ DINAMARCO, 2002, v. 1, p. 240.

questões preliminares ou questões prejudiciais. Ambas devem ser examinadas antes, pois sua solução precede logicamente o exame de outras questões. O exame das questões prévias sempre pressupõe a existência de pelo menos duas questões: a que precede e subordina e a que sucede e é subordinada. Logo se reconhece um vínculo de subordinação: há uma questão subordinante e outra subordinada.⁵⁵²

Não se distinguem as questões prévias pelo seu conteúdo (mérito e não-mérito). A prescrição é exemplo de preliminar de mérito e não de questão prejudicial e seu reconhecimento toca no mérito da causa (art. 269, IV, do Código de Processo Civil). As questões preliminares concernem ao ser ou não ser das questões posteriores e as questões prejudiciais dizem respeito ao modo de ser das questões subordinadas.

Consoante Barbosa Moreira, considera-se questão preliminar aquela cuja solução, conforme o sentido em que se pronuncie, cria ou remove obstáculo à apreciação da outra. A própria possibilidade de apreciar-se a segunda depende, pois, da maneira por que se resolva a primeira. É uma espécie de obstáculo que o magistrado deve ultrapassar no exame de uma determinada questão. Já a questão prejudicial é aquela cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda questão depende da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser.⁵⁵³

A resolução das questões prejudiciais influencia sobre o conteúdo da resolução das questões subordinadas. A doutrina traz o exemplo da filiação, na demanda por alimentos, e da inconstitucionalidade da lei, na ação de repetição de indébito. Já o acolhimento das questões preliminares impede o exame das questões posteriores, a exemplo do disposto no art. 301 do Código de Processo Civil.⁵⁵⁴

Portanto, no controle incidental o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei não é o objeto da causa, nem tampouco a providência postulada. O que se pede no processo é o reconhecimento do direito da parte que vai afetado pela norma cuja validade se questiona. Para decidir acerca do direito em discussão o juiz precisa analisar a constitucionalidade da norma. Por isso que a inconstitucionalidade é tratada como questão prejudicial, porque precisa

⁵⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: DIREITO processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsó, 1971b, p. 76.

⁵⁵³ Ibid., p. 83-87.

⁵⁵⁴ MARINONI; MITIDIERO, 2008, p. 310.

ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal.⁵⁵⁵

Lucio Bittencourt, no seu clássico estudo, menciona dois tipos de controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade que se dá por via de ação e o controle de constitucionalidade que se dá por via de exceção. Este supõe que o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele, se a autoridade tenta submetê-lo a sua aplicação. Pede, apenas, ao juiz, em uma demanda determinada, que, para decidir a questão *sub specie juris*, considere inexistente a lei reputada inconstitucional. O juiz não anula ou invalida o ato, limitando-se, apenas, a recusar-lhe aplicação a uma espécie litigiosa concreta. Aquele supõe um processo intentado diretamente contra o ato inconstitucional, em que o juiz, conhecendo da alegação da parte e julgando-a procedente, cassa ou anula o ato, suprimindo-lhe todos os efeitos.⁵⁵⁶

Manoel Gonçalves Ferreira Filho refere que durante muito tempo só se admitiu que a questão de constitucionalidade de uma lei viesse a ser examinada por um juiz como exceção, isto é, como alegação de defesa. Exatamente isto ocorreu nos Estados Unidos, como se infere do célebre caso *Marbury versus Madison*. Ou seja: exigida a satisfação da obrigação imposta por lei suspeita de inconstitucionalidade, o devedor dessa obrigação, ao se defender em juízo, alega a inexistência da obrigação, por não ser válida a lei que a fundamenta. Tal exceção é apreciada como preliminar, ou incidente da ação, pelo juiz que, após resolvê-la, julga o pedido (aplicando a lei se a entender constitucional ou aplicando a Constituição se considerar inconstitucional a lei).⁵⁵⁷

Observe-se que o mencionado jurista se equivoca ao mencionar que a exceção deve ser apreciada pelo magistrado como questão preliminar. Como se viu, linhas acima, analisada a diferença entre questão preliminar e questão prejudicial, a inconstitucionalidade na via de exceção é exemplo desta última.

Originalmente, na via de defesa ou de exceção, a inconstitucionalidade de lei era argumento do réu.⁵⁵⁸ Ada Grinover critica a expressão via de exceção, que indica a defesa oposta pelo réu, porque no controle difuso nem sempre será o réu que suscitará a questão constitucional. Prefere referir que existe uma questão prejudicial no controle difuso.⁵⁵⁹ Também Gilmar Mendes aduz não se tratar mais, ou exclusivamente, de simples defesa contra

⁵⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 81.

⁵⁵⁶ BITTENCOURT, 1949, p. 97-98.

⁵⁵⁷ FERREIRA FILHO, 1999a, p. 37.

⁵⁵⁸ BITTENCOURT, op. cit., P. 97.

⁵⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 153-154.

a aplicação de um ato inconstitucional, tal como inicialmente definido por Lúcio Bittencourt.⁵⁶⁰

Ao que parece, as críticas foram postas com razão, o que não impede que se denomine o controle concreto de constitucionalidade de via de exceção, dès que fique evidenciada a possibilidade de a questão constitucional concreta e prejudicial ser alegada por qualquer dos sujeitos processuais.

Ou seja, no controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental, a decisão, que não recai sobre o objeto principal, mas sobre a questão prejudicial, afasta a norma de um determinado caso concreto submetido ao Poder Judiciário. É por isso, também, que no controle judicial concreto de constitucionalidade figuram partes no processo, o que torna indispensável a análise, ainda que perfunctória, do conceito de parte.

Carnelutti emprega um conceito de parte em sentido formal para indicar as posições dos sujeitos do processo, distinto de parte em sentido substancial, que seriam os sujeitos da lide.⁵⁶¹ Para Chiovenda parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada.⁵⁶² Segundo esse conceito, parte será aquele que pede (autor), e aquele contra quem se pede, tutela jurisdicional.

Liebman conceitua parte como os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz.⁵⁶³ Inclui, por exemplo, o Ministério Público interveniente no processo civil e o assistente simples como parte, o que revela uma amplitude excessiva em sua definição. Esse é o conceito puro de parte (ou puramente processual).

Sem dúvida, o conceito que obteve mais adeptos na doutrina brasileira foi o de Chiovenda, a exemplo de Marinoni, o qual, após mencionar que se trata de um dos conceitos mais problemáticos do direito processual e que deve ser buscado estritamente no direito processual, sem que seja possível sua influência pelo direito material, ou seja, não se confunde com a “legitimidade de parte”, refere que parece ser a definição mais adequada, pois permite traçar, razoavelmente, uma linha distintiva entre os sujeitos parciais considerados como partes e aqueles outros, tratados como terceiros.⁵⁶⁴

Aqui, cuida-se de verificar quais são os legitimados para a arguição da questão constitucional concreta. Segundo Adroaldo Furtado Fabrício, é moeda corrente entre os

⁵⁶⁰ MENDES, 1999, p. 368.

⁵⁶¹ CARNELUTTI, 1936, p. 36

⁵⁶² CHIOVENDA, 1965, v. 2, p. 278.

⁵⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale de diritto processuale civile**: principi. 5. ed. [s.n.t.], p. 81-82.

⁵⁶⁴ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 162-163.

discípulos de Liebman o fato desta condição da ação (legitimidade) envolver uma questão de direito processual, mas a resposta a ela ter de ser buscada no direito material.⁵⁶⁵ Sem dúvida, nesse caso, torna-se necessária a busca de um dado no direito material, já que se trata de legitimação para a causa.

Legitimação (ou legitimidade *ad causam*) é a pertinência subjetiva da lide nas pessoas do autor e do réu, isto é, o reconhecimento do autor e do réu, por parte da ordem jurídica, como sendo as pessoas facultadas respectivamente a pedir e contestar a providência que é objeto da demanda.⁵⁶⁶

Não há dúvidas de que autor e réu tenham legitimidade para suscitar a questão constitucional, quer atuem individualmente, quer atuem numa pluralidade de partes ligada por uma afinidade de interesses, que caracteriza o litisconsórcio. Quanto aos demais integrantes da lide, cumpre referir que se pode estar diante das diversas modalidades de intervenção de terceiros, com destaque para assistência simples e a assistência litisconsorcial.

Segundo a doutrina, a distinção entre essas espécies de intervenção de terceiros constitui projeção do grau maior ou menor dos efeitos que o julgamento terá sobre a condição jurídica do assistente.⁵⁶⁷

A Assistência simples caracteriza-se pela participação de um terceiro em processo pendente pela possível repercussão que a tutela jurisdicional possa ter na sua esfera jurídica. Este terceiro exerce as posições jurídicas inerentes ao processo justo, com o fim de auxiliar uma das partes a obter tutela jurisdicional.⁵⁶⁸

No que diz respeito à assistência litisconsorcial, existe controvérsia doutrinária acerca da natureza da intervenção de terceiro. Trata-se, para alguns, de hipótese qualificada de assistência⁵⁶⁹, enquanto que para outros seria intervenção litisconsorcial qualificada, ou seja, equiparada a uma modalidade de litisconsórcio.⁵⁷⁰ No primeiro caso, o assistente não se submete à coisa julgada, apenas à justiça da decisão (efeito de intervenção). No segundo, submete-se à coisa julgada, porque parte no processo.⁵⁷¹

Em ambos os casos os terceiros intervenientes podem suscitar a questão constitucional. Gilmar Mendes, por exemplo, refere que a questão constitucional há de ser

⁵⁶⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: ENSAIOS de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 385.

⁵⁶⁶ LIEBMAN, 1975, p. 126-127.

⁵⁶⁷ DINAMARCO, 2001, v. 2, p. 387.

⁵⁶⁸ MARINONI, MITIDIERO, 2008, p. 135.

⁵⁶⁹ DINAMARCO, op. cit., p. 387.

⁵⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 173.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 174-178.

suscitada pelas partes ou pelo Ministério Público, e também pode ser conhecida de ofício pelo juiz ou tribunal, mas perante este somente poderá ser pronunciada “pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do órgão especial”.⁵⁷²

De acordo com Luis Roberto Barroso, podem suscitar a questão constitucional o autor (na inicial ou em momento posterior), o Ministério Público, quando seja parte ou oficie como fiscal da lei, bem como os terceiros que tenham intervindo legitimamente (assistente, litisconsorte, oponente), e, por fim, o juiz ou tribunal, de ofício, quando tenham as partes silenciado a respeito.⁵⁷³ Lúcio Bittencourt tem, basicamente, a mesma ideia ao afirmar que “o juiz pode recusar-se aplicar a lei inconstitucional, ainda que os litigantes considerem a lei “boa e válida”.⁵⁷⁴

De fato, consoante o art. 97 da Constituição da República, os tribunais precisam da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial para declararem a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público. Note-se que, embora a regra do *full bench*⁵⁷⁵, a ser exigida por parte dos tribunais, pode o juiz singular de 1º grau apreciar a questão constitucional. Já não se discute mais, nem na doutrina nem na jurisprudência, acerca da plena legitimidade do reconhecimento da inconstitucionalidade por órgão judicial de 1º grau, seja estadual ou federal.⁵⁷⁶

Destarte, a doutrina parece convergir para a circunstância de a inconstitucionalidade, como questão de direito e prejudicial, poder ser conhecida de ofício pelo magistrado, e invoca, para tanto, o aforismo *iura novit curia*.

Até porque, consoante o *iura novit curia*, não existe um vínculo passivo do juiz aos fundamentos jurídicos indicados pela parte, ainda que ambas as partes estejam de acordo com esse fundamento jurídico, e com isso pode o juiz discordar daquele fundamento jurídico indicado pela parte e qualificar juridicamente o fato de modo diverso.⁵⁷⁷

Nesse sentido Lúcio Bittencourt afirma que os juízes e tribunais, ao decidir uma causa, podem, e devem, *ex officio*, independentemente de alegação da parte, declarar a inconstitucionalidade da lei supostamente aplicável ao caso.⁵⁷⁸

Barroso ainda informa que no controle incidental ou difuso de constitucionalidade a decretação desta, sempre que necessária para o julgamento da causa, deve ser feita de ofício

⁵⁷² MENDES, 1999, p. 372.

⁵⁷³ BARROSO, 2006, p. 78

⁵⁷⁴ BITTENCOURT, 1949, p. 113.

⁵⁷⁵ Cfe. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁷⁶ Por todos, BARROSO, 2006, p. 82.

⁵⁷⁷ TROCKER, 1974, p. 680-681.

⁵⁷⁸ BITTENCOURT, 1949, p. 113.

pelo juiz, que tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.⁵⁷⁹

Todavia, em homenagem ao direito fundamental ao contraditório, parece insofismável que o juiz deva, antes de se pronunciar, *ex officio*, acerca da questão constitucional concreta, oportunizar às partes que se manifestem a respeito e possam, desse modo, influir e participar na construção da decisão judicial.

O contraditório, assim, deixa de ser a mera fiscalização recíproca das afirmações das partes, e passa a ser compreendido como o direito de influenciar a decisão judicial em todos os seus elementos (fatos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como relevantes. O escopo do contraditório deixa de ser a defesa e passa a ser a influência.⁵⁸⁰

No que concerne ao momento da apresentação da questão constitucional concreta e prejudicial, autorizada doutrina refere que a parte pode arguir a inconstitucionalidade em petição inicial, em contestação, em razões de recorrente ou de recorrido, em petição avulsa que junte aos autos durante a tramitação da causa ou do recurso ou até em sustentação oral, na sessão de julgamento. De acordo com Barbosa Moreira, não há preclusão, já que se trata de questão de direito.⁵⁸¹

São atos sujeitos ao controle de constitucionalidade incidental as normas dos três níveis de poder, de qualquer hierarquia, inclusive anteriores à Constituição da República. Essa ressalva é importante já que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmada de longa data, não cabe na via principal o controle de normas anteriores à Constituição ou à emenda constitucional invocada como paradigma. Portanto, podem ser controladas, na via difusa, leis federal, estadual, municipal – qualquer ato normativo, ainda que secundário, como regulamento, resolução ou portaria. Não existem as limitações do controle abstrato, que impedem o Supremo Tribunal Federal de examinar a constitucionalidade de lei municipal frente à Constituição ou proíbem os Tribunais de Justiça de examinarem a constitucionalidade de leis federais.⁵⁸²

Acerca do tema, Teori Zavascki ainda afirma que é equivocada a ideia de que a inconstitucionalidade é apenas a incompatibilidade da norma com a Constituição, ou, em

⁵⁷⁹ BITTENCOURT, 1949, p. 78, nota 2.

⁵⁸⁰ LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 96. Nesse sentido, “*contraddittorio e parità delle armi sono garanzie pensate anche allo scopo di far scaturire, grazie alla dialettica processuale, la soluzione giusta delle questioni di fatto e di diritto dedotte nella controversia*”, consoante CHIARLONI, Sergio. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 152, out. 2007, p. 102-103.

⁵⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 37.

⁵⁸² BARROSO, p. 2006, p. 80.

outras palavras, que apenas o legislador comete ofensa à Carta Magna. Em verdade, as inconstitucionalidades podem derivar do comportamento de vários agentes e ser perpetradas por diversos modos. Inconstitucional será o ato ou omissão do particular não compatível com o catálogo dos deveres que a constituição lhe impõe ou com os direitos que assegura a outrem. Também será inconstitucional o ato ou omissão do administrador público, quando não observar os mandamentos e princípios da boa administração ou não atender aos direitos subjetivos públicos previstos na constituição. Inconstitucional também será o ato do juiz que desprezitar as garantias dos litigantes no curso do processo.⁵⁸³ Esses atos também contrariam a Constituição e podem ser controlados na via difusa ou concreta.

Enfim, qualquer ato contrário à Constituição pode ser sujeito a controle na via difusa ou concreta, sem qualquer restrição existente quando se está diante do controle concentrado ou abstrato.

5.3.1.2 A possibilidade de controle judicial concreto de constitucionalidade NAS ações coletivas

Há uma discussão doutrinária acerca do cabimento da ação coletiva como instrumento de controle de constitucionalidade. Gilmar Mendes lança as seguintes indagações: seria possível que o juiz, ao apreciar pedido formulado em ação civil pública, afastasse topicamente a incidência ou a aplicação de uma dada norma federal ou estadual em face da Constituição Federal? Qual seria a eficácia dessa decisão?⁵⁸⁴

Como a coisa julgada, nas ações coletivas, via de regra, tem eficácia erga omnes, eventual procedência do pedido em demanda coletiva equivaleria à declaração de inconstitucionalidade feita pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado.

Por esse motivo há autores que consideram inviável a ação civil pública que envolve controle incidental de constitucionalidade, a exemplo de Gilmar Mendes, Hugo de Brito Machado, Arruda Alvim e Arnaldo Wald, todos citados por João Batista de Almeida.⁵⁸⁵

Gilmar Mendes sustenta que a ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com os processos denominados “subjetivos”⁵⁸⁶ e aproxima-se de um processo sem partes ou processo objetivo. A parte ativa não atua na defesa de interesse próprio, mas de

⁵⁸³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 13-14.

⁵⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnolds (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 161.

⁵⁸⁵ ALMEIDA, 2001, p. 68, nota 62.

⁵⁸⁶ MENDES, op. cit., p. 161.

interesse alheio (interesse público). A decisão não estaria limitada às partes processualmente legitimadas. A decisão do juiz seria mais abrangente que a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, que se limita ao caso concreto, dependendo da resolução do Senado Federal. Acabaria por instaurar um controle direto e abstrato na jurisdição de 1º grau e a decisão teria eficácia transcendente às partes formais.⁵⁸⁷ Desse modo, a decisão que, em ação civil pública, afastar determinada norma por eventual incompatibilidade com a Constituição acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.⁵⁸⁸

Alguns esclarecimentos aqui se impõem. Não é possível sustentar que a ação civil pública aproxima-se de um processo sem partes ou processo objetivo. Processos de natureza objetiva, consoante o próprio jurista, “não conhecem partes e podem ser instaurados independentemente da demonstração de um interesse jurídico específico”.⁵⁸⁹ Ademais, um processo objetivo não pode ser tomado como meio para a composição de uma lide. Consoante a doutrina, sendo “objetivo, inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, afinal, pretensão resistida”.⁵⁹⁰

Ora, é cediço na processualística o conceito de litígio, constituído por dois elementos: o conflito de interesses (elemento material) e o binômio pretensão-resistência (elemento formal). Verificado um conflito de interesses, um dos sujeitos afirma-se titular do interesse tutelado pelo direito, ao qual o outro deve ser sacrificado, enquanto o titular do interesse contraposto se opõe a esta afirmação, negando-a ou recusando a satisfação do interesse.⁵⁹¹

No processo objetivo, enfim, não há pretensão resistida, os legitimados ativos não buscam a tutela de um direito subjetivo, mas a defesa da ordem constitucional objetiva. Ora, não é possível afirmar a inexistência de partes no processo coletivo. Evidente que elas existem. O autor será sempre um daqueles legitimados para as ações coletivas. O réu deve ser citado para se defender, sempre! Não havendo interesse jurídico específico, em se tratando de demanda coletiva, nenhum juiz hesitaria em extinguir o processo, sem resolução de mérito, por falta de interesse processual (art. 267, VI, do Código de Processo Civil). A lide, ausente nos processos de natureza objetiva, vai ser elemento indispensável nas ações coletivas, o que dará sustentabilidade à causa de pedir e ao pedido coletivo.

587 MENDES, 1999, p. 354.

588 MENDES, 2007, p. 162.

589 MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade, a inovação da Emenda Constitucional 3, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **A ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53.

590 CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 143.

⁵⁹¹ LEBRE DE FREITAS, 1996, p. 48-49.

Em realidade, no processo coletivo, consoante o art. 81, parágrafo único, I, II e II, do CDC, são titulares dos direitos difusos as pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, são titulares dos direitos coletivos *stricto sensu* o grupo, categoria ou classe de pessoas e são titulares dos direitos individuais homogêneos os indivíduos lesados, quando a lesão decorrer de origem comum. Portanto, forçoso admitir que esses direitos coletivos *lato sensu*, ao possuírem titularidade, caracterizam-se como *direitos subjetivos coletivos*. Na atualidade, consoante a doutrina, admite-se um direito subjetivo com titulares coletivos “contrariando os dogmas e a finalidade genética dos direitos subjetivos individuais pensados a partir do Séc. XV na Europa.”⁵⁹²

Entretanto, o processo de controle de constitucionalidade abstrato dos atos normativos emanados do Poder Público é que pode ser considerado uma espécie de tutela coletiva dos direitos, com as suas peculiaridades próprias, evidentemente, a exemplo da legitimação, que está prevista na Constituição, cujo objeto é a norma em abstrato, e a sentença, bem como a demanda, possuírem natureza dúplice.⁵⁹³

Com razão, portanto, Nelson Nery Jr., quando afirma que é cabível ação civil pública objetivando condenação do Poder Público em obrigação de não fazer (abster-se de cobrar impostos), tendo como fundamento (causa de pedir) a inconstitucionalidade ou ilegalidade do imposto. Na ação civil pública o pedido é de obrigação de não fazer e a causa de pedir a inconstitucionalidade do imposto. Não se confunde com a ação direta de inconstitucionalidade, onde a declaração da inconstitucionalidade não é o fundamento da demanda, mas o próprio pedido.⁵⁹⁴

O controle de constitucionalidade nas ações civis públicas ocorre de modo incidental ao mérito da causa, como verdadeira causa de pedir, jamais como pedido principal, o que o torna perfeitamente viável, nessas condições.

Ao julgar a matéria, num caso concreto, o Supremo Tribunal Federal, em composição plenária, entendeu que o controle concreto de constitucionalidade na via difusa pode ser feito pelo órgão judicial de 1º grau porque o efeito *erga omnes* da sentença não subtrai o julgamento da ação civil pública pelo respectivo Pretório Excelso. Trata-se do julgamento

⁵⁹² DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 84-85.

⁵⁹³ ZAVASCKI, 2006, p. 258-264.

⁵⁹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1309.

proferido na paradigmática Reclamação 600-0/190-SP, verdadeiro *leading case* da matéria, cujo Relator foi o Ministro Néri da Silveira.⁵⁹⁵

Assim, a ação coletiva tem sido reconhecida como instrumento idôneo para o controle incidental ou difuso da constitucionalidade de leis e atos normativos, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,⁵⁹⁶ aliás, essa matéria já vinha acenada no PL 5.139/09, a teor do disposto no §2º do art. 2º do aludido projeto: “A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.”

Levou-se em consideração, para tanto, que o controle incidental na ação coletiva não importa usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, eis que o objeto de tutela na ação civil pública não é o mesmo da ação direta, na qual jamais poderia ser alcançado, e o

⁵⁹⁵ [...] “Na ação civil pública, ora em julgamento, dá-se controle de constitucionalidade da Lei nº 8024/1990, por via difusa. Mesmo admitindo que a decisão em exame afasta a incidência de Lei que seria aplicável à hipótese concreta, por ferir direito adquirido e ato jurídico perfeito, certo está que o acórdão respectivo não fica imune ao controle do Supremo Tribunal Federal, desde logo, à vista do art. 102, III, letra b, da Lei Maior, eis que decisão definitiva de Corte local terá reconhecido a inconstitucionalidade de lei federal, ao dirimir determinado conflito de interesses. Manifesta-se, dessa maneira, a convivência dos dois sistemas de controle de constitucionalidade: a mesma lei federal ou estadual poderá ter declarada sua invalidade, quer, em abstrato, na via concentrada, originariamente, pelo STF (CF, art. 102, I, a), quer na via difusa, incidenter tantum, ao ensejo do desate de controvérsia, na defesa de direitos subjetivos de partes interessadas, afastando-se sua incidência no caso concreto em julgamento. 8. Nas ações coletivas, não se nega, à evidência, também, a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, de lei ou ato normativo federal ou local. 9. A eficácia erga omnes da decisão, na ação civil pública, ut art. 16, da Lei nº 7347/1997, não subtrai o julgado do controle das instâncias superiores, inclusive do STF. No caso concreto, por exemplo, já se interpôs recurso extraordinário, relativamente ao qual, em situações graves, é viável emprestar-se, ademais, efeito suspensivo. 10. Em reclamação, onde sustentada a usurpação, pela Corte local, de competência do Supremo Tribunal Federal, não cabe, em tese, discutir em torno da eficácia da sentença na ação civil pública (Lei nº 7347/1985, art. 16), o que poderá, entretanto, constituir, eventualmente, tema do recurso extraordinário. 11. Reclamação julgada improcedente, cassando-se a liminar”.

⁵⁹⁶ A exemplo do seguinte precedente: “DECISÃO: O presente recurso de agravo insurge-se contra decisão, que, por mim proferida, está assim ementada (fls. 400): "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina." Cabe registrar, por necessário, que a sentença proferida pelo magistrado de primeira instância - e que motivou o ajuizamento da presente reclamação - já não mais subsiste, eis que foi reformada, em sede recursal (APC nº 207.901-5/0-00 e EI nº 207.901-5/3-01), pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que julgou improcedente a ação civil pública, por reconhecer legítima a norma inscrita na Lei Orgânica do Município de Sorocaba/SP (art. 8º), que fixou em 21 (vinte e um) o número de Vereadores à Câmara Municipal. Isso significa, portanto, que sobreveio fato juridicamente relevante, apto a caracterizar a ocorrência, na espécie ora em exame, de típica hipótese de prejudicialidade, eis que a presente reclamação perdeu a sua razão de ser, tanto quanto o recurso de agravo deduzido nesta causa (fls. 430/445), considerada a supressão do ato sentencial, cuja prolação tornou necessária - segundo a parte ora agravante - a utilização da via reclamatória. Desse modo, e em virtude da perda superveniente de objeto, julgo prejudicada a presente causa. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Rcl 1733 AgR, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 06 mar. 2003. DJ 12 mar. 2003. p. 00020)

fato de as decisões ficarem, de qualquer modo, sujeitas a controle final pelo Supremo Tribunal Federal.

6 A TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA MANDAMENTAL E AS TÉCNICAS PROCESSUAIS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

6.1 A Tutela dos Direitos. A Intangibilidade da Vontade Humana (*Nemo Potest Praecise Cogi Ad Factum*). Toda d Prestação deve ser Convertida em Perdas e Danos

Antes de adentrar numa breve análise da evolução do tema ao longo de algumas fases do formalismo processual, cumpre destacar que, no plano do direito material, as obrigações de fazer e não fazer constituem espécies de prestação de fato, que podem ter natureza positiva ou negativa. Constitui exemplo da prestação de fato positiva a participação de artista em espetáculo e da prestação de fato negativa a obrigação de sigilo do médico. As prestações de fato negativas ainda possuem uma subespécie, que se constitui em uma obrigação de permissão ou tolerância.⁵⁹⁷

Quanto ao tempo de execução, as prestações ainda podem ser instantâneas, que se realizam de uma só vez, ou duradouras, cuja execução compreende uma série de atos ou abstenções, e quanto à possibilidade de substituição do devedor no cumprimento da obrigação elas são fungíveis, quando podem ser executadas por pessoa diversa do devedor, e infungíveis, quando a prestação é exclusiva do devedor, em razão da qualidade pessoal (infungibilidade natural) ou por convenção (infungibilidade convencional).⁵⁹⁸

Relembrando o tema da tutela dos direitos, cumpre referir que a tutela inibitória visa à inibir a prática do ilícito, pode atuar antes que qualquer ilícito tenha sido praticado, e também visa a inibir a repetição e a continuação do ilícito, nos casos de ilícito já praticado.⁵⁹⁹ Além disso, à tutela dos direitos, dentre as quais se inclui a tutela inibitória, deve corresponder no plano processual uma tutela jurisdicional adequada, a exemplo da tutela jurisdicional mandamental, e, sob esse aspecto, conclui-se que a tutela jurisdicional serve à tutela do direito.⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47-48, p. 51.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 47-52.

⁵⁹⁹ FRIGNANI, 1986, p. 560.

⁶⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 7. Clayton Maranhão, ao que parece, quando menciona a tutela inibitória, a tutela de remoção do ilícito, a tutela preventiva executiva, a tutela do adimplemento específico e a tutela ressarcitória na forma específica, como modalidades de tutela jurisdicional específica do

Dito isso, cumpre destacar algumas observações históricas acerca da execução civil, voltadas, sempre que possível, para a execução das obrigações de fazer e não fazer.

Quando se volta os olhos para o Direito Romano, verifica-se que toda sociedade primitiva faz uso da autotutela. E a sociedade Romana partiu inicialmente de um sistema de autotutela, que de acordo com a doutrina, é a forma histórica mais antiga de realização do direito subjetivo contra a vontade do obrigado, embora logo se tenha demonstrado que nela predominam mais desvantagens que vantagens, como, por exemplo, chegar-se à guerra civil, o que, à evidência não interessa ao conjunto dos cidadãos. Em muitos casos, quem não tem direito pode se tornar vitorioso pela força e prevalece o direito da força sobre a força do direito.⁶⁰¹

Tanto para os romanos como para os germânicos e execução não passava do exercício de coerção privada, sujeito a estritas regras legais. O credor é quem decide se o seu direito é capaz de execução via coerção, e se conclui afirmativamente, é através de seus próprios esforços, que não derivam de uma autorização oficial, que vai coagir seu devedor ao cumprimento.⁶⁰²

Segundo Dinamarco, o poder de realizar os preceitos do direito objetivo partiu da autotutela e chegou à jurisdição (monopólio estatal), passando antes por um sistema de arbitragem voluntária e, no *ordo judiciorum privatorum*, de arbitragem obrigatória, sendo o árbitro (*judex*) investido pelo magistrado.⁶⁰³

No direito romano, a ideia de jurisdição não ia além dos poderes que tinha o juiz no processo de conhecimento, não sendo jurisdicional a atividade executiva.⁶⁰⁴ Na doutrina italiana, à época em que Chiovenda escrevera os *Principii* (1903), também dominava a opinião de que a execução constituía mero exercício de império, atividade administrativa, e de que a jurisdição se adscrevia à cognição e se exauria com a sentença, na tentativa de justificar semelhante conceito com a ideia romana do *ius dicere*, ligada ao especial ordenamento dos romanos, com o que, posteriormente, discordou o mesmo Chiovenda, já nas Instituições (1933-34), quando verificou que também na execução se efetiva a atuação da lei mediante uma substituição de atividade.⁶⁰⁵

direito à saúde nas relações de consumo, acaba por confundir a tutela dos direitos e a tutela jurisdicional, respectivamente, o plano material e o plano processual. MARANHÃO, 2003, p. 218-300.

⁶⁰¹ ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 7.

⁶⁰² ENGELMANN, 1969, p. 373.

⁶⁰³ DINAMARCO, 2002a, p. 33.

⁶⁰⁴ CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: Ejea, 1957, p. 12.

⁶⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 14-15.

O devedor, no período arcaico, era reduzido à condição de escravo, sem qualquer possibilidade de defesa. A execução tinha natureza penal. Não havia contraditório. Naqueles doutrinadores que ainda hoje negam o contraditório na execução é inegável a influência do direito romano.⁶⁰⁶

No período clássico do processo romano, portanto, havia um respeito pelo patrimônio das pessoas, acima da sua dignidade, daí a verificação de ameaça de um mal maior em virtude do inadimplemento - semelhante à execução indireta - sobre a pessoa do devedor.⁶⁰⁷ Segundo Araken de Assis, essa execução, de caráter cruel, tratava-se de execução pessoal, porque pela dívida respondia diretamente o corpo do devedor, enquanto o patrimônio só interessava mediatamente.⁶⁰⁸

Denominava-se *manus injectio* o mais antigo dos meios executórios do direito romano. Segundo Leopoldo Wenger, perdurou até o período da *cognitio*, quando conviveu com a moderna *actio iudicati*.⁶⁰⁹ A *manus injectio* tinha natureza privada e penal, e caracterizava-se com o emprego da força contra o próprio obrigado. Acorrentado em praça pública, se não pagasse a dívida, poderia ser levado à morte.⁶¹⁰

No período formular, havia, na execução, a presença do magistrado no início do procedimento, que não afastava os atos praticados pelo próprio exequente. Tratava-se de um estágio intermediário entre a autotutela e o monopólio estatal. A partir de então, os romanos passaram a entender que a execução corporal correspondia ao desejo de vingança do credor insatisfeito e não ao interesse público de garantir o funcionamento das normas de convivência. Foram ditadas normas atenuadoras do sistema anterior e houve gradativo deslocamento da responsabilidade para o patrimônio do devedor.⁶¹¹

No *ordo judiciorum privatorum* não havia a execução específica, destinada à entrega de coisa certa ou ao cumprimento de obrigações de fazer ou não fazer. O objeto das obrigações dessa natureza convertia-se em pecúnia. A presença do magistrado, nesse

⁶⁰⁶ DINAMARCO, 2002, p. 38.

⁶⁰⁷ CUENCA, 1957, p. 47-48

⁶⁰⁸ ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 140.

⁶⁰⁹ De acordo com o autor, tanto na *legis actio per manus iniectioem* como na *actio iudicati* o credor deveria expor sua pretensão ante o pretor de modo verossímil, prima facie. I. Uma vez concedida a *actio iudicati* pelo pretor contra o executado, este poderia manifestar-se: 1) que reconhece a pretensão do autor. Nesse caso, emite-se um decreto de execução se o devedor não cumpre a obrigação e se o credor solicita nesse sentido. 2) O demandado pode defender-se contra a *actio iudicati* e afirmar: a) que a sentença é falsa ou nula; b) que a dívida foi paga; c) qualquer outra objeção possível de ser alegada em outras ações, com relação a *actio iudicati*, haverá um número reduzido delas, e serão, em parte, objeções no sentido mais amplo, e, em parte, exceções técnicas. II. Se é negada a *actio iudicati* pelo pretor, não haverá execução nem processo (WENGER, Leopold. **Actio iudicati**. Buenos Aires: EJEJA, 1954, p. 14-15).

⁶¹⁰ ASSIS, op. cit., p. 140.

⁶¹¹ DINAMARCO, 2002, p. 43.

procedimento, ia aos poucos diminuindo a autoridade do credor. Enfim, superado o período clássico, com a *cognitio* fecha-se o ciclo da jurisdicionalização.⁶¹²

O que caracterizou o período pós-clássico da *cognitio extra ordinem* foi o fato de o pretor realizar todo o processo, invadindo, no de execução, a área reservada aos particulares.⁶¹³ Daí o nome de *extra ordinem*. Tal procedimento, chamado de sub-rogação, é por alguns considerado a origem remota de nossa execução por expropriação.⁶¹⁴

No processo da *cognitio* era possível a execução específica destinada a entrega de coisa determinada (com a conversão em pecúnia apenas no caso de impossibilidade de execução direta), o que não havia sido concebido nos períodos precedentes. Trata-se de passo importante à efetividade da execução - um dos pontos fundamentais do direito romano, consoante a doutrina.⁶¹⁵

No período Justinianeu (Século VI da era cristã), com a consolidação do poder público e a transformação da mentalidade dos cidadãos, alheados do primitivo individualismo e acostumados com a autoridade do Estado, a execução realizava-se pela autoridade estatal, assim refreando o particular em seu ímpeto de vingança, retirando caráter penal e reduzindo a agressão contra o patrimônio do executado às justas proporções da obrigação descumprida. Da execução indireta, isto é, do esforço para satisfazer o credor através da aplicação de meios que atuam sobre a vontade do devedor, o direito romano volta-se à execução direta, ao permitir e exigir que o objeto a que tem direito o credor seja retirado do devedor e alcançado ao exequente.⁶¹⁶

As invasões bárbaras na Itália representaram retrocesso no direito romano, que já havia eliminado a autotutela e a execução pessoal, com a intervenção estatal nos litígios e dosagem na invasão patrimonial imposta ao executado. O direito dos invasores desenvolvia-se à margem da interferência do poder público, reconhecendo-se aos particulares grande dose de autonomia, com abusos que não eram reprimidos pela rudimentar organização política do Estado.⁶¹⁷

Nos domínios das civilizações bárbaras, o estado não tinha, nem meios, nem autoridade, nem competência para interferir nas contendas entre particulares. Os povos germânicos eram profundamente individualistas e a civilização era atrasada e não se acomodava sob a autoridade de um estado forte, a exemplo dos romanos. A doutrina, em

⁶¹² DINAMARCO, 2002, p. 49.

⁶¹³ CUENCA, 1957, p. 132.

⁶¹⁴ SCIALOJA, 1954, p. 298.

⁶¹⁵ DINAMARCO, op. cit., p. 52.

⁶¹⁶ ENGELMANN, 1969, p. 374.

⁶¹⁷ DINAMARCO, op. cit., p. 54.

razão disso, visualizou um notável retrocesso no direito romano, de volta às origens, especialmente se for considerado que já havia sido eliminada a autotutela e a execução pessoal como formas ordinárias de solução de litígios.⁶¹⁸

Consoante a doutrina, constituem características fundamentais da execução medieval a ausência de agressão patrimonial sem prévia cognição, salvo nos títulos executivos extrajudiciais, e o afastamento dos atos de autoridade privada. Além da execução pessoal, havia também a execução real, que corresponde à execução moderna. A execução pessoal, consistente na prisão por dívida em cárcere público, foi gradativamente sendo restringida, reservada a casos especiais.⁶¹⁹

No que diz respeito ao direito luso-brasileiro, cumpre referir que o direito português, a partir do século XIII, passou a receber influência do direito romano, especialmente por força da Universidade de Bolonha, graças à renovação dos estudos jurídicos através do método das glosas ao *Corpus Juris Civilis* e dos brocardos, que atraía estudantes de outros países, especialmente do recém criado reino de Portugal.⁶²⁰

No século XV editaram-se as Ordenações Afonsinas. Nessa época ainda havia aplicação subsidiária de preceitos contidos em leis imperiais, nas glosas de Acúrsio e na opinião de Bartolo. Depois vieram as Ordenações Manuelinas (século XVI) e as Filipinas (século XVII). Logo após, a Lei da Boa Razão restringiu a aplicação do Direito Romano.⁶²¹

O caminho normal, segundo a doutrina, era pedir a execução per *officium iudicis*, observadas as formas estabelecidas nas Ordenações Filipinas, Livro III, título 86 e seguintes. Quanto aos instrumentos, o direito português, em vez de reconhecer-lhes execução aparelhada, admitiu que servissem de fundamento a uma ação sumária especial, chamada “assinação de dez dias” (Ordenações, Livro III, Título 25) e a sentença assim conseguida poderia ser depois executada pelas vias ordinárias.⁶²²

Ainda, diziam as Ordenações que na execução específica das obrigações de entrega de coisa ao devedor “assinar-lhe-ha o Juiz da execução termo de dez dias, a que entregue, se hi for achado. E não sendo hi achado, será citado para lhe assinarem o dito termo a sua revelia, se não acudir a citação. O qual termo passado, se a não entregar, se tirará logo em effeito de poder da parte condenada, sem mais para isso ser citada, e será entregue ao vencedor.”⁶²³

⁶¹⁸ DINAMARCO, 2002, p. 45-55.

⁶¹⁹ Ibid. p. 63-65.

⁶²⁰ Ibid., p. 66.

⁶²¹ Ibid., p. 67-68.

⁶²² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 31-32.

⁶²³ PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste, 1984, Livro III, Título LXXXVI, 15.

No direito brasileiro anterior, até 1850, estavam vigentes as Ordenações lusitanas. A partir de então, o regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, passou a regular “a ordem do Juízo no Processo Commercial”. Tal decreto, embora regulasse a execução de sentença, a assinação de dez dias e a ação executiva, era omissa quanto à execução forçada das obrigações de fazer e não fazer.⁶²⁴ Não obstante, havia na prática tal execução, a qual era disciplinada pela doutrina e jurisprudência, que se aproximou daquilo previsto no CPC de 1973. Nessa época, portanto, já não se falava mais nas medidas corporais destinadas a convencer o executado a cumprir a obrigação, consoante a doutrina de Dinamarco.⁶²⁵

Em 1890, o decreto 763, de 19 de setembro, “manda observar no processo das causas cíveis em geral o regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, com algumas exceções e outras providencias”.⁶²⁶ O regulamento previa a ação executiva, fundada em títulos extrajudiciais. Pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro um diploma legislativo deu eficácia executiva a atos extrajudiciais.⁶²⁷

⁶²⁴ No entanto, regulava a execução “das sentenças sobre acção real, ou cousa certa, ou em especie” nos seguintes dispositivos: Art. 571. Quando o réo fôr condemnado por sentença a entregar cousa certa, será citado para em 10 dias fazer a entrega della. Art. 572. Si o réo dentro em 10 dias não entregar a cousa por ter sido alienada depois de litigiosa (art. 494), a sentença será executada contra o terceiro, de cujo poder se tirará a cousa, sem que seja ouvido antes de ser ella depositada. Art. 573. Póde tambem o exequirente, em vez de executar sentença contra o terceiro, executar o condemnado pelo valor della, si já se achar estimado na sentença, ou requerer o juramento in litem, que será prestado e regulado conforme os arts. 172, 173 e 174. Art. 574. Si o vencido não tiver com que pague a estimação da cousa que alienou em fraude da execução, será preso até pagar, ou até um anno si antes não pagar.

⁶²⁵ DINAMARCO, 2002, p. 76.

⁶²⁶ O Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, considerando: Que as normas prescriptas para os processos das acções cíveis difficultam e muitas vezes embaraçam a liquidação dos direitos e interesses em litigio, não só pela sua excessiva morosidade, como pelos pesados gravames que acarretam ás partes; Que a conservação de taes normas não se justifica por qualquer motivo de ordem superior, ou se trate de garantir pela amplitude da discussão a indispensavel exposição e fundamento do direito dos litigantes ou se trate de assegurar a acção da justiça por um completo esclarecimento do juizo; Que ao contrario as formulas complicadas e dilatorias do regimen vigente, como o tem demonstrado a experiencia, não servem sinão para favorecer as pretensões desprotegidas de direito e da justiça; Que, finalmente, não ha fundamento em direito para que os interesses, sujeitos á competencia, do fôro civil, não sejam igualmente resguardados pela garantia de uma justiça prompta e efficaz; Decreta: Art. 1º São applicaveis ao processo, julgamento e execução das causas cíveis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de novembro de 1850, excepto as que se conteem no titulo 1º, no capitulo 1º do titulo 2º, nos capitulos 4º e 5º do titulo 4º, nos capitulos 2º, 3º e 4º e secções 1ª e 2ª do capitulo 5º do titulo 7º, e no titulo 8º da primeira parte. Paragrapho unico. Continuam em vigor as disposições legaes que regulam os processos especiaes, não comprehendidos no referido regulamento. Art. 2º Perante o juiz que accumular a jurisdicção civil e commercial, serão propostas as causas respectivas sem discriminação das duas competencias, seja qual for a natureza do feito com relação ás pessoas ou ao seu objecto. Onde, porém, houver vara privativa do commercio, a acção será proposta perante o juizo competente, com indicação especificada da jurisdicção. Art. 3º A excepção ou allegação de incompetencia, sob o fundamento de ser a causa civil ou commercial, não póde ser opposta depois da contestação; e sendo omittida ou julgada improcedente, não se annullará mais o feito por motivo dessa incompetencia, nem ex-officio, nem a requerimento das partes. Art. 4º Revogam-se as disposições em contrario.

⁶²⁷ Das acções executivas - Art. 308. Compete esta acção: § 1º Aos fretes de navios (titulo VI parte II Codigo). § 2º Aos fretes e alugueis de transporte por agua ou por terra (Cap. VI Tit. III parte I Codigo). § 3.º As despesas e commissão de corretagem (art. 64 Codigo). Art. 309. Para ser concedido o mandado executivo é essencial que a petição que o requer seja instruida com os documentos seguintes: § 1º Com a carta de

Finalmente, no século XX, com a edição dos códigos estaduais, são introduzidos aperfeiçoamentos, afinal, o regulamento 737 já contava, a essa altura, com mais de meio século quando adveio o regime da legislação descentralizada e, justamente nesse meio século, tomou “alento científico a técnica do processo civil”.⁶²⁸

O CPC de 1939 foi produto de evolução científica do processo civil na Europa ocorrida a partir de meados do século XIX. A doutrina destaca, dentre várias características, a adoção da oralidade, de Chiovenda. Este, com base na experiência deduzida da história, conclui que o processo oral é, com ampla vantagem, mais conforme à natureza e às exigências da vida moderna, e proporciona uma decisão com economia, simplicidade e presteza. Chiovenda, ao observar a história do processo civil, demonstra que o processo romano foi oral, porque a prova destinava-se à formação do livre convencimento do juiz, baseado na imediata observação dos elementos da cognição, ao passo que no antigo processo germânico o procedimento foi oral, porém devido à razões exteriores. Desaparecendo essas razões, o processo medieval italiano lentamente se transformou de oral em escrito, por influência do caráter formal da prova germânica e do sistema da prova legal que dela se originou. Já o processo ordinário do direito comum determinou a formação dos processos escritos e, a partir do século XVIII, por obra da doutrina, teve início uma lenta reação, que conduziu à restauração da oralidade.⁶²⁹

Esse diploma processual eliminou a assinação de dez dias e deu nova feição à ação executiva, a partir do art. 298, num procedimento especial sincrético. A execução

fretamento ou conhecimento de frete e recibo de descarga e entrega, no caso do § 1º do art. 308. § 2º Com a cautela e recibo respectivo (arts. 100 e 109 Código). § 3º Com as facturas ou minutas das negociações, ou certidões extrahidas dos livros dos corretores, no caso do § 3º do art. 308. Art. 310. O mandado executivo deve determinar que o réo pague in continente, ou se proceda a penhora nos bens que elle offerecer ou lhe forem achados, tantos quantos bastem para pagamento da divida e custas. Art. 311. Accusada a penhora, serão assignados seis dias ao réo para allegar seus embargos. Art. 312. Si dentro dos seis dias o réo não allegar embargos, será a penhora julgada por sentença, e se proseguirá nos termos ulteriores, como na execução da sentença. Todavia poderá o réo appellar da referida sentença. Art. 313. Dentro dos seis dias assignados, poderá o réo produzir testemunhas, e protestar pelo depoimento da parte. Art. 314. Com os embargos, documentos, e prova testemunhal, si a houver, serão os autos conclusos ao Juiz, que receberá ou rejeitará os embargos. Art. 315. Si forem recebidos os embargos, o Juiz assignará ao autor cinco dias para contestal-os; depois da contestação terá logar a dilação das provas que será de dez dias, e arrazoando o autor e réo, dentro de cinco dias cada um, será a causa julgada afinal. Art. 316. Si forem rejeitados, se procederá na fórma do art. 312. Art. 317. Si o réo appellar, não poderá o autor sem fiança receber o paga mento. Art. 318. Quando a penhora executiva fôr para pagamento de fretes, será feita nas mercadorias que deverem os fretes, sómente nos casos seguintes: § 1º Si tiverem sido préviamente embargadas, ou depositadas a requerimento do capitão (arts. 527 e 619 Código), ou pelo commissario ou conductor. § 2º Si ainda se acharem em poder do dono ou consignatario, dentro ou fóra das estações publicas (arts. 527 e 619 Código, e art. 520 deste Regulamento). Art. 319. Si as mercadorias depositadas ou embargadas tiverem sido vendidas, por serem de faci deterioração, ou de guarda arriscada e dispendiosa, a penhora se fará de preferencia no preço dellas.

⁶²⁸ DINAMARCO, 2002, p. 75.

⁶²⁹ CHIOVENDA, 1969, v. 3, p. 46-47.

propriamente dita era de títulos judiciais apenas, pela via ordinária, e a execução das obrigações de fazer foi regulada a partir do art. 998 do CPC.

Nessa época, Liebman chegou a afirmar que as obrigações de fazer ou não fazer eram, em maior ou menor extensão, inexequíveis. Isso pelo fato de que o cumprimento dessas obrigações depende necessariamente da vontade do devedor de praticar uma atividade ou abster-se dessa prática, e parece que nesses casos a prestação ou abstenção voluntária do próprio obrigado se torna insubstituível e não existe possibilidade prática de dar ao credor satisfação na forma específica pelos meios executivos.⁶³⁰

A essa dificuldade real, acrescenta outra, de caráter jurídico, pois enquanto o emprego da força aparece legítimo quando realizado pelos órgãos de execução sobre as coisas, acaba suscitando reações por parte da doutrina quando se cogita do emprego da força sobre a pessoa do obrigado para constrangê-lo ao cumprimento da obrigação. Chega, até mesmo, a mencionar o esforço de encontrar meios de induzir o devedor ao cumprimento voluntário da obrigação, sob a ameaça de pesadas sanções, como fez a jurisprudência francesa, com o sistema das *astreintes*.⁶³¹

Segundo Liebman, chama-se *astreinte* a condenação pecuniária proferida em razão de tanto por dia de atraso, destinada a obter do devedor o cumprimento de obrigação de fazer pela ameaça de uma pena suscetível de aumentar indefinidamente. Caracteriza-se a *astreinte* pelo exagero da quantia em que se faz a condenação, que não corresponde ao prejuízo real causado ao credor pelo inadimplemento, nem depende da existência de tal prejuízo. Cita, ainda, a doutrina e jurisprudência francesas e registra que se trata de uma pena imposta com caráter cominatório para o caso de o obrigado não cumprir a obrigação no prazo fixado pelo juiz. Refere, também, que a jurisprudência francesa aplica idênticos meios nas obrigações de não fazer, embora considere “duvidoso que se incluam rigorosamente na figura das *astreintes*”.⁶³²

Liebman ainda menciona, além das *astreintes*, o *contempt of court* do direito inglês e a condenação em multas pecuniárias, sem limites de importância, e prisão até seis meses, consoante § 888 da ZPO alemã. Todavia, admite que esses meios coativos não têm propriamente caráter executório, porque visam a conseguir o adimplemento da obrigação pela prestação do próprio executado, compelido a cumpri-la para evitar as pesadas sanções que o

⁶³⁰ LIEBMAN, 1946, p. 337.

⁶³¹ Ibid., p. 334-337.

⁶³² Ibid., p. 337-338.

ameaçam. Por fim, confessa que o direito brasileiro não conhece nada comparado a esses meios executivos, o que torna a tutela dessas obrigações muito menos eficiente.⁶³³

Então, sob a vigência do CPC de 1939, a partir do art. 998⁶³⁴, consoante Liebman, proferida a “condenação” a praticar ato ou abster-se dele, ou a prestar determinado serviço, era ao executado indicado prazo para cumprimento. Se não cumprisse, caberia ao exequente escolher entre o prosseguimento da execução pela obrigação subsidiária de perdas e danos e a realização por parte de terceiro da obra ou serviço devido, à custa do executado.⁶³⁵

Já o art. 1.005 do CPC de 1939 dispunha, para o caso de obrigação que só pudesse ser executada pelo devedor pessoalmente, que o juiz fixasse cominação pecuniária, mas não podendo esta exceder o valor da prestação, afirmava a doutrina que se tratava apenas de fixação antecipada, e talvez parcial, das perdas e danos.⁶³⁶

Tal o pensamento da época, fruto da nítida influência do liberalismo, mas também, talvez, pelo fato de que, pela dicção legal, a multa não exceder o valor da prestação, daí não poderia ser comparada à técnica da *astreinte* francesa.

Com a edição do CPC de 1973 (Codigo Buzaid), consoante a doutrina, a mais significativa alteração foi a equiparação dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais. O

⁶³³ LIEBMAN, 1946, p. 339.

⁶³⁴ Da execução das obrigações de fazer ou não fazer: Art. 998. Se a execução tiver por fim a prática ou abstenção de qualquer ato, ou a prestação de serviço, citar-se-á o condenado para cumprir a condenação no prazo que a sentença determinar, ou no fixado pelo juiz, após arbitramento, se necessário. Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso. Art. 1.000. Se o fato consistir em obra, ou serviço, que possa ser feito por terceiro, o exequente poderá requerer seja avaliado o serviço, ou obra, e feito á custa do executado, mediante concorrência em hasta pública. Parágrafo único. O arrematante prestará caução, arbitrada pelo juiz que atenderá ao valor da indenização, em caso de inexecução, demora ou má execução da obra. Art. 1.001. Arrematada a obra, os respectivos pagamentos serão adiantados pelo exequente, que poderá exigir desde logo, do executado o total do custo, mediante execução pela forma estabelecida para a condenação por quantia certa. Art. 1.002. Dando o arrematante por cumprida a sua obrigação, assim o julgará o juiz, se não houver oposição do exequente. No caso de oposição, o juiz, após a vistoria, decidirá se a obrigação está, ou não, cumprida. Art. 1.003. Se a obra não for feita no prazo marcado, ou se a execução for incompleta, ou defeituosa, o exequente poderá, autorizado pelo juiz e feito arbitramento, concluí-la ou concertá-la, correndo as despesas por conta da caução depositada pelo arrematante. Art. 1.004. Se o exequente preferir a indenização das perdas e danos, far-se-á a liquidação, prosseguindo-se como na execução por quantia certa. Art. 1.005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação. Art. 1.006. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade e, s erá esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado. § 1º Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta. § 2º Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo. Art. 1.007. O réu condenado a abster-se da prática de qualquer ato será citado, sob as cominações da sentença, para o não praticar. Parágrafo único. Contravindo o executado a proibição, a pena lhe será imposta pelo processo estabelecido para as medidas preventivas (art. 685).

⁶³⁵ Ibid., p. 339-340.

⁶³⁶ Ibid., p. 340, nota 5.

Código eliminou a medieval ação executiva e hoje autoriza execução pura para títulos judiciais ou extrajudiciais.⁶³⁷

Consoante a doutrina, o modelo original do CPC reservou o livro II ao processo de execução e separou a atividade executiva da cognitiva, e fez com que a sentença condenatória abrisse caminho à execução, a partir do art. 583, atualmente revogado.⁶³⁸

Sem dúvida, na elaboração do CPC de 1973, profundamente influenciado pelo processualismo,⁶³⁹ como antes referido, havia o pensamento de que o inadimplemento de um fazer ou não fazer gerava apenas indenização.

Tal afirmação encontra-se no Digesto: *quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus* (CELSO, Dig. 42, 1, 13, 1) e nas observações de comentadores, como Bartolo: *quando est in obligatione rem dari, quis praecise compellitur; in obligationibus autem facti quis non praecise compellitur; sed liberatur solvendo interesse* (Comentário à lei 1, Dig. *De actionibus empti venditi*, 19, 1) e Antonio Fabro: *Nemo praecise potest cogi ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non potest, ideoque in obligationibus faciendi succedit praestatio eius quod interest* (*Rationalia*, Genebra, 1926, em comentário à lei 6, pár. 2 Dig. liv. VIII, tit. 5). De sorte que a expressão *nemo praecise potest cogi ad factum* é de ser atribuída ao comentador Fabro, no ano de 1626, consoante Liebman.⁶⁴⁰

Significa, consoante João Calvão da Silva, que “ninguém pode ser coagido precisamente (de uma maneira absoluta) a realizar um facto, porque isso não pode ser feito *sine vi et impressione*, isto é, ‘sem violência (coacção) e sem opressão (impressão-choque)’”, visto que “nas obrigações de fazer, se sub-roga à prestação o pagamento do *id quod interest*”.⁶⁴¹

A doutrina, de modo geral, menciona que essa ideia contribuiu decisivamente para que na tutela específica a impossibilidade da realização da obrigação *in natura* fosse substituída pelo equivalente monetário, isto é, da entrega do valor equivalente ao da obrigação descumprida.⁶⁴²

⁶³⁷ DINAMARCO, 2002, p. 83.

⁶³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42.

⁶³⁹ MITIDIERO, 2010, passim.

⁶⁴⁰ LIEBMAN, 1946, p. 334-335.

⁶⁴¹ SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 218-219.

⁶⁴² RIBEIRO, Darci Guimarães. O processo no direito comparado. In: DA TUTELA jurisdicional às formas de tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 189.

De referir-se, outrossim, que a expressão também se fez presente nos ordenamentos jurídicos do fim do século XIX até a metade do século XX, a exemplo do art. 1.142 do Código Civil Francês, manifesto reflexo dos princípios de liberdade e de defesa da personalidade, próprios do pensamento do Estado Liberal, do liberalismo econômico, do racionalismo iluminista e do jusnaturalismo. Tal era a força desse pensamento, que encerrava a impossibilidade de constranger o devedor ao adimplemento específico da obrigação, com a necessidade de a prestação ser convertida em pecúnia.⁶⁴³

Não havia como se obter a tutela in natura da prestação inadimplida, mas apenas a sua conversão em dinheiro, até porque o Estado, nessa época, não estava preocupado em garantir ao credor o bem objeto do contrato, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, para o que bastava uma sanção negativa, como a nulidade ou o pagamento em pecúnia.⁶⁴⁴

Como refere Luiz Guilherme Marinoni, “o Estado liberal, para dar garantia de liberdade às pessoas, não podia interferir na esfera jurídica do particular, e, por essa razão, não poderia assegurar, diante do inadimplemento do contrato, a entrega do próprio bem contratado ou a tutela jurisdicional específica.”⁶⁴⁵ Utilizava-se a técnica da sub-rogação acaso inadimplidas as obrigações de fazer ou não fazer, uma evidência à característica da substitutividade da jurisdição, de Chiovenda.⁶⁴⁶

Segundo Daisson Flach, o procedimento do Código de 1973 refletia orientação para a patrimonialização dos direitos e “unificação dos meios executórios”. Tal orientação derivava do desapego ao direito material, o que reduzia a atividade executiva à técnica da expropriação, independente da natureza da prestação a que se obrigou o executado.⁶⁴⁷

O que determina a patrimonialidade executiva do Código Buzaid, atentou bem a doutrina, é a sacralização da autonomia individual e de sua incoercibilidade (*nemo ad factum praecise cogi potest*). Por debaixo da patrimonialidade pulsava, na verdade, a proteção ao valor liberdade individual.⁶⁴⁸

A execução, portanto, limitava-se apenas ao patrimônio do executado, com medidas sub-rogatórias que, por definição, não lhe forçavam a vontade. Não era possível, enfim, coagir

⁶⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3: Execução, p. 33-34.

⁶⁴⁴ Ibid., p. 72.

⁶⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 383.

⁶⁴⁶ CHIVENDA, 1969, v. 2, p. 3.

⁶⁴⁷ FLACH, Daisson. A nova execução de títulos extrajudiciais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **A nova execução de títulos extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 32.

⁶⁴⁸ MITIDIERO, 2010, p. 187.

a vontade do executado, exigindo-se a sua colaboração para obtenção da tutela jurisdicional. Também, evidenciou-se que as técnicas processuais executivas, voltadas à agressão do patrimônio do executado, estavam todas previstas em lei, a saber, as técnicas processuais típicas.⁶⁴⁹

Lembre-se que os parágrafos 1 a 7 do art. 634, atualmente revogados pela Lei 11.382/2006, exigiam concorrência pública, com a necessidade de perícia, publicação de editais, prestação de caução e uma péssima condição negocial, o que gerava total desinteresse de terceiros na prestação do fato.

Em suma, consoante a doutrina, o CPC Buzaid foi completamente incapaz de viabilizar as tutelas dos direitos que não dependiam de prestações do demandado e, assim, não requeriam as modalidades executivas disciplinadas originariamente pelo Código.⁶⁵⁰

6.2 Uma Reviravolta Cultural. Os Meios Executivos devem ser Adequados à Tutela dos Direitos Coletivos. A Tutela Coletiva Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer e a Teoria da Tutela Mandamental

Esse pensamento, que predominou, praticamente, até a primeira reforma do Código Buzaid (1994), não tinha em mente os direitos não patrimoniais, personalíssimos e transindividuais. Na verdade, o modelo executivo original do CPC era impotente para viabilizar, por exemplo, a tutela ressarcitória na forma específica, como despoluir um rio, a tutela inibitória, como não divulgar um segredo, e a tutela de remoção do ilícito, como apreender uma propaganda abusiva. Enfim, não viabilizava a tutela específica dos direitos, apenas permitia a tutela ressarcitória pelo equivalente monetário.⁶⁵¹

Apenas havia, nesse período, um sistema processual civil totalmente dominado pela ideia de dano e ordenado à prestação de uma tutela jurisdicional tão-somente repressiva, não havendo nenhum dispositivo idôneo à viabilização de uma tutela preventiva, especialmente mediante abstenções.⁶⁵²

⁶⁴⁹ MITIDIERO, 2010.

⁶⁵⁰ MARINONI, ARENHART, 2007, p. 44.

⁶⁵¹ Essa mudança de mentalidade começa no Brasil com o Decreto-Lei 58/37, que estabelece a adjudicação compulsória do imóvel por parte do promitente comprador. Ainda, podem ser citadas, como pioneiras, porém restritas às obrigações de prestar declaração de vontade, as seguintes obras: VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade.** São Paulo: Saraiva, 1965. SANCHES, Sidney. **Execução específica.** São Paulo: RT, 1978. YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional das obrigações de prestar declaração de vontade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. De notar-se que a disciplina para o cumprimento específico das obrigações de prestar declaração de vontade está hoje no art. 466-A do CPC.

⁶⁵² MITIDIERO, op. cit., p. 185.

Cumpra referir, todavia, que em 1990 são publicados o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 84), com a previsão expressa da tutela específica das obrigações de fazer e não fazer da criança e do adolescente, além do consumidor, sendo grande responsável pela redação do art. 84 do CDC o processualista Kazuo Watanabe. O art. 461 do CPC, acrescentado pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, com modificações introduzidas pela Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002, reproduz esses dispositivos, e atualmente é considerado pela doutrina uma “norma de abertura ao direito material simplesmente indispensável para a tutela dos novos direitos próprios do Estado Constitucional”.⁶⁵³

Consoante a doutrina, ambos os diplomas legais contiveram disposição substancialmente idêntica, embora com pequenas diferenças de redação, à do anteprojeto de modificação do Código de Processo Civil elaborado pela Comissão nomeada pelo Ministério da Justiça em 1985, integrada por Luiz Antonio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Sérgio Bermudes, Joaquim Correia de Carvalho Júnior e o próprio Kazuo Watanabe. Tal anteprojeto foi publicado no Diário Oficial da União em 24.12.1985, suplemento n. 246, e a proposta nele contida consistia na criação de uma ação especial sob o nome de “tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer”.⁶⁵⁴

Porém, até 1994, outras matérias ficaram sem a solução da tutela específica, e, com o advento da Lei 8.952/1994 foi implementada a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Buscou-se, assim, o ideal Chiovendiano tantas vezes mencionado na doutrina, de que o processo deve dar a quem tem direito tanto quanto seja praticamente possível, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de conseguir.⁶⁵⁵

Acerca da famosa afirmação de Chiovenda determinado setor da doutrina formula uma espécie de crítica, que merece certa atenção. Marinoni, por exemplo, afirma que embora a frase realce a necessidade de se dar “exatamente aquilo”, o próprio Chiovenda, nas suas Instituições, admite que o direito material pode deixar de ser efetivamente tutelado por ausência ou inadequação de técnica processual”.⁶⁵⁶

De fato, refere Chiovenda que, se, por sua natureza ou por falta de meios de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação não estão autorizados na lei, aquele bem não é conseguível no processo, salvo a

⁶⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

⁶⁵⁴ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, 1996, p. 93-94.

⁶⁵⁵ CHIOVENDA, 1949a, v. 1, p. 214.

⁶⁵⁶ MARINONI, 2006, v. 1, p. 137.

atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano.⁶⁵⁷

No entanto, não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural, já que pertence aos domínios da cultura, sofre seus influxos e caminha pelos corredores da história.⁶⁵⁸ Assim, a crítica de Marinoni não procede, já que no contexto cultural daquela época, em que Chiovenda formula sua teoria da jurisdição, a lei italiana apenas admitia os meios sub-rogatórios de execução.

Esse, a toda evidência, era o panorama vivenciado sob o “estado legislativo”, em que a jurisdição caracterizava-se pela atuação duma vontade concreta da lei. Esse era o espelho da cultura da época. Se não estava na lei italiana não se podia executar. Não havia atuação da vontade da lei quando se pensava noutra técnica executiva que não fosse a técnica da sub-rogação. Para a época, Chiovenda estava certo, ou, no mínimo, foi coerente com seu pensamento.

De notar-se que Chiovenda reconhecia a existência de meios executivos suficientes para a tutela específica de determinadas obrigações, embora não houvesse a previsão legal necessária para a sua utilização, o que evidenciava essa característica marcante do Estado Legislativo, ou seja, uma atividade jurisdicional plenamente vinculada à lei.

Portanto, de acordo com o processualista italiano, por meios executivos se entendem as medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais colocarem em prática para o fim de obter-se que o credor logre praticamente o bem a que tem direito. Esses meios executivos podem dividir-se em meios de coação e de sub-rogação.⁶⁵⁹

Dizem-se meios de coação aqueles em que os órgãos jurisdicionais tendem a fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito com participação do obrigado, e, pois, se destinam a influir sobre a vontade do obrigado para que se determine a prestar o que deve. Tais são as multas, o arresto pessoal, os sequestros com função coercitiva etc.⁶⁶⁰

Já os meios de sub-rogação dizem-se aqueles com que os órgãos jurisdicionais objetivam, por sua conta, fazer conseguir para o credor o bem a que tem direito independentemente de participação e, portanto, da vontade do obrigado.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ CHIOVENDA, 1969, v. 1, p. 290.

⁶⁵⁸ MITIDIERO, 2010, p. 166.

⁶⁵⁹ CHIOVENDA, op. cit., p. 288.

⁶⁶⁰ Ibid.

⁶⁶¹ Ibid.

Acerca dessa divisão, Chiovenda confessa que o ordenamento italiano carece de uma praxe ou de uma norma geral que, a exemplo da de outros direitos (sistema das *astreintes* francês; *contempt of Court* inglês), autorize o juiz civil a aplicar multas ou outras penalidades como meio de sanção ou de coação.⁶⁶²

Portanto, Chiovenda reconhece a existência de bens que, por sua natureza, não admitem outra execução, a não ser por coação, visto não se poderem conseguir sem o concurso da vontade do obrigado: tais os bens conseguíveis com a prática de uma atividade não fungível da parte de um obrigado.⁶⁶³

Feitas todas essas observações, compreende-se o pensamento Chiovendiano na totalidade e no seu contexto cultural, e colhe-se a consequência de que, se, por sua natureza ou por falta de meios de sub-rogação, não se pode conseguir um bem senão com a execução por via coativa, e os meios de coação não estão autorizados na lei, aquele bem não é conseguível no processo, salvo a atuação (se possível, por sua vez) da vontade concreta de lei que deriva da lesão ou inadimplemento do direito a uma prestação; salvo, por exemplo, o direito ao ressarcimento do dano.⁶⁶⁴

E, aplicando essa consequência ao direito italiano, na época em que Chiovenda publica suas Instituições, tendo em vista tudo o que acima foi dito sobre os meios executivos nele admitidos, deve-se concluir que: a) pode haver execução pelas obrigações de dar em geral, mas somente pelos meios de sub-rogação, e não por meios de coação, os quais só são admitidos em casos especiais; se falta a possibilidade de prática de meios de sub-rogação, a execução é impossível. b) pode haver execução para as obrigações de fazer, mas unicamente com os meios de sub-rogação previstos em lei, e desde que a atividade devida pelo obrigado seja fungível, e não por meios de coação, porque não admitidos; se faltar a possibilidade prática da sub-rogação, ou se a atividade devida for infungível, é impossível a execução, salvo sempre o direito eventualmente derivado, como o ressarcimento dos danos. c) em respeito às obrigações de não fazer, visto faltar uma norma expressa de lei que autorize o único meio de sub-rogação concebível, isto é, o emprego da força para impedir a atividade vedada, por faltarem igualmente normas que autorizem meios de coação, deve-se considerar que não é possível a execução, salvo sempre os direitos derivados da lesão do direito imaginário.⁶⁶⁵

Esse, basicamente, também era o quadro existente no Código Buzaid, até 1994, já que o processo de execução tinha por objetivo promover a transformação do mundo fático, sem o

⁶⁶² CHIOVENDA, 1969, v. 1, p. 288-289.

⁶⁶³ Ibid., p. 290.

⁶⁶⁴ Ibid., p. 290.

⁶⁶⁵ Ibid., p. 290-291.

concurso da vontade do obrigado, a execução era vista como uma atividade necessariamente posterior à cognição, não era tarefa do juiz dar ordens às partes e a execução atuava tão-somente por meios sub-rogatórios,⁶⁶⁶ evidenciando uma tutela repressiva ou “sancionatória”.

Nesse contexto, a doutrina já alertava há muito tempo que uma tutela preventiva é muito superior à tutela sancionatória, já que garante o máximo de eficiência, daí a necessidade de revesti-la de formas procedimentais particularmente simples e expeditas, já que emerge da urgência, da iminência da ofensa, sendo necessário “armá-la de efetivo poder de coerção, através de medidas tendentes a influir no ânimo do provável infrator, com força bastante para induzi-lo à abstenção.”⁶⁶⁷

A partir de 1990 (CDC) e 1994 (CPC reformado), então, inverte-se o quadro. Sob a inspiração do valor efetividade ganha corpo a tutela *in natura* das obrigações de fazer e não fazer, só conversível em perdas e danos se impossível a obtenção do resultado prático correspondente ou não interessar ao autor. A tutela específica apenas não será concedida: a) se o credor não quiser, ou b) se for impossível a prestação na forma específica.

De acordo com Talamini, torna-se impossível o resultado específico “quando, com o não cumprimento pontual, desaparece objetivamente seu interesse (utilidade) para o titular do direito”. E acrescenta o seguinte: “para que ocorra a impossibilidade por perda de interesse, devem existir elementos concretos que afastem a utilidade do cumprimento tardio do dever”.

⁶⁶⁸

Trata-se, portanto, de uma verdadeira “reviravolta cultural”, na feliz expressão de Barbosa Moreira, e nem pode parecer exagerado mencionar que, com o Código Reformado, trata-se de algo mais do que uma reforma, trata-se de uma autêntica revolução.⁶⁶⁹ Cai por terra, definitivamente, o aforismo *nemo praecise potest cogi ad factum*.

O Código Reformado e o CDC dispensam ação de execução de sentença, na linha dos processos sincréticos, e quebram o princípio da tipicidade dos meios de execução, que fundou o CPC de Buzaid. O juiz está agora autorizado a determinar a modalidade de execução adequada a cada caso concreto, a exemplo do valor das *astreintes*, das medidas necessárias de apoio, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial e até mesmo o bloqueio de valores.

⁶⁶⁶ MITIDIERO, 2010, p. 179.

⁶⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: TEMAS de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980c, p. 25-26.

⁶⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 328-330.

⁶⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 83-84.

No concernente às obrigações de fazer ou não fazer, ainda no processo de conhecimento, consoante o artigo 461 e respectivos parágrafos (redação dada pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, e modificações da Lei n. 10.444, de 7 de maio de 2002), habilita-se o juiz a conceder tutela específica e determinar providências asseguradoras de resultado prático equivalente ao do adimplemento, valendo-se até de medidas de cunho material e assim de caráter mandamental ou executivo, além de requisição de força policial. Também não está afastada a possibilidade de antecipação da tutela, liminarmente ou no curso do procedimento (art. 461, § 3º).⁶⁷⁰

Portanto, o CPC reformado e o CDC se deram conta da necessidade de pensar os meios de execução a partir das tutelas dos direitos. Some-se a isso a necessidade de, uma vez prolatada a decisão da causa, impor-se o problema, no mais das vezes, de concretizá-la. E no direito processual civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, também essa atividade não escapa à influência da necessidade de estruturar-se o formalismo do processo na perspectiva dos direitos fundamentais e da cooperação entre as pessoas do juízo.⁶⁷¹

Essa concretização, como já referido, deve necessariamente passar pela coordenação entre os planos do direito material e do direito processual. Nesse sentido, à tutela dos direitos (eficácia e efeitos de conteúdo material) - tutela ressarcitória, restitutória, inibitória, de remoção do ilícito etc. - deve corresponder no plano processual uma tutela jurisdicional adequada (eficácia e efeitos processuais ou jurisdicionais), regida pelas normas próprias deste plano (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva *lato sensu*). Verifica-se, assim, que a tutela jurisdicional (plano do direito processual) serve à tutela do direito (plano do direito material).⁶⁷²

As obrigações do art. 84 do CDC e do art. 461 do CPC exigem uma atividade pessoal ou abstenção do devedor. Atuam sobre a vontade do obrigado.⁶⁷³ Diferente, nas obrigações de dar, o que interessa ao credor é a coisa que lhe deve ser entregue.⁶⁷⁴ Atuam sobre o patrimônio do devedor.

⁶⁷⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 152.

⁶⁷¹ MITIDIERO, 2009, p. 141.

⁶⁷² ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 7.

⁶⁷³ Na contramarcha da evolução, o CC/2002, quando tratou das obrigações de fazer infungíveis, dispôs da seguinte forma: Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Assim também a doutrina, de modo geral, afirma que “de referência à extensão do poder do credor, não se lhe permite exigir que a prestação seja satisfeita coativamente na forma específica se, para tanto, há que sacrificar a liberdade ou outros direitos personalíssimos do devedor. A obrigação de fazer converte-se em obrigação de dar, satisfazendo-se a prestação com o pagamento de perdas e danos, se não for das que por outrem podem ser cumpridas, à custa do devedor (GOMES, 2008, p. 48-49).

⁶⁷⁴ LIEBMAN, 1946, p. 334.

Atualmente, consoante a doutrina, a execução é direta (ou por sub-rogação), na qual o Estado prescinde da colaboração do executado para efetivar a prestação devida, e indireta, quando é imposta medida coercitiva que atua sobre a vontade do executado como forma de compeli-lo a cumprir a ordem judicial. Busca-se promover a execução com a “colaboração” do executado, para que ele cumpra a prestação devida.⁶⁷⁵

Na execução direta o Estado prescinde da colaboração do executado para efetivar a prestação devida e substitui a vontade do executado pela conduta do próprio Estado ou de terceiro. As medidas executivas são levadas a efeito mesmo contra a vontade do executado; sua vontade é irrelevante.

São adotadas medidas sub-rogatórias tais como o desapossamento, na execução para a entrega de coisa, a transformação, na execução das obrigações de fazer fungíveis (art. 634 do CPC) e a expropriação, técnica utilizada nas obrigações pecuniárias.⁶⁷⁶

Na execução indireta, em vez de o Estado tomar providências que deveriam ser tomadas pelo executado - a substitutividade de Chiovenda⁶⁷⁷ - ele força, por meio de pressão psicológica, que o executado cumpra a obrigação. A vontade do executado é importante. As medidas executivas contam com a participação do executado. São elas a coerção patrimonial, realizada através de multas, e a coerção pessoal, realizada através da prisão⁶⁷⁸

A doutrina clássica afirma que a execução indireta não é propriamente execução. Como as medidas de coerção indireta visam a que o próprio executado cumpra a obrigação, não poderiam ser confundidas com a execução, já que esta não se opera através do cumprimento.⁶⁷⁹ Fala-se em execução forçada.⁶⁸⁰

Marinoni e Arenhart, no entanto, destacam que se for necessário, para a tutela efetiva dos direitos, coagir indiretamente o devedor, por meio da imposição de multas, não se pode negar que se trata de forma autêntica de execução, aliás, imprescindível à tutela dos direitos e ao Estado Constitucional, e exemplificam com a tutela inibitória (que, em regra, é imposto um

⁶⁷⁵ Por todos, ASSIS, 2009, p. 136-140

⁶⁷⁶ Ibid., p. 144-146.

⁶⁷⁷ De acordo com Chiovenda, chama-se execução processual a atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida e que resulta de uma verificação (CHIOVENDA, 1969, v. 1, p. 285).

⁶⁷⁸ ASSIS, 2009, p. 140-144.

⁶⁷⁹ Por exemplo, CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires, EJEJA, 1971, p. 33, afirmava que “una breve reflexión enseña que si las medidas coercitivas tienden a obtener el cumplimiento, las mismas no tienen nada que ver con la ejecución, la qual, por definición, no opera a través del cumplimiento. Esto es tan cierto que si las medidas coercitivas no alcanzan su fin, no hay otra via para actuar em derecho, esto es para obtener que se alo que debe ser, que la de recurrir a la ejecución.”

⁶⁸⁰ LIEBMAN, 1946, p. 15.

não fazer sob pena de multa) e a tutela ressarcitória na forma específica (que se impõe mediante um fazer sob pena de multa).⁶⁸¹

Aliás, nas obrigações infungíveis o magistrado não poderá utilizar técnicas subrogatórias, já que, como anteriormente visto, estas modalidades de prestação de fato não podem ser cumpridas por terceiro, mas apenas por meio de técnicas executivas indiretas, como a coerção patrimonial e a coerção pessoal.⁶⁸²

Portanto, mesmo entre os remédios de natureza definitiva, prefere-se cada vez mais aqueles tendentes a prevenir o aparecimento do dano, e não apenas a reconduzir a situação litigiosa ao *status quo ante*. E isso porque, evidentemente, nem sempre se revela satisfatória ou adequada a modalidade tradicional de tutela sancionatória ou repressiva, seja sob a forma primária de restituição ao estado anterior, seja sob a forma secundária de ressarcimento em dinheiro.⁶⁸³ Basta pensar-se nos chamados “direitos absolutos”, ligados ao direito de personalidade, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, que merecem essa particular atenção.⁶⁸⁴

Quando trata do cumprimento da sentença sob a perspectiva do formalismo-valorativo, Guilherme Rizzo Amaral refere não haver razão convincente para tutelarem-se as obrigações de pagar quantia com técnicas menos agressivas do que as técnicas que servem de tutela às obrigações de fazer e não fazer. Tal fenômeno decorre, segundo pensa, duma supervalorização da propriedade no sistema capitalista atual, protegendo-a mais do que a própria liberdade do cidadão, o que é facilmente verificável no comparativo entre o sistema de tutela dos deveres de pagar quantia e dos deveres de fazer e não fazer.⁶⁸⁵

Todavia, cumpre referir que embora a tutela condenatória atue na fase da execução por meio da técnica da sub-rogação, não se pode afastar, de plano, a possibilidade de o juiz aplicar uma *astreinte*, de modo a dar mais efetividade à sua decisão, mas, ressalte-se que isso apenas poderá ocorrer eventual e excepcionalmente, a depender das circunstâncias do caso concreto, consoante a doutrina.⁶⁸⁶

⁶⁸¹ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 71. Sobre a polêmica, ainda, GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 30-34.

⁶⁸² ASSIS, 2009, p. 140.

⁶⁸³ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 112.

⁶⁸⁴ WATANABE, 1996, p. 94.

⁶⁸⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p.141.

⁶⁸⁶ Dentre outros, minoritariamente, MITIDIERO, Daniel. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: PROCESSO civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b, p. 96-105. ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 174-176. MARINONI, 2008, p. 450-457.

6.3 A concretização da tutela jurisdicional coletiva. Técnicas Processuais e Tutela Jurisdicional Coletiva

A tutela jurisdicional mandamental, nas sentenças relativas a obrigações de fazer e não fazer, encontra seu campo de aplicação porque atua sobre a vontade do devedor e não sobre seu patrimônio. De nada adianta, portanto, uma tutela condenatória para impedir um ilícito, seu prosseguimento ou agravamento. Esta é inadequada para tornar efetiva a tutela jurisdicional esperada, impondo-se a ameaça de medidas coercitivas. Prevalece a norma principal da efetividade sobre a segurança.⁶⁸⁷

A doutrina, de modo geral, ainda distingue a tutela específica do resultado prático equivalente nas obrigações de fazer e não fazer. Com efeito, algumas vezes, a tutela específica coincide com o ato do próprio devedor, enquanto noutras, o que importa é o resultado prático-jurídico equivalente ao ato do devedor. Na primeira hipótese está-se diante da infungibilidade prática e a execução específica somente poderá ser alcançada com a colaboração do devedor. Para induzi-lo, o sistema prevê meios de coerção indireta. Já a segunda hipótese prevê caso de infungibilidade apenas aparente, mas o ato não pode ser praticado por terceiro, a obrigação é infungível, cujo resultado pode ser obtido mediante provimentos jurisdicionais propiciadores da tutela específica, em que a própria decisão produz os efeitos do ato do devedor.⁶⁸⁸ A obtenção do resultado prático equivalente, ainda que próximo ao da prestação, não corresponde ao cumprimento da obrigação.⁶⁸⁹

Convém mencionar, ainda, que presta tutela específica a tutela pelo resultado prático equivalente, existindo diferença apenas no que tange à maneira como o direito material se realizará, pois o resultado alcançado pela tutela específica e pela tutela pelo resultado prático equivalente é o mesmo, o direito é protegido cabal e integralmente.⁶⁹⁰

Caso o credor requeira a conversão da tutela específica da obrigação em perdas e danos (art. 84, § 1º, do CDC), trata-se de direito potestativo de optar entre o cumprimento específico ou sua conversão, hipótese em que, como observa a doutrina, o sistema vem abrandando a rigidez imposta pelos princípios da demanda e da estabilidade da lide, em prol da efetividade.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 183.

⁶⁸⁸ WATANABE, 1996, p. 19-20.

⁶⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 186.

⁶⁹⁰ Nesse sentido MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória:** individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 157-161.

⁶⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 201.

Acerca das técnicas processuais existentes, as medidas coercitivas visam a pressionar o réu para que ele cumpra o mandamento judicial. Tal é a *astreinte*, técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que ele cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento.⁶⁹²

De origem francesa, as *astreintes*, a partir de intenso movimento da jurisprudência, ganharam fundamento geral e preciso com o surgimento da Lei 72.226, de 5 de julho de 1972. Atualmente, em vista da Lei 91.650, de 9 de julho de 1991, é possível dizer que o ordenamento francês traça com precisão os contornos dessa técnica. A doutrina menciona o art. 33 da seção 6 do Capítulo II da Lei 91.650, de 9 de julho de 1991, intitulada “L’astreinte”: “todo juiz pode, mesmo de ofício, ordenar uma *astreinte* para assegurar a execução de sua decisão”, e após afirma-se que “a *astreinte* é independente da indenização”, para concluir não haver dúvida acerca do caráter coercitivo da *astreinte*, já que não se confunde com a indenização e destina-se a assegurar a execução das decisões judiciais.⁶⁹³

De acordo com a doutrina, portanto, a multa possui natureza jurídica de técnica de coerção patrimonial⁶⁹⁴ e não de indenização,⁶⁹⁵ cujo destinatário é a parte e não o Estado,⁶⁹⁶ aplica-se tanto para os deveres de fazer fungíveis como para os infungíveis, estes são tutelados apenas através da multa e aqueles podem ser prestados também por terceiro,⁶⁹⁷ não está limitada pelo valor do dano ou da prestação inadimplida⁶⁹⁸ e exige proporcionalidade entre a efetividade e a segurança.⁶⁹⁹

De acordo com Alvaro de Oliveira, a multa deve ser fixada pelo juiz com prudência e bom senso, até de ofício, levando em conta de forma proporcional a norma principal da efetividade, de modo a compelir o demandado a obedecer a decisão e cumprir a obrigação assumida. A lei, nesse sentido, permite alterar o valor da multa ou a sua periodicidade, caso verifique sua insuficiência ou excessividade.⁷⁰⁰

Quanto ao momento que a multa pode ser cobrada, Amaral sustenta que, em caráter provisório, pode ser cobrada a partir da sentença de procedência até o seu trânsito em julgado.

⁶⁹² AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 85.

⁶⁹³ MARINONI, 1998, p.42. Para um quadro comparativo entre o sistema francês e o brasileiro, v. AMARAL, 2004, p. 48-53.

⁶⁹⁴ AMARAL, op. cit., p. 54. ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 186.

⁶⁹⁵ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 73.

⁶⁹⁶ AMARAL, op. cit., p. 75. ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 186.

⁶⁹⁷ AMARAL, op. cit., p. 91-98. MARINONI; ARENHART, op. cit., p. 75-77.

⁶⁹⁸ MARINONI; ARENHART, 2007, p. 77-78.

⁶⁹⁹ AMARAL, 2004, p. 103-105.

⁷⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, op. cit., p. 187.

Após, a execução passa a ser definitiva. Isso não impede a redução do valor da multa ou sua supressão, dado não ficar acobertada pela coisa julgada material, tendo em vista que é acessória.⁷⁰¹ Já Marinoni e Arenhart entendem que a multa só é exigível após o trânsito em julgado da sentença de procedência,⁷⁰² enquanto que para Dinamarco as multas só podem ser cobradas a partir da preclusão da sentença ou da decisão interlocutória que as concede.⁷⁰³

Descumprida em sede provisória e reformada na decisão final, como salienta Luiz Guilherme Marinoni, a prevalecer a tese de que o réu deve pagar a multa ainda quando tem razão, chegar-se-ia à solução de que o processo pode prejudicar o réu que tem razão para beneficiar o autor que não a tem. O autor estaria sendo beneficiado apenas por ter obtido uma decisão que afirmou um direito que ao final não prevaleceu.⁷⁰⁴

Além da multa coercitiva, outras técnicas processuais podem ser utilizadas para o adimplemento das obrigações de fazer ou não fazer, de acordo com o rol exemplificativo de medidas necessárias do §5º do art. 84 do CDC. Além dessas medidas, a jurisprudência admite o bloqueio de valores para custeio de tratamento médico e a doutrina destaca a impossibilidade do *contempt of court* no direito brasileiro, que está limitado à sanção do art. 14, V, § único, do CPC⁷⁰⁵.

Interessante o tratamento que o direito estadunidense confere às *injunctions*. Taruffo e Hazard Jr. as conceituam como uma decisão que ordena ao réu a realização de uma conduta ou sua abstenção de agir. Uma *injunction* que exige um fazer é chamada *mandatory injunction*. Aquela que exige um não fazer é denominada *prohibitory injunction*.⁷⁰⁶

Sobre a execução das *injunctions* do direito americano, extrai-se que em várias hipóteses a indenização em dinheiro é o único remédio prático. Todavia, em diversos casos que a indenização não é adequada, como por exemplo na repetição do ilícito (poluição), o órgão judicial simplesmente ordena ao réu que não pratique a conduta específica. Na maioria das vezes, uma *injunction* nesses termos é suficiente e violar a *injunction* poderá resultar em penalidades monetárias extremamente altas. Pode-se exigir o *financial security* para garantir o respeito à *injunction*, ou recorrer a outras técnicas executivas, como por exemplo que o réu exhiba relatórios periódicos de sua conduta, ou que um inspetor independente monitore o respeito da decisão, ou até mesmo que uma pessoa (administrador) assuma a direção das

⁷⁰¹ AMARAL, 2004, p. 213-224.

⁷⁰² MARINONI; ARENHART, 2007, p. 81-82.

⁷⁰³ DINAMARCO, 2003, v. 4, p. 540-541

⁷⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica:** arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109-110.

⁷⁰⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, 188-189.

⁷⁰⁶ TARUFFO; HAZARD JÚNIOR, 1993, p. 196.

atividades cobertas pela *injunction*. Geralmente essas medidas são tomadas quando a *injunction* envolve uma instituição pública.⁷⁰⁷

No caso das obrigações de fazer infungíveis, denominadas de *specific performance injunctions*, refere a doutrina que as cortes têm relutância em compelir a conduta pessoal, uma vez que seria impossível assegurar uma performance de boa-fé do artista. O resultado pode ser atingido indiretamente. O artista pode ser proibido de atuar, já que a inatividade seria contra os interesses do astro, ele provavelmente iria cumprir a obrigação.⁷⁰⁸

A derradeira sanção a ser aplicada ao devedor recalcitrante é o *contempt of court*. Significa a recusa em cumprir uma ordem do juiz. São duas espécies de *contempt*, o *civil contempt*, que consiste na prisão, ou numa penalidade em dinheiro, até que o “ofensor” concorde em cumprir a ordem, cujo propósito é coagir ao cumprimento. E o *criminal contempt*, que consiste em prisão ou multa monetária, para aquele que recusou o cumprimento da ordem, cujo propósito é punir o ofensor e prevenir outros de desobedecerem à corte. O *contempt* aplica-se no caso da ordem de fazer e de não fazer. Uma ação de indenização, por exemplo, não é executável via *contempt*, consoante a doutrina.⁷⁰⁹

Portanto, no direito americano não cabe prisão por dívida. Todavia, se o executado obstaculiza a localização de seus bens, poderá estar sujeito à *injunction* contra essa obstrução, executável via *contempt of court*. Importante registrar que a *civil* ou a *criminal injunctions* apenas podem ser impostas mediante prévio contraditório, denominado *order to show cause*. Tudo isso ocorre numa audiência denominada *show cause hearing*.⁷¹⁰ Geralmente a parte desiste da violação do preceito antes da audiência. No caso de aplicar o *criminal contempt* é necessária a prova do dolo e o *standard* probatório (modelo de constatação) é o mesmo exigido em casos criminais, *beyond a reasonable doubt*.⁷¹¹

Segundo Taruffo e Hazard Jr., o poder do *contempt* é essencial para manter a autoridade do órgão judicial em determinar as responsabilidades dos litigantes. Ao mesmo tempo, corre-se o risco de seu exercício arbitrário. Por isso, alguns sustentam que outro juiz

⁷⁰⁷ TARUFFO; HAZARD JÚNIOR, 1993, p. 197-198.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 202.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ No sistema brasileiro também não se pode afastar a defesa do demandado no cumprimento das sentenças relativas às obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC), que será exercida por simples petição, inclusive sem as restrições do art. 475-L do Código de Processo Civil. Nesse sentido ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 167.

⁷¹¹ TARUFFO; HAZARD JÚNIOR, op. cit., p. 203. Acerca dos modelos de constatação no direito probatório, v. KNIJNIK, 2007, passim.

deve ser designado para determinar o *contempt*. Enfim, a justiça do processo depende da imparcialidade e prudência dos juízes e não apenas das regras do procedimento.⁷¹²

A propósito do sistema brasileiro, recorde-se que a concretização da decisão que impõe um fazer ou um não fazer obedece “a um sistema atípico de técnicas processuais executivas”,⁷¹³ pois deve ser cumprida mediante a fixação de multa coercitiva (*astreintes*) ou imposição das “medidas necessárias” para a obtenção da tutela jurisdicional do direito da parte, tais como remoção de pessoas ou coisas, desfazimento de obras e impedimento da atividade nociva, se necessário com requisição de força policial (art. 84, §§ 4º e 5º, do CDC e art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC).

Por outro lado, afirma-se que o resultado prático equivalente excepciona a regra de que a decisão deve estar adstrita ao pedido. Imagine-se o exemplo de a parte solicitar o fechamento da indústria poluidora e o juiz determinar na sentença a instalação de um filtro, diante do princípio da execução menos gravosa para o devedor (art. 620 do CPC). Determinada doutrina afirma, nesse caso, a existência de uma verdadeira mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença.⁷¹⁴

Nessa mesma linha, diante de uma releitura do princípio da congruência, na qual se afirma que a única concordância exigida por ele é entre o pedido mediato e o bem da vida concedido pela sentença, sustenta-se que o §5º do artigo 84 do CDC traz verdadeira exceção ao princípio, ao possibilitar a entrega de bem da vida diverso daquele pretendido pelo demandante, desde que assim a este alcance o resultado prático equivalente àquele pretendido com o bem da vida originariamente postulado.⁷¹⁵

Todavia, na perspectiva do formalismo-valorativo, que toma por base a distinção entre técnica (meio) e tutela (fim), conclui-se que o juiz, para atingir determinado fim (tutela do ambiente) apenas utiliza-se de outra técnica processual, sem haver qualquer quebra no princípio da demanda ou do dispositivo em sentido material. As técnicas, portanto, independem de pedido e podem ser tomadas sem consideração ao princípio da demanda, em consonância com o “princípio da congruência”.⁷¹⁶

⁷¹² TARUFFO; HAZARD JÚNIOR, 1993, p. 204.

⁷¹³ MITIDIERO, 2011, p. 54.

⁷¹⁴ Entre outros, MARINONI, 2008, p. 104-107, ASSIS, 2006, p. 220.

⁷¹⁵ AMARAL, 2008, p. 156-157.

⁷¹⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, 2008b, p. 123.

7 COISA JULGADA

7.1. A Coisa Julgada como Expressão do Estado Constitucional

Ontologicamente, pode-se dizer que na sua essência, a coisa julgada identifica-se com o “julgamento”, com a “solução jurisdicionalmente imposta para dirimir a controvérsia entre os litigantes”.⁷¹⁷ Em que medida e como esse “julgamento” consubstancia a coisa julgada é que de fato ocupou o centro das atenções da doutrina que desafiou tratar desse tormentoso tema.

A coisa julgada, que de “segurança no gozo dos bens da vida, mediante a declaração definitiva da vontade da lei no caso concreto”,⁷¹⁸ e de “efeito declaratório da sentença”⁷¹⁹, passou a ser, indiscutivelmente, “qualquer coisa mais que se ajunta” (aos efeitos da sentença) “para aumentar-lhes a estabilidade”⁷²⁰, e assim “uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”⁷²¹.

Essa constatação, talvez uma das maiores contribuições de Liebman ao estudo do processo civil, só conseguiu ser alcançada porque o jurista peninsular constatou que “a lei confere efeitos à sentença ainda antes que passe em julgado”, a exemplo da “eficácia executória que tem normalmente a sentença não mais sujeita aos recursos ordinários”.⁷²²

Atualmente é ponto pacífico que a eficácia jurídica da sentença se distingue da autoridade da coisa julgada. Esta não é efeito da sentença.⁷²³ Todavia, ao perceber que os efeitos da sentença passada em julgado não perduram indefinidamente, sendo passíveis de futuras modificações ou de completo desaparecimento,⁷²⁴ Barbosa Moreira, após distinguir, com precisão, “efeitos” e “eficácia”, sendo esta “a aptidão para surtir os efeitos próprios”⁷²⁵, comprova que “a imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste todo o conteúdo decisório”.⁷²⁶

⁷¹⁷ MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 196.

⁷¹⁸ CHIOVENDA, 1949, v.3, p. 228.

⁷¹⁹ NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil** São Paulo: [s.n.], 1970, p. 502.

⁷²⁰ LIEBMAN, 1945, p. 22.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 16.

⁷²² *Ibid.*, p. 33.

⁷²³ *Ibid.*, p. 35-36.

⁷²⁴ *Ibid.*, p. 109

⁷²⁵ *Ibid.*, p. 100

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 112

Disso divergiu Ovídio Baptista da Silva e a partir daí iniciou-se uma interessante polêmica, tendo em vista que o jurista gaúcho limita a imutabilidade ao elemento declaratório, à “eficácia declaratória da sentença”.⁷²⁷

Se a coisa julgada cobre todo o conteúdo da sentença ou apenas seu elemento declaratório parece que razão assiste à Barbosa Moreira. Não faz sentido algum atribuir incontestabilidade apenas à declaração, em confronto, por exemplo, com uma modificação, característica do elemento constitutivo da decisão. A “dose de certeza”⁷²⁸ deve valer para todo e qualquer conteúdo decisório, aí compreendido o comando sentencial. Aliás, parece também evidente que “passada em julgado a sentença condenatória”⁷²⁹ não será mais possível discutir o direito do vencedor à execução da sentença.

Assim, é nesse julgamento que ganha estabilidade e se torna imutável ao precluir, diante da não-impugnação ou do esgotamento das vias recursais, que se verifica a coisa julgada. Assim, consoante o art. 467 do CPC, a coisa julgada consiste na “eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” Qualquer outro pronunciamento judicial não se revestirá da coisa julgada embora “possam revestir-se de algumas qualidades peculiares à coisa julgada - sobretudo uma certa estabilidade”,⁷³⁰ que se pode denominar de preclusão.

Atualmente, para além do enfoque técnico-processual, a coisa julgada legitima-se por finalidades de cunho social, como a desejável estabilidade das decisões judiciais, o prestígio da função jurisdicional do Estado perante a população, e a pacificação dos conflitos, visto que a lide pendente constitui-se em “fator desestabilizante e desagregador do tecido social”.⁷³¹

Não por acaso, ao lado do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, traduz a segurança jurídica no Estado Constitucional, consoante, aliás, preconiza o art. 5, XXXVI, da Constituição da República, de modo a preocupar-se com a previsibilidade dos atos estatais “como forma de transmitir segurança para que os cidadãos desenvolvam seus projetos de vida,” tendo em vista que “desempenha importante papel em defesa da segurança jurídica, uma vez que se destina a perenizar as situações normadas, imunizando-as frente às naturais irresignações dos supostos prejudicados.”⁷³²

⁷²⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: SENTENÇA e coisa julgada. 3. ed. Porto Alegre: Safe, [199?], p. 105.

⁷²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: TEMAS de direito processual civil: primeira série. Saraiva, 1984a, p. 82.

⁷²⁹ Ibid., p. 82.

⁷³⁰ MONIZ DE ARAGÃO, 1992, p. 197-198.

⁷³¹ MANCUSO, 2006, p. 117.

⁷³² PORTO; USTARROZ, 2009, p. 106-107.

7.2 A Coisa Julgada nas Ações Coletivas e a Necessidade de Formação Pro et Contra em Qualquer Situação

A instituto da coisa julgada, que mereceu, no início do século XX, atenção especial, por ninguém menos que Chiovenda, o qual percebeu tratar-se de um dos institutos jurídicos que apresenta mais deformações e degenerações históricas e que sofreu e sofre em razão de confusão e equívocos⁷³³, atualmente tem lugar de destaque na tutela jurisdicional coletiva.

Assim, esquematicamente, no processo coletivo, quando a demanda envolve a tutela de direitos difusos e coletivos, a coisa julgada atua *erga omnes*.⁷³⁴ Em alguns sistemas, a julgada *erga omnes* pode ter um temperamento, em caso de rejeição da demanda coletiva, por insuficiência de provas. Nesse caso, a sentença não faz coisa julgada e ação idêntica pode ser reproposta com base em provas novas. Essa solução foi adotada no Brasil, pelo que se verifica da leitura do art. 103, I, do CDC.

Consoante a doutrina, essa regra encontra sua origem na lei brasileira sobre Ação Popular, como uma espécie de salvaguarda eficaz contra a possível colusão entre demandante e demandado, que poderiam almejar uma coisa julgada *erga omnes* desfavorável ao autor popular, atingida pela via de uma atividade probatória insuficiente (art. 18 da Lei 4.717/65).⁷³⁵

Já a coisa julgada nos processos coletivos em defesa de direitos individuais homogêneos, pode atuar, em alguns sistemas, como o brasileiro, *secundum eventum litis*, consoante o art. 103, III, do CDC, e em outros ordenamentos, mediante os critérios do *opt in*, do *opt out*, ou de ambos.

⁷³³ CHIOVENDA, 1949, v.3, p. 227.

⁷³⁴ Em que pese o art. 16. da Lei 7.347/85, com a redação dada pela Lei 9.494/97, mencionar que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” ser evidentemente inconstitucional. A respeito, “... a distinção, defendida por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo que limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se *erga omnes*, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.” (BRASIL, STJ, REsp. 411.529/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 05.08.2008) Também, na doutrina, a ideia de que “os dispositivos são irrazoáveis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam as unidades iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas. Trata-se de evidente apropriação do direito processual pelo “Príncipe/Estado”, óbvio abuso do poder de legislar excepcionalmente atribuído ao Poder Executivo e que, no Estado Democrático de Direito, deveria ter vedado o uso do poder como se fosse seu “Soberano” ou “Supremo Magistrado”. DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2011, p. 147-148

⁷³⁵ BARBOSA MOREIRA, 1980, p. 12.

O critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua exclusão da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. Todos os demais membros da classe, que não tenham exercido a opção de excluir-se, são considerados parte e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa. O sistema exige ampla divulgação da demanda, por todos os meios de comunicação e - quando possível - até pessoal, para que os membros da classe que não queiram ser abrangidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, possam exercer seu direito de opção, retirando-se do processo.⁷³⁶

Nas *class actions* norte-americanas o critério do *opt out* é previsto apenas nos casos de ações coletivas do tipo (b)(3), também conhecidas como *opt out class actions*. Exige-se, nesse caso, uma notificação dos membros ausentes, pessoalmente, se possível (*Rule 23 (c)(2)(b)*), para que possam exercer o direito de auto-exclusão. Como nas ações coletivas dos tipos (b)(1) e (b)(2) não há o direito de *opt out*, por se tratar de *mandatory class actions*, não há direito de auto-exclusão e a notificação não precisa ser necessariamente pessoal.⁷³⁷

Consoante a doutrina, esse critério de auto-exclusão sofre sérias críticas porque a coisa julgada atingirá pessoas que não participaram da demanda, podendo prejudicá-las. Afirma-se que se deve respeitar o princípio de que só quem teve a oportunidade de ser ouvido (ou seja, a parte, sujeito do contraditório) pode ser submetido à eficácia da coisa julgada. Ademais, argumenta-se com a falácia do sistema de notificações fictas, das quais não pode surgir a presunção do conhecimento amplo da demanda por parte de todos os interessados.⁷³⁸

Diferentemente, o critério do *opt in* possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados que ingressem voluntariamente na demanda coletiva, tornando-se partes e sendo assim, colhidos pela coisa julgada, favorável ou não. Quem não manifestar sua vontade de inclusão no processo não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela. Essa técnica também exige uma ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem incluídos no processo.⁷³⁹

A escolha do *opt in* pode, em muitos casos, esvaziar o processo coletivo, frustrando seus ideais - sobretudo o de resolver, de uma vez por todas, litígios de massa, evitando a

⁷³⁶ MULHERON, 2004, p. 29-34.

⁷³⁷ Acerca do tema, com profundidade, GIDI, 2007, p. 143-190.

⁷³⁸ GRINOVER, 2008, p. 157.

⁷³⁹ MULHERON, 2004, p. 30.

multiplicação das demandas, decisões contraditórias e a fragmentação da prestação jurisdicional.⁷⁴⁰

O sistema brasileiro, que leva em consideração, por exemplo, a falta de informação e de conscientização a respeito dos direitos de grandes camadas da população, a dificuldade de comunicação, a dificuldade de acesso à justiça, adota a coisa julgada *secundum eventum litis*, apenas para beneficiar os membros do grupo. Todavia, faz-se mais do que necessária a necessidade de devida comunicação para os interessados e a possibilidade de opção em relação às ações coletivas (*opt out*), especialmente quando estiverem em jogo interesses individuais homogêneos.⁷⁴¹

Assim, a coisa julgada, no plano coletivo, atua *erga omnes*, tanto em caso de acolhimento como de rejeição da demanda, impedindo que novo processo coletivo seja intentado por qualquer legitimado, salvo se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas. Todavia, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada favorável pode ser imediatamente aproveitada, passando-se à liquidação e execução da sentença, enquanto a coisa julgada desfavorável não impede ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo.

Nesse caso, todavia, é preciso referir que a coisa julgada *erga omnes*, seja ela *secundum eventum probationis* (art. 16 da Lei 7.347/85 e art. 103, I e II, do CDC), ou *secundum eventum litis* (art. 103, III, do CDC), permite o *overload*, a saber, a convivência de ações coletivas e diversas ações a título individual, em prejuízo do funcionamento célere e expedito da máquina judiciária.

Desse modo, a coisa julgada *secundum eventum probationis* ou *secundum eventum litis*, com a solução apontada no direito brasileiro, viola o direito fundamental ao processo justo na dimensão da paridade de armas, porque privilegia os membros do grupo que, depois de vencidos na ação coletiva, ainda podem ajuizar ações individuais, enquanto o demandado, vencedor da ação coletiva, pode ser novamente acionado a título individual.

Ademais, inúmeras decisões contraditórias proferidas em processos individuais e ações coletivas, que acabam por transitar em julgado, violam a “igualdade diante da lei” e a “(falta de) segurança jurídica”, na medida em que pessoas em situação idêntica recebem tratamento diferenciado diante da lei, em evidente ameaça ao “princípio da isonomia”. Aliás, o julgamento contrário quanto aos interesses individuais homogêneos já é objeto de crítica

⁷⁴⁰ GRINOVER, 2008, p. 157.

⁷⁴¹ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/85. In: **A ação civil pública após 25 anos**. Coord. Édís Milaré, RT, 2010, p. 71.

pela doutrina por violar a isonomia, já que se o demandado lograr a improcedência do pedido isso não se revestirá da autoridade da coisa julgada material e não impedirá a continuação ou o ajuizamento de processos individuais.⁷⁴²

Além disso, como anteriormente referido, na ação coletiva passiva parece inviável vincular os membros do grupo em suas esferas individuais apenas mediante coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, já que essa demanda não funciona quando a sentença deva apenas ser favorável ao grupo de réus, pois o autor não se disporia a propor uma demanda coletiva em que não se formasse coisa julgada no caso de procedência da ação (!) mas apenas se o demandante fosse vencido na demanda (!).

Desse modo, adotada a *adequacy of representation*, que constitui sério instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos, consectário indelével é a escolha da extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos (critério do *opt out*), sobretudo quando se concede abertura da legitimação para agir à pessoa física e quando se prevê a ação coletiva passiva (*defendant class action*). Assim, apenas no caso de os interesses dos membros da classe estarem adequadamente representados, podem estes ser vinculados pelo resultado da demanda. Havendo, portanto, decisão judicial no sentido de que os membros da classe estão adequadamente representados, serão estes atingidos pela coisa julgada. Do contrário, não haverá vinculação dos membros do grupo ao resultado da demanda.⁷⁴³

Conveniente, ainda, no “marco teórico do formalismo-valorativo”, lembrar que constituem fatores externos do formalismo a realização de justiça material, a paz social, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*).⁷⁴⁴ A coisa julgada, nessa perspectiva, decorre do valor da segurança, que é inerente ao Estado Constitucional. Daí a necessidade de, num ambiente como o da modernidade líquida, próprio do mundo atual, em que as normas não propiciam total segurança, procurar-se minimizar a incerteza, através da coisa julgada,⁷⁴⁵ a ser formada *pro et contra*.

Aliás, mesmo a doutrina que defende a coisa julgada *secundum eventum litis* admite que a decisão contrária proferida no processo coletivo terá força de poderoso precedente e poderá ser utilizada pelo demandado, não para impedir o ajuizamento da demanda individual, como ocorreria se houvesse coisa julgada, mas para influir sobre o convencimento do juiz, e

⁷⁴² CASTRO MENDES, 2010, p. 64-70.

⁷⁴³ FREER, 2006, p. 722.

⁷⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 98.

⁷⁴⁵ Id., p. 101.

que a(s) demanda(s) individuais versarão sobre a mesma causa de pedir, já enfrentada vitoriosamente pelo demandado.⁷⁴⁶

E na esteira da adoção do sistema de precedentes obrigatórios, o juiz da demanda individual terá que respeitar o *stare decisis* da demanda coletiva, enfraquecendo, na prática, a coisa julgada *secundum eventum litis*. O sistema brasileiro, embora não adote expressamente esse sistema de precedentes, possui diversos dispositivos que ensejam ao órgão julgador respeitar as decisões já proferidas, a exemplo dos arts. 120, parágrafo único; 285-A; 475, § 3º; 481, parágrafo único; 518, § 1º; 543-A; § 3º; 543-C, § 2º; 544, § 4º, II, b e c; 557, § 1º-A; todos do CPC, e também do art. 103-A, da Constituição da República, que trata das chamadas “súmulas vinculantes”.

Assim, parece correto adotar-se parcialmente a solução prevista no Direito Português, a teor do disposto no art. 19º, nº 1, da Lei nº 83/95, que mostra a necessidade de um regime especial quanto ao âmbito subjetivo do caso julgado da decisão proferida na ação popular:

as sentenças transitadas em julgado proferidas [...] em acções cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, porém, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação”.

Quer dizer: o art. 19º, nº 1, da Lei nº 83/95 estabelece que, em princípio, o caso julgado é vinculativo para os terceiros interessados, exceto se estes tiverem exercido o direito de auto-exclusão previsto no artº 15º, nº 1, da Lei nº 83/95.⁷⁴⁷

Parece correto também mencionar que enquanto nos países de *common law* se concebe um processo coletivo apto a produzir coisa julgada material a favor e contra terceiros que não fizeram parte diretamente do processo, no Brasil “ficou-se a meio caminho, o que resultou na falência do processo coletivo como um instrumento de combate à massificação”.⁷⁴⁸

No sistema das *class actions* norte-americanas, por exemplo, considerada “adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido uma *fair notice* do processo, a coisa julgada vale para todos eles”. Todavia, verificada “possível ofensa às

⁷⁴⁶ GRINOVER, 2008, p. 158.

⁷⁴⁷ SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 128, out. 2005, p. 106-107.

⁷⁴⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**, v. 196, jun. 2010, p. 253. A propósito do “incidente de resolução de demandas repetitivas”, proposta contida nos arts. 930 a 941 do Projeto do CPC, para a resolução de problemas ligados à morosidade e à massificação dos litígios individuais, cumpre referir que a análise deste instituto transborda os limites deste trabalho, já que aqui se trata das ações coletivas “*stricto sensu*” e não da massificação dos litígios individuais. Sobre o tema do incidente de resolução de demandas repetitivas vide o excelente ensaio de AMARAL, 2010.

garantias do *due process of law*, o efeito declaratório do *decisum* se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório”⁷⁴⁹.

Nesse caso, consoante Michele Taruffo:

la clausola del due process porta ad escludere che si tratti di class action, e quindi la sentenza può vincolare soltanto le parti e i loro privies. L'estensione a tutta la class degli effetti della sentenza dipende così da una valutazione discrezionale del giudice, che stabilisce volta per volta, in base alle circostanze specifiche del caso concreto, se esista fair notice nei confronti di tutti i membri della class.⁷⁵⁰

De sorte que a solução mais adequada ao Estado Constitucional, consectário do direito fundamental ao processo justo, pode ser encontrada no art. 22 da Lei 12.016/09, que dispõe a respeito do mandado de segurança individual e coletivo. Esse dispositivo refere que “no mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.”

A coisa julgada, nesse caso, forma-se *pro et contra*, ou seja, produz efeitos em relação às pessoas e entidades vinculadas ao processo, mesmo quando a sentença, julgando o mérito, denegar a ordem. Excluem-se, evidentemente, os que optaram pela não vinculação ao processo. Realça-se o “sistema próprio de vinculação”, automática em relação a todos os substituídos que, tendo sido comprovadamente cientificados da impetração coletiva, não optaram pela exclusão.⁷⁵¹

E a cientificação adequada, nas ações coletivas, deverá depender das situações de cada caso concreto e levar em consideração diversos fatores como “o tamanho, a dispersão geográfica e o tipo de grupo”. Assim, a doutrina exemplifica ser suficiente o envio de uma simples carta, um e-mail, a afixação de cartazes onde o grupo costuma frequentar, a publicação de anúncios em revistas e jornais, a divulgação pela internet etc.⁷⁵² Basta, enfim, informar, de qualquer maneira que seja efetiva e adequada, aos membros do grupo.

O juiz não poderá, porém, negligenciar a cientificação adequada dos membros do grupo ausentes porque acredita na adequação do representante. Todavia, após julgada a ação,

⁷⁴⁹ CRUZE TUCCI, 1990, p. 27.

⁷⁵⁰ TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, 1969, p. 630.

⁷⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 800. Também, no sentido de que em sede de mandado de segurança coletivo “havendo julgamento com suficiência de provas, haverá coisa julgada *pro et contra*, ou seja, tanto no caso de procedência como de improcedência do pedido, nos termos do art. 22 da Lei 12.016, de 2009”, CASTRO MENDES, 2010, p. 283.

⁷⁵² GIDI, 2007, p. 213-242.

a adequada representação poderá sanar eventuais vícios da notificação⁷⁵³, a exemplo do que ocorre com a ausência de pressuposto processual erigido em função da paridade de armas entre as partes, cuja falta pode ser superada em determinados casos, possibilitando o julgamento de mérito da causa e mesmo a concessão da tutela jurisdicional do direito a favor daquele à quem aproveitaria a decretação da nulidade (art. 249, § 2º, do CPC).⁷⁵⁴

Ou seja, nessas condições, reconhecida judicialmente a adequada representação do porta-voz do grupo, propiciado o direito de auto-exclusão (*opt out*), mediante uma adequada notificação aos membros do grupo, decorrência natural disso é a formação da coisa julgada *erga omnes pro et contra*, como expressão do direito fundamental à segurança e à paridade de armas no processo civil coletivo, de modo a assegurar um processo coletivo justo no Estado Constitucional.

⁷⁵³ GIDI, 2007, p. 236.

⁷⁵⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 353.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve o objetivo de analisar a tutela jurisdicional coletiva numa perspectiva cultural e ligada aos direitos fundamentais, sob a ótica do método do formalismo-valorativo. Verificou-se que, superada a fase metodológica do processualismo, o instituto da ação mostra-se insuficiente para equacionar as relações entre os planos material e processual, já que todo o formalismo processual reage ao direito material. Partindo-se, então, do pressuposto de que o processo é produto da cultura do homem, impregnado de valores constitucionais e direitos fundamentais, concluiu-se que o direito constitucional de proteção ou tutela é que servirá de ponte entre o direito material e o direito processual.

No plano material, preocupado apenas em regradar a conduta dos sujeitos de direito e suas relações em sociedade, existem categorias de direito material, a exemplo de uma pretensão a reparar, caracterizada modernamente como “tutela dos direitos”, sendo a forma mais básica de tutela dos direitos a própria norma de direito material.

No plano processual, a tutela jurisdicional, regida pelas normas principiais da segurança e da efetividade e pelo princípio do dispositivo em sentido material ou próprio, com seus atributos próprios de imperatividade, deverá ser adequada à tutela dos direitos. Para tanto, o órgão judicial poderá utilizar-se de técnicas, que são meios para atingir o valor. Pode-se dizer que nesse plano importa fundamentalmente organizar o processo e melhor instrumentalizar a realização do direito material, para alcançar-se a justiça do caso.

Daí a solução de equacionar as relações entre o direito material e o processo no âmbito do processo coletivo com a adoção do binômio *tutela dos direitos coletivos - tutela jurisdicional coletiva*.

No que diz respeito ao objeto da ação coletiva, verificou-se que é imprópria a distinção entre ação civil pública e ação coletiva, já que pode relegar esta última a personagem de segunda categoria na defesa dos direitos coletivos. Ficou evidenciada a desnecessidade da distinção entre direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos, porquanto ambos devem ser considerados direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.

Também foi constatado que a legitimação *ad causam* para a propositura da ação coletiva é critério insuficiente para a plena consecução dos interesses dos membros do grupo.

Nesse sentido, deve o sistema adotar o controle da representação adequada pelo juiz, tudo para que seja conformada a justiça do caso, que deverá ser prestada com efetividade e adequação da tutela jurisdicional, mediante processo justo.

Assim, o ente legitimado deve também ser submetido ao controle judicial de sua representação adequada, para que atue de modo a defender vigorosamente os interesses dos membros do grupo, e, dessa forma, sejam levados ao processo os reais interesses dos titulares do direito, isto é, daqueles que não participam do procedimento em contraditório instaurado perante o órgão judicial.

Quando da análise da possibilidade de modificação da demanda após o saneamento do processo, concluiu-se que no direito processual brasileiro existe um rigoroso sistema de preclusões, herdado do processo comum medieval.

Todavia, foi demonstrada a necessidade de abrirem-se brechas nesse rigorismo formal. Para tanto, imperiosa a noção sociológica de lide, que empresta ao mérito do processo uma visão total, de modo a tutelar o direito material da forma mais ampla possível, a possibilitar a alteração da demanda para além do saneamento do processo.

No que pertine ao direito probatório, ficou evidenciado que em alguns casos é insuficiente o critério de atribuição fixa do ônus da prova. Com base no caráter dúplice das normas sobre o ônus da prova e principalmente na doutrina do ônus dinâmico da prova, procurou-se flexibilizar o esquema básico, especialmente quando a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada.

Na sentença coletiva, enfrentou-se o problema do controle de constitucionalidade concreto no 1º grau de jurisdição. Viu-se, primeiramente, que a arguição de inconstitucionalidade pode ser suscitada perante qualquer órgão judicial e este, caso assim o entenda, deixa de aplicar o ato inquinado.

A inconstitucionalidade incidental ou difusa também é tratada como questão prejudicial, porque precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. Desse modo, integra a causa de pedir e não o objeto da lide.

Originalmente tratada como via de defesa ou de exceção, era argumento do réu. Porém, atualmente, não é considerada simples defesa contra a aplicação de um ato inconstitucional, já que pode ser suscitada por qualquer dos sujeitos processuais e até ser pronunciada de ofício pelo juiz ou tribunal, sendo perfeitamente possível exercer-se o controle de constitucionalidade difuso pela via da ação coletiva, dès que suscitado de modo

incidental ao mérito da causa, como verdadeira questão prejudicial, integrante da causa de pedir, jamais como pedido principal ou objeto da demanda.

Já na concretização da sentença, lembrou-se que a tutela jurisdicional coletiva deve ser adequada ao direito material, superada, de vez, a noção de que o processo só pode oferecer uma tutela repressiva, pelo equivalente em pecúnia, oriunda, como se viu, da pessoalização dos direitos, fenômeno ocorrido desde o direito romano tardio.

Além de adequada, deve a tutela jurisdicional coletiva ser específica ao direito material, e nesse sentido o processo deve ser estruturado de modo a propiciar, mediante técnicas colocadas à disposição do órgão judicial, tudo aquilo e exatamente aquilo a que se faz jus no plano do direito material.

Enfim, para que tudo seja concretizado faz-se indispensável que a coisa julgada seja formada *erga omnes pro et contra*, como expressão do direito fundamental à segurança e à paridade de armas no processo civil coletivo.

Tudo isso porque também se faz presente na tutela jurisdicional coletiva a ideia de cidadania processual, representativa do diálogo que deve necessariamente ser mantido entre o juiz e as partes ao longo do formalismo processual, já que o Estado comprometeu-se em propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Direito constitucional e direito ordinário**: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Constitucionalismo discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: NEOCONSTITUCIONALISMO(S). Madrid: Trotta, 2005.
- _____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo**: um novo ramo do direito processual, São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas, Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/85. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ALMEIDA, João Batista de. Ação civil pública e ação coletiva: afinidades e distinções. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 26, abr./jun. 1998.
- _____. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. São Paulo: São Paulo, 2001.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 109, mar. 2008a.
- _____. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. A garantia do contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b.
- _____. Efetividade e processo de conhecimento, **Revista de Processo**, São Paulo, n. 96, out./dez. 1999.
- _____. Efetividade e processo de conhecimento. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003a.
- _____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.
- _____. Formas de tutela jurisdicional no chamado processo de conhecimento. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 100, dez. 2005.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006b.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 372, mar./abr. 2004.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional.** Rio de Janeiro: Forense, 2008b.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de argüição de inconstitucionalidade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Cumprimento e execução da sentença: sob a ótica do formalismo-valorativo.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

_____. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. **Revista de Processo**, v. 196, jun. 2010.

_____. A nova execução. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **A nova execução.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Ação civil pública. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 87, 1977.

ASSIS, Araken de. **Cumprimento da sentença.** Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____. **Manual da execução.** 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Substituição processual. **Revista de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 26, 2003.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, São Paulo, set. 2008.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de processo civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 1.

_____. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Eficácias da sentença e coisa julgada. In: SENTENÇA e coisa julgada. 3. ed. Porto Alegre: Safe, [199?]

_____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

_____. A jurisdictio romana e a jurisdição moderna. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 355, maio 2007b.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 158, 1955.

BARBOSA, Rui. **A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1893.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, 1980a.

_____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. In: DIREITO processual civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971a.

_____. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, n. 81, p. 198-211, jan./mar. 1996.

_____. Coisa julgada e declaração. In: TEMAS de direito processual civil: primeira série. Saraiva, 1984a.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **O novo processo civil brasileiro**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória. In: TEMAS de direito processual: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Julgamento e ônus da prova. In: TEMAS de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980b.

_____. Notas sobre o problema da efetividade do processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 29, 1983.

_____. A nova definição de sentença. **Revista IOB de direito civil e processual civil**, v. 41, maio/jun. 2006.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 7-14, 1986.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: TEMAS de direito processual; nona série. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: TEMAS de direito processual, 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984d.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. In: DIREITO processual civil: ensaios e pareceres. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971b.

_____. A revolução processual inglesa. In: TEMAS de direito processual; nona série. São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984b.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: TEMAS de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980c.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ejea, 1964.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. In: ESTUDOS de direito. São Paulo: Saraiva, 1972.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di “lite” nel pensiero di Francisco Carnelutti. In: OPERE giuridiche, Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. **Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo código**. Buenos Aires: El Foro, 1996.

_____. La ‘relativita’ del concetto d’azione. In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965. v. 1, p. 427-449.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.

_____. A ideologia no processo civil. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 13, mar. 1969.

_____. El proceso civil italiano en el quadro de la contraposición “civil law”-”common law”. Apuntes historico-comparativos. In: PROCESO, ideologías, sociedad. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires, EJEA, 1974.

_____. Processo oral e processo escrito. In: LA ORALIDAD y las pruebas en el proceso civil. Buenos Aires: EJEA, 1972.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità:** contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano, Giuffrè, 1962. v. 1.

_____. A tutela dos interesses difusos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 33, mar. 1985.

CARNELUTTI, Francesco. **Derecho y proceso**. Buenos Aires, EJEA, 1971.

_____. **Sistema di diritto processuale**. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/85. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CHIARLONI, Sergio. Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 152, out. 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. La acción en el sistema de los derechos. In: ENSAYOS de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJEA, 1949a. v. 1.

_____. Cosa juzgada y preclusión. In: ENSAYOS de derecho procesal civil. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1949b. v. 3.

_____. L’idea romana nel processo civile moderno. **Rivista de Diritto Processuale Civile**, Padova, n. 4, 1932.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordenamenti ispano-latinoamericani. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 112, p. 175-176, out./dez. 2003.

_____. Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell’ottica della domanda giudiziale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 48, n. 2, 1993.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Il Mulino, 1995.

COUTO e SILVA, Clóvis do. A teoria das ações em Pontes de Miranda. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 43, n. 15, jul. 1988.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 4. ed. Buenos Aires: B de F Editorial, 2002.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CUENCA, Humberto. **Processo civil romano**. Buenos Aires: Ejea, 1957.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 154-261. Porto Alegre: Lejur, 1985. v. 3.

_____. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 46, p. 97-115, 1989.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2. ed. Milano: Giufreé, 1993.

DICKERSON, Thomas A. Class actions: the law of 50 states. **Law Journal**, New York, p. 1-8, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 6. ed. Slavador: Podivm, 2011. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. In: **FUNDAMENTOS do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002b. v. 1.

_____. **Execução civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002a.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002d.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 2.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Tutela jurisdicional. In: **FUNDAMENTOS do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002c. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araújo de; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ECHANDÍA, Devis. **Teoría general del proceso. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997.**

ENGELMANN, The Roman procedure. In: ENGELMANN, et al. **A history of continental civil procedure.** New York: Kelley, 1969a.

_____. The romano-canonical procedure. In: ENGELMANN et al. **A history of continental civil procedure.** New York: Kelley, 1969.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do processo e mérito da causa. In: ENSAIOS de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FAZZALARI, Elio. La dottrina processualistica italiana: dall'azione al 'processo' (1864-1994). **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 1994.

_____. **Istituzioni di diritto processuale.** Padova: Cedam, 1996.

FAZZALARI, Elio. **Note in tema di diritto e processo.** Milano: Giuffrè, 1957.

_____. Procedimento (teoria generale). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 35.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **A preclusão no direito processual civil.** Curitiba: Juruá, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999a.

_____. **Direitos humanos fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.

FLACH, Daisson. A nova execução de títulos extrajudiciais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). **A nova execução de títulos extrajudiciais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREER, Richard D. **Civil procedure.** 2. ed. Wolters Kluwer: Aspen, 2006.

FRIGNANI, Aldo. Inibitoria (azione). In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986. v. 21.

FUX, Luiz. O novo processo civil. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro, direito em expectativa:** reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, 2011.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil:** un modelo para países de derecho civil. México: UNAM, 2004.

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

_____. **Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas.** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Legitimación para demandar em las acciones colectivas. In: GIDI, Antonio; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (Coord.). **La tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogêneos: hacia um código modelo para ibero america.** México: Porrúa, 2003.

_____. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 61-70, out./dez. 2002.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo judicarius medioevale: riflessioni su un modello puro di ordine isonomico. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 1988.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 17 ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 361, maio/jun. 2002.

_____. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores - a lei 7.347, de 24.7.85. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 44, out./dez. 1986.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Novas tendências em matéria de ações coletivas nos países de civil law. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, mar. 2008.

_____. **O processo em sua unidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HENSLER, Deborah R. et al. **Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain.** Santa Monica: Rand Institute for Civil Justice, 2000.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1988.

JHERING, Rudolf Von. **O espírito do direito romano nas diversas fases de seu desenvolvimento.** Tradução Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

KASER, Max. **Derecho romano privado.** Madrid: Reus, 1968.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: JURISDIÇÃO constitucional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **A revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. Porto Alegre: La Salle, 1953.

_____. Processo e cultura. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, 1961.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1980.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEBRE DE FREITAS, José. **Introdução ao processo civil**. Coimbra: Coimbra, 1996.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tulio. L'azione nella Teoria del Processo Civile. In: PROBLEMI del processo civile. Napoli: Morano, 1962.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro, Forense, 1945.

_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

_____. **Manuale de diritto processuale civile: principi**. 5. ed. [s.n.t.]

_____. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1946.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo rígido pelo anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LUGO, Andrea. Azione popolari. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 76, dez. 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANDRIOLI, Crisanto. Valori Costituzionali e cultura processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 3, 1984.

MARANHÃO, Clayton. **Tutela jurisdicional do direito à saúde**: arts. 83 e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 100, dez. 2005.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela específica**: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3: Execução.

_____. **Processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

MATTOS, Sérgio. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnolds (Coord.). **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. A ação declaratória de constitucionalidade, a inovação da Emenda Constitucional 3, de 1993. In MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). **A ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MILLAR, Robert Wyness. The formative principles of civil procedure. In: ENGELMANN, et al. **A history of continental civil procedure**. New York: Kelley, 1969.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Colaboração no processo civil como prê-a-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, abr. 2011a.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004a. v. 1.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005a.

_____. Diálogo de fontes e formas de tutela jurisdicional no código de defesa do consumidor. In: PROCESSO civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia. In: PROCESSO civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007b.

_____. O direito fundamental à tutela jurisdicional satisfativa interinal de urgência no Estado Constitucional e o caso paradigmático do direito ambiental. In: PROCESSO civil e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007c.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005b.

_____. Limites objetivos da coisa julgada. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

_____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 88, 2002.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 183, maio 2010.

_____. Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 197, jul. 2011b.

MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Entre o passado e o futuro: uma breve introdução às incertas dimensões do presente em direito processual civil. In: **INTRODUÇÃO** ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

_____. **Sentença e coisa julgada, exegese do Código de Processo Civil**: arts. 444 a 475. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

MONTEIRO, João. **Theoria do processo civil e comercial**. 3. ed. São Paulo: Duprat, 1912. v. 1.

MULHERON, Rachel. **The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective**. United Kingdom: Hart, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. _____. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Celso. **Contribuição ao estudo da coisa julgada civil** São Paulo: [s.n.], 1970.

PACHECO, Claudio Meneses. Notas sobre la “representatividad adecuada” en los procesos colectivos. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 175, [199?].

PICARDI, Nicola. ‘Audiatur et altera pars’: le matrici storico-culturali del contraddittorio. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 1, 2003.

_____. **Manuale del processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Processo Civile (diritto moderno). In: **ENCICLOPEDIA del diritto**. Milano, Giuffrè, 1987. v. 36.

_____. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

_____. **Tratado das ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970a. v. 1.

_____. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970b. v. 5.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da Constituição Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Lisboa: Fundação Calouste, 1984.

PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore della cognizione piena. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, 2002.

PUGLIESE, Giovanni. Introduzione. In: WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno all'actio**. Florença: Sansoni, 1954.

RIBEIRO, Darci Guimarães. O processo no direito comparado. In: DA TUTELA jurisdicional às formas de tutela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho**. Barcelona: Bosch, 2004.

ROCCO, Alfredo. **La sentenza civile**. Milano: Giuffrè, 1962.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da actio popularis às class actions norte-americanas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 188, out. 2010.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

_____. **Tratado de derecho procesal civil**. traducción de Angela Romera Vera, EJEa, 1955. v. 2.

RUBIN, Fernando. **A preclusão na dinâmica do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SALLES, Carlos Alberto. Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova, In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANCHES, Sidney. **Execução específica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Sistema del derecho romano actual**. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, [19?]. v. 4.

SCARPARO, Eduardo. Kochenborger. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Tese (Doutorado em direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2011.

SCHULZ, Fritz. **Classical roman law**. Oxford: Clarendon, 1969.

- SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Buenos Aires: EJEJA, 1954.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVEIRA, Marco Antônio Karam. Invalidez processual. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba, n. 38, p. 732-754, out./dez. 2005.
- SOUSA, Everardo de. Do princípio da eventualidade no código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 251, jul./set. 1975.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito português. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 128, out. 2005.
- TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976.
- TARUFFO, Michele. Considerazioni sulla teoria chiovendiana dell'azione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 4, 2003.
- _____. I limiti soggettivi del giudicato e le class actions. **Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, 1969.
- _____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.
- TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey C. **American civil procedure: an introduction**. New Haven: Yale University, 1993.
- TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della costituzione e il 'giusto processo' in materia civile: profili generali. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, p. 393-409, 2001.
- _____. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano, Giuffrè, 1974.
- VIDIGAL, Luís Eulálio Bueno. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade**. São Paulo: Saraiva, 1965.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública: Lei 7.347/1985, 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1977. v. 1.
- WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

- _____. **Da cognição no processo civil.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer: arts. 273 e 461 do CPC. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 19, 1996.
- _____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **A tutela jurisdicional dos interesses difusos.** São Paulo, Max Limonad, 1994.
- WENGER, Leopold. **Actio iudicati.** Buenos Aires: EJEJA, 1954.
- WILHELM, Walter. **La metodología jurídica em el siglo XIX.** Traducción Rolf Bethmann. Madrid: EDERSA, 1980.
- WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica intorno all'actio.** Florença: Sansoni, 1954.
- YARSHEL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional das obrigações de prestar declaração de vontade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite: legge, diritti, giustizia.** Torino: Einaudi, 1992.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A efetivação do mandado de segurança coletivo no código brasileiro de processo coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- _____. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso. AMARAL, Guilherme Rizzo. **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. O mandado de segurança coletivo na lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **A ação civil pública após 25 anos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. **Processo coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.