



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

MAURÍCIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

**AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE:  
EFETIVIDADE E PROBLEMÁTICA PROCESSUAL**

---

Londrina  
2006

MAURÍCIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

**AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE:  
EFETIVIDADE E PROBLEMÁTICA PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti

Londrina  
2006

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

289 Carneiro, Maurício de Oliveira.  
Ações coletivas e controle difuso de contitucionalidade: : efetividade e problemática processual / Maurício de Oliveira Carneiro. - Londrina, 2006.  
270 f.

Orientador: Luiz Fernando Belinetti.  
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2006.  
Inclui bibliografia.

1. Direito constitucional. - Tese. 2. Ação coletiva (Direito) - Tese. 3. Inconstitucionalidade das leis. - Tese. I. Belinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. IV. Título.

CDU 34

MAURÍCIO DE OLIVEIRA CARNEIRO

**AÇÕES COLETIVAS E CONTROLE DIFUSO DE  
CONSTITUCIONALIDADE:  
EFETIVIDADE E PROBLEMÁTICA PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Belinetti  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares  
Universidade Estadual de Londrina - UEL

---

Pr. Dr. Olavo de Oliveira Neto  
Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo - PUCSP

Londrina, 29 de junho de 2006.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	14
<b>2</b>	<b>DIREITO E PROCESSO</b> .....	20
2.1	CONCEPÇÃO DE DIREITO .....	20
2.2	ORDENAMENTO JURÍDICO.....	27
2.3	PROCESSO.....	33
2.4	PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL E COLETIVO .....	37
<b>3</b>	<b>SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO</b> .....	42
3.1	CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO .....	42
3.2	SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS .....	50
3.3	TUTELA CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	56
3.4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL .....	66
3.5	TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE .....	71
<b>4</b>	<b>CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO</b> .....	78
4.1	ORIGEM .....	78
4.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL .....	83
4.3	SISTEMÁTICA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE .....	92
4.4	LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA .....	96
4.5	EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO MEIO DIFUSO .....	104
<b>5</b>	<b>AÇÕES COLETIVAS</b> .....	110
5.1	CONCEITO.....	110
5.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA .....	129
5.3	A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS.....	136
5.4	OBJETO - ÂMBITO DE ATUAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS.....	142
5.4.1	Interesse Difuso .....	151
5.4.2	Interesse Coletivo Stricto Sensu .....	153
5.4.3	Interesse Individual Homogêneo .....	155
5.5	AÇÕES COLETIVAS TÍPICAS .....	159

5.5.1	Ação Popular.....	160
5.5.2	Ação civil pública.....	166
5.5.3	Mandado de Segurança Coletivo .....	171
5.5.4	Ação Coletiva Para a Defesa dos Direitos/Interesses Previstos no CDC .....	177
5.6	EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NAS AÇÕES COLETIVAS .....	180
<b>6</b>	<b>CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA .....</b>	<b>195</b>
6.1	POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA 1956.2 AÇÃO COLETIVA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A SUPOSTA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	218
6.3	CONTRIBUIÇÕES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA E O ACESSO À JUSTIÇA .....	229
6.4	ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE AÇÕES COLETIVAS E PROPOSTA DE REFORMA LEGAL. ....	236
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>252</b>
<b>8</b>	<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>257</b>
	<b>ANEXO A – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS.....</b>	<b>279</b>
	<b>ANEXO B – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS.....</b>	<b>303</b>
	<b>ANEXO C – INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NA RECLAMAÇÃO Nº 600-0/190-SP.....</b>	<b>305</b>
	<b>ANEXO D - INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NA RECLAMAÇÃO Nº 602/SP .....</b>	<b>363</b>
	<b>ANEXO E – INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 382298/RS .....</b>	<b>417</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição é a norma fundamental de um Estado, contendo a estrutura e organização de seus órgãos, a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Suas normas são superiores às demais normas do ordenamento jurídico, estando situadas no topo da pirâmide normativa, em decorrência da rigidez da Constituição Federal, ou seja, o elevado grau de dificuldade no processo de sua alteração.

Decorre da supremacia constitucional a necessidade de que toda regra de um sistema normativo deve ser produzida em concordância com seus ditames, sob pena de ser declarada inconstitucional, ou seja, “o fundamento do controle é o de que nenhum ato normativo, que lógica e necessariamente dela decorre, pode modificá-la ou suprimi-la”<sup>1</sup>. Inconstitucionalidade é, assim, a incompatibilidade das leis de grau inferior à Constituição. Esta serve como parâmetro para aferir a validade da norma de menor positividade jurídica.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade constitui instrumento de defesa da supremacia constitucional e consiste na verificação da compatibilidade vertical que deve existir entre a norma constitucional e as normas a ela subordinadas, através da investigação de seus requisitos formais e materiais, por meio do qual se expulsa do ordenamento o ato normativo de menor densidade jurídica, que afronta o texto da Carta Magna. Pressupõe a supremacia constitucional e a existência de uma norma inconstitucional.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 174.8111-7/RS. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 2 maio 1996. *Diário da Justiça*. Seção I, p. 13.770.

São dois os sistemas de controle de constitucionalidade existentes: o sistema difuso, ou norte-americano, e o sistema concentrado, ou austríaco, ambos admitidos no ordenamento brasileiro.

Interessa ao presente trabalho o controle difuso de constitucionalidade, o qual verifica a compatibilidade das normas e comportamentos de índole infraconstitucional com a Constituição Federal em um caso concreto, servindo a inconstitucionalidade como prejudicial de mérito e de fundamento da decisão, cujos efeitos atingirão apenas as partes da demanda. É realizado por todos os órgãos jurisdicionais.

A opção pelo controle difuso de constitucionalidade está justificada na questão polêmica que divide atualmente doutrina e jurisprudência sobre seu cabimento em sede de ação coletiva, conforme será apresentado nos capítulos que se seguem.

A ação coletiva é ação que tem como objeto a defesa de interesses coletivos relativos a um grupo de pessoas, adequadamente representado pelas pessoas autorizadas por lei. Tem dimensão coletiva, cuja tutela jurisdicional deve beneficiar a todos os membros do grupo, produzindo efeitos *erga omnes*, regra geral.

O ordenamento jurídico brasileiro não possui um regramento específico e delimitado para o universo dos processos coletivos, mas apenas um micro-sistema de ações coletivas representado por regras da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP) e Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC). Importante acrescentar que existe um Anteprojeto de Código Brasileiro de

Processos Coletivos, disponibilizado no Anexo A, de conteúdo significativo para o ordenamento nacional, o qual será analisado ao final do trabalho.

Em linhas gerais, a tutela coletiva busca a efetividade processual, na medida em que em uma só ação seja resolvido problema que atinge diversas pessoas, ampliando, assim, o acesso à justiça.

A sociedade atual encontra-se caracterizada pelas relações sociais grupais das quais emergem conflitos de interesses massificados. Hoje, a sociedade se une na busca pela realização dos interesses que são comuns a grupos de pessoas ligadas por circunstâncias de fatos ou relações jurídicas semelhantes ou idênticas.

Houve uma transformação nas relações sociais, reclamando tratamento diferenciado, mas efetivo e eficaz, fato que impõe ao ordenamento jurídico seu aperfeiçoamento, com a mudança de postura no enfoque dos problemas e ainda reestruturação de seus instrumentos ou criação de novos que atendam a demanda dos conflitos coletivos.

Diante da insuficiência dos institutos tradicionais do processo civil nacional, de cunho eminentemente individualista, os operadores do direito devem promover novas interpretações do sistema, voltar às origens desses institutos e verificar a possibilidade de tratá-los com nova roupagem, ou ainda, buscar novas fórmulas para sua adequação à realidade social e também, criar novos mecanismos que substituam os antigos ou possam, com estes, proporcionar ao cidadão respostas mais adequadas e eficazes para os problemas que se tornam complexos e afetam um grande número de pessoas, muitas vezes não identificáveis.

Os efeitos das ações coletivas, válidos para todos os membros de um grupo cujo interesse tenha sido lesado, gerou polêmica quando ações civis públicas passaram a ser ajuizadas na defesa de interesses coletivos de grupo e tinham como causa de pedir, isto é, fundamento de seu pedido, questões de inconstitucionalidade.

Doutrina e jurisprudência se dividiram para apoiar ou rejeitar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública apresentando argumentos diversos, especialmente, a suposta usurpação da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle abstrato de constitucionalidade e a perda de eficácia desse sistema, pois, sendo a ação civil pública uma ação coletiva e produzindo efeitos erga omnes estaria a estender seus efeitos para além dos limites territoriais do órgão julgador e retiraria a eficácia da norma declarada inconstitucional.

Eis a problemática deste trabalho.

A escolha do tema se deve ao fato de que é atual e relevante para a sociedade, cujo deslinde proporcionará grandes frutos para o futuro, visto que a sociedade se torna cada dia mais complexa e os problemas sociais que interessam a todos estão mais evidentes e concretos a todo instante.

Diante dessa contextualização, serão feitos enfoques centralizados aos temas de forma isolados, para posteriormente analisá-los conjuntamente.

Inicialmente será preciso estabelecer conceitos fundamentais que servirão de base para fundamentar o trabalho. Na seqüência o estudo da Constituição brasileira é ponto de partida diante de sua condição de superioridade

no ordenamento nacional, tema ao qual está vinculado o controle de constitucionalidade, estudado em sua modalidade difusa ou concreta, evidenciando seus objetivos e efeitos.

Após, será iniciada uma nova etapa que terá como objetivo desvendar os contornos da ação coletiva e sua teoria geral, especialmente sua evolução história que revelará seu nascimento e fundamento, bem como questões polêmicas como legitimidade e efeitos. Serão apresentadas, ainda, considerações sobre as ações coletivas típicas existentes no ordenamento nacional e as regras existentes para seu tratamento.

A partir desse estudo será possível arquitetar as conclusões pretendidas, sobre a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, analisando os argumentos prós e contra seu cabimento, especialmente a questão da competência do STF para o controle abstrato, bem como sua contribuição para o sistema.

Ressalte-se que essa explanação não tem condão de exaurir o debate, mas adentrá-lo para estimular sua solução.

O estudo estará baseado na doutrina já existente envolvendo o tema, bem como em julgados que permitam extrair informações da prática e sua repercussão na sociedade. O método a ser utilizado é dedutivo, já que as conclusões serão construídas através das informações doutrinárias e jurisprudenciais estudadas.

Proceder-se-á a um levantamento bibliográfico abrangente para melhor alocar o tema proposto. A metodologia será pautada pelos fundamentos da supremacia da Constituição e teoria geral do controle de constitucionalidade,

bem como os conceitos teóricos envolvendo a ação coletiva: conceito, legitimidade, objeto e efeitos. Isso permitirá aferir a adequação da construção doutrinária, a partir de sua comparação com as regras do processo civil tradicional, de modo a estabelecer uma regra geral de tratamento para a ação coletiva. Na seqüência, os temas serão unificados para a verificação da possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva.

## 2 DIREITO E PROCESSO

### 2.1 CONCEPÇÃO DE DIREITO

“O que é o direito? Uma das tarefas mais simples e, ao mesmo tempo, mais difíceis do mundo é dar uma definição do direito.”<sup>2</sup>

A “especulação sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; todavia, vista em retrospectiva, é nítido que se centrou quase continuamente sobre alguns pontos”<sup>3</sup>, que caracterizam os critérios sobre os quais se constroem os conceitos e definições. A opção por um ou outro critério conduz a concepções distintas, embora tendo como referência o mesmo objeto, mas orienta a produção de um trabalho científico, na formulação de suas conclusões, especialmente porque o conhecimento jurídico supõe uma preexistente determinação do conceito de Direito.

De origem latina, direito significa *directum*, do verbo *dirigere* (dirigir, ordenar, endireitar), indicando “o que é reto, o que não se desvia,

---

<sup>2</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2003, p. 19. Responde o autor à pergunta por ele mesmo formulada destacando seus 02 (dois) aspectos: “Tarefa simples: todos os manuais de direito apresentam uma definição do direito e qualquer estudante ou profissional da área jurídica pode oferecer sua própria definição. Tarefa difícil: nunca houve nem haverá uma única definição do direito. Peçam aos seus colegas de turma que coloquem no papel uma definição do direito. É seguro que cada um dará uma definição diferente e isso significa que cada um tem uma idéia diferente sobre o direito.”

<sup>3</sup> HART, Harbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª edição. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 18.

seguindo uma só direção, entendendo-se tudo aquilo que é conforme à razão, à justiça e à equidade.”<sup>4-5</sup>

Platão visualizava o Direito como a busca pela justiça, ou seja, a regra que indica o justo. Para Aristóteles, é o Estado que define o que é o direito, devendo, para tanto, empregar o critério da justiça, visto que para ele o Direito e a justiça se confundem<sup>6</sup> Essa afirmativa, porém, não é integralmente adequada quando admitidas às insatisfações individuais ou coletivas e circunstâncias que envolvem a efetividade do processo.

Miguel Reale entende ser o Direito “realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva segundo valores de convivência”.<sup>7</sup> E continua o autor:

O Direito é, por conseguinte, um ‘fato’ ou ‘fenômeno social’; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela. Uma das características da realidade jurídica é, como serve a sua ‘socialidade’, a sua qualidade de ser social.<sup>8</sup>

Esses valores emergem da sociedade e guiam à produção dos mecanismos de defesa dos direitos dos cidadãos, aperfeiçoando o sistema. A definição de Miguel Reale tem grande aceitação ao lado daquela apresentada por

---

<sup>4</sup> DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 2ª edição eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003. CD-ROM.

<sup>5</sup> André Franco Montoro (*Introdução à Ciência do Direito*. 25ª ed. São Paulo: RT, 2000, pp. 30-34) sustenta a existência de dois grupos para o termo direito, sendo um deles a referência similar em todos os Estados de línguas neolatinas, como Droit na França e um segundo grupo que é justamente a derivação do termo latino directum. Para ele, “a etimologia dessas palavras encontra-se no termo latino ‘jus’ (juris), que significa ‘direito’.” Apresenta, ainda, o autor significações diversa para o vocábulo direito. Para ele o Direito pode significar uma norma (lei, regra social obrigatória); faculdade (prerrogativa de o Estado criar as leis); justiça; ciência do direito e fato social (fenômeno da vida coletiva).

<sup>6</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2003, p. 21-22.

<sup>7</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 699.

<sup>8</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 2.

Rudolf Stammler, para quem o “Direito é uma forma de querer entrelaçante, autárquico e inviolável.”<sup>9</sup>

Analisando o pensamento de Rudolf Stammler, Miguel Reale assim se manifesta:

É preciso ainda esclarecer que, segundo Stammler, o conceito de Direito não possui qualquer conteúdo empírico, não correspondendo a este ou àquele outro fenômeno histórico, assim como o seu ideal de comunidade pura é destituído de conteúdo concreto, marcando apenas as condições de um enlace social totalmente harmônico. Trata-se de uma forma de ordenação da realidade humana, capaz de receber todos os conteúdos possíveis. Esta forma aplica-se tanto à experiência particular do Direito que tinham os chineses e os romanos, como àquela que se opera em nossos dias. A forma do Direito condiciona logicamente a experiência que é fundamentalmente econômica.<sup>10</sup>

A sociedade hoje se volta para os problemas que a envolvem como um todo, sejam problemas de indivíduos ou grupos, por isso busca formas de solução que aproveitem a todos.

Demonstrando consciência dessa realidade, a definição oferecida por Vicente Ráo vai ao encontro dos anseios sociais pela tutela jurisdicional dos interesses coletivos, ao afirmar que o direito é:

[...] sistema de disciplina social fundado na natureza humana, que, estabelecendo, nas relações entre os homens, uma proporção de reciprocidade nos poderes e nos deveres que lhes atribui, regula as condições existenciais e evolucionais dos indivíduos e dos grupos sociais e, em consequência, da sociedade, mediante normas coercitivamente impostas pelo poder público.<sup>11</sup>

Conforme se verá oportunamente, os interesses coletivos ganharam relevo hodiernamente, impulsionando a criação e o desenvolvimento de institutos para a solução dos conflitos de massa. Assim, tradicionais institutos do direito, especialmente os relativos ao direito processual civil, tiveram de ser

<sup>9</sup> STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlim e Lípsia, 1923. Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 338.

<sup>10</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 339-340.

<sup>11</sup> RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.I, p. 42.

revistos, de modo a permitir a entrega da tutela adequada. Nesse contexto, quando Vicente Ráo afirma que o direito regula as relações através de normas coercitivamente impostas pelo Poder Público, é possível fazer uma viagem ao futuro (figurada aqui pelos capítulos deste trabalho) para registrar que o Poder Público, quando cria o Direito, continua a impor deveres, só que hoje com foco também nos grupos sociais, e não apenas no indivíduo singularmente considerado.

Eduardo Garcia Maynes define o direito como uma ordem concreta para a realização dos valores coletivos:

Derecho es un orden concreto, instituído por el hombre para la realización de valores coletivos, cuyas normas – integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa e coercible – son normalmente cumplidas por órganos de poder público.<sup>12</sup>

Extrai-se da definição desse autor a referência aos valores coletivos; valores que destacam a proteção a bens que interessam a todos, em vista do bem comum.

A definição acima inspirou a de Luiz Fernando Bellinetti, para quem o Direito é “o ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercível.”<sup>13</sup> Essa definição pode ser desdobrada da seguinte maneira: o Direito é um ordenamento que visa a organizar harmonicamente a conduta humana exteriorizada. Trata-se de um conjunto de normas abstratas e complexas de relações jurídicas, vivo e dinâmico, em constante transformação, que estabelece direitos e deveres (ou deveres e direitos reflexos) e essas normas

---

<sup>12</sup> MAYNES, Eduardo Garcia. *Filosofia del Derecho*. 2ª ed. México: Ed. Porrúa, 1977, p. 135. A tradução é a que se segue: Direito é uma ordem concreta, instituído pelo homem para a realização dos valores coletivos, cujas as normas - integral de um sistema que regule a conduta de maneira bilateral, externa e coercível - são cumpridas normalmente por órgãos do poder público.

<sup>13</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p.15.

devem ser observadas pelas partes envolvidas de forma espontânea ou provocada, ou seja, podem ser impostas para cumprimento.<sup>14</sup>

Essa definição é deveras oportuna para o tema desenvolvido no presente trabalho. Embora todas as definições tenham seu valor, algumas apresentam mais sintonia com determinados assuntos. No plano coletivo, as relações jurídicas, os conflitos e as soluções devem ser visualizados sob um prisma diferenciado, o que, no sistema brasileiro, implica abandono dos conceitos puramente individualistas que fundamentaram sua construção, especialmente na seara do processo civil. A sociedade de massa, hoje em evidência, é fruto de constante evolução, junto com a qual o Direito deve caminhar harmonicamente. Por essa razão, com base na definição de Luiz Fernando Bellinetti, pode-se afirmar que o direito é o conjunto de regras jurídicas (normas e princípios) e relações jurídicas em constante movimento, que se destina a organizar a conduta humana exteriorizada por indivíduos e grupos, estabelecendo direitos e obrigações, cuja observância e cumprimento podem ser exigidos.

Conforme visto, é possível encontrar na doutrina um vasto acervo conceitual sobre o Direito, que emana da sua própria história<sup>15</sup> e das diversas vertentes utilizadas pelos cientistas, e que é fruto da necessidade de se estabelecer uma definição do Direito que possa orientar o estudioso e o cientista. As definições e conceitos do Direito vão, desde uma noção comum e vaga (como direito/esquerdo), até alcançar o ramo científico, na ordem do saber jurídico.

---

<sup>14</sup> Ibid., p. 15-19.

<sup>15</sup> Abelardo Levaggi (*Manual de Historia Del Derecho Argentino*. Tomo I, Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1991, pp. 257-258), ao discorrer sobre o tema, afirma que a palavra "direito" não procede do Direito romano. Foi ela introduzida no vocabulário jurídico pelo Direito canônico, que a tomou da cultura judia-cristã. Tanto a lei de Moisés como a lei de Cristo dirigiam a conduta pelo reto caminho (*directum*). Por extensão, se aplicou esse vocábulo à norma jurídica. Antes de ser aceito pela língua erudita, se usou na fala popular para nomear o Direito consuetudinário. Desse modo foi como *ius* e direito se converteram em sinônimos.

O direito, como ordenamento, que visa justamente a ordenar a conduta social de forma bilateral, externa e coercível, deve estar calcado em uma estrutura política que permita a organização desse ordenamento e a conciliação da sociedade, que se encontra cada vez mais estratificada, com um índice de desigualdade social alarmante. A noção de Estado já implica a do ordenamento, do estudo do Direito, pois é o próprio Estado que oferece as condições para a sobrevivência do Direito e seu constante aperfeiçoamento.

Pode-se dizer, criticamente, que não existe perfeita harmonia entre teoria e prática do direito, visto que a práxis social revela a inconsistência de alguns institutos do Direito, que devem ser, e já estão sendo, repensados. Nesse contexto, pertinentes as considerações de Renato Franco de Almeida e Aline Bayerl Coelho:

Anote-se, ainda, que a metodologia adotada parece (somente aparência) perfeita, qual seja, a 'lógica formal'. Não obstante, faz-se 'mister', para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos e não a mera existência, um repensar crítico sobre esta espécie de 'lógica', evoluindo, conseqüentemente, para a 'lógica dialética'.<sup>16</sup>

É preciso abandonar o dogmatismo puro, no caso, a visão estritamente individual do processo civil, para que de forma sistêmica se possa dar efetividade aos instrumentos processuais para solucionar os conflitos atuais. Eventual lacuna na lei não pode constituir óbice à tutela coletiva. Enquanto a legislação não se renova, o Direito deve oferecer mecanismos de aplicação das regras já existentes, sob pena de ferir o princípio do acesso à justiça ou tornar ineficiente o sistema.

---

<sup>16</sup> ALMEIDA, Renato franco de; COELHO, Aline Bayerl. *Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº 52. São Paulo: RT, 2005, p. 228.

Eros Roberto Grau procura se distanciar da visão positiva do direito, porque a considera insuficiente, buscando construir uma doutrina real do direito, ou seja, calcada na realidade, que consiste em observar suas funções na sociedade, especialmente a de solucionar os conflitos de interesses (proporcionando equilíbrio entre o interesse do indivíduo e o coletivo), por meio das normas e decisões jurídicas. Assim, sustenta o autor que a sociedade estabelece um direito “pressuposto”, referente ao qual o legislador cria o direito “posto”, sendo que o direito “pressuposto” se relaciona com o modo de produção (economia) e com as forças políticas de um Estado, determinando o conteúdo e as bases para o direito “posto”.<sup>17</sup> Isso bem explica a interligação entre o direito como norma e a realidade social à qual se refere.

“Compreender o sentido profundo do Direito é difícil. Há um trabalho iniciático e uma intuição intransponível. O Direito é um segredo...”<sup>18</sup>, que se pode desvendar a partir de seu estudo.

Como conjunto de regras destinado a regular a conduta humana, “uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução.”<sup>19</sup> Essa complexa organização é chamada de ordenamento jurídico ou ordem jurídica, na qual se inserem as regras que indicarão o comportamento e as conseqüências, quando da violação das normas.

---

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 33-82.

<sup>18</sup> RODIN, Auguste. *O Segredo*. Paris, Museu Rodin. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. *Propedêutica Jurídica. Uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas: Millennium, 2001, p. 5.

<sup>19</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 22.

## 2.2 ORDENAMENTO JURÍDICO

As “normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”<sup>20</sup>, formando o ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, o ordenamento jurídico pode ser definido como o “conjunto de normas que vigoram num Estado”.<sup>21</sup> Ordenamento jurídico ou ordem jurídica são expressões sinônimas representativas do conjunto de normas vigentes em determinado momento e país, conforme ensina Norberto Bobbio:

A nosso ver, a teoria da instituição deve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar de Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo.<sup>22</sup>

É certo que as regras jurídicas formam um todo harmônico em constante interação, permitindo, assim, o controle da conduta humana, conforme os valores e preceitos vigentes no país, de modo que cada indivíduo ou grupo possa ter o que lhe é de direito, ainda que através de sanções, conforme ensina Paulo Dourado de Gusmão:

O direito positivo da comunidade internacional, bem como o do Estado, estabelecem uma ‘ordem jurídica’, que pode ser definida como o ‘complexo de normas jurídicas vigentes em dado momento histórico, numa sociedade determinada, garantido coercitivamente por sanções eficazes, que garante a cada um o que é seu e o que pode fazer’.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 19.

<sup>21</sup> Enciclopédia Saraiva de Direito, p.v. 56/286.

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 21.

<sup>23</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 60.

Essa é a concepção tradicional de ordenamento jurídico que vigora no Brasil, sendo sustentada, entre outros, por Arruda Alvim, para quem “o ordenamento jurídico é constituído de leis ou normas jurídicas, as quais estabelecem a conduta daqueles que estão sujeitos a esse ordenamento.”<sup>24</sup>

“Há um ‘ordenamento jurídico’ em cada País, formado pelas diversas fontes de direito, sob a proteção do Estado, mas como ‘sistema aberto e polivalente’<sup>25</sup>, a permitir que sistemas menores sejam criados, fundamentados naquele. Nesse ambiente, a tutela coletiva se apresenta como um sistema inserido no ordenamento jurídico, assim como o Direito Constitucional, que estabelece o controle de constitucionalidade como forma de defesa da supremacia da Constituição Federal, garantindo a existência do ordenamento jurídico.

Luiz Fernando Bellinetti destaca que a “concepção clássica de ordem jurídica nada mais é que um corolário do conceito dito moderno de Estado, inspirado na decantada tripartição dos poderes”.<sup>26</sup> Assim, o ordenamento jurídico seria editado pelo Poder Legislativo, ou melhor, “Quem o edita é o Estado, que tem poder legislativo exercido predominantemente pelo Congresso, sem excluir as normas de competência de outros órgãos”.<sup>27</sup>

As normas editadas pelo Estado para regular a conduta humana devem ter como fundamento as situações da vida prática, ou seja, os valores que a sociedade considera importantes. O direito deve não só estabelecer as regras necessárias à convivência harmônica, mas, sobretudo, criar os instrumentos para

---

<sup>24</sup> ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2003, vol. 1, p. 40.

<sup>25</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190.

<sup>26</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil. Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 26.

<sup>27</sup> PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. 1, p.8-9.

a solução dos conflitos de interesses que eclodem na sociedade. Daí a máxima: **ubi societas ibi jus.**<sup>28</sup> Com efeito, conforme afirma Miguel Reale, o ordenamento não é composto somente de leis, mas de outras fontes do direito, ou seja:

O que cumpre desde logo desfazer é o equívoco da redução do ordenamento jurídico a um sistema de leis, e até mesmo a um sistema de normas de direito entendidas como simples 'proposições lógicas'. Mais certo será dizer que o ordenamento é o sistema de normas jurídicas *'in acto'*, compreendendo as fontes de direito e todos os seus conteúdos e projeções: é, pois, o sistema de normas em sua concreta realização, abrangendo tanto as regras explícitas como as elaboradas para suprir as lacunas do sistema, bem como as que cobrem os claros deixados ao poder discricionário dos indivíduos ('normas negociais').<sup>29</sup>

Tem o direito a função ordenadora da sociedade como afirmam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.<sup>30</sup>

As inovações legislativas recentes se referem à tutela coletiva como forma de oferecer o amparo adequado ao direito material que fundamenta as relações jurídicas de massa. É, efetivamente, em relação à tutela jurisdicional coletiva, entre outros temas, que desponta a preocupação atual dos cientistas do direito, bem como a atividade legislativa, em face da importância dos valores consagrados na atual sociedade de massa, que dia após dia se renova e mais complexa se torna.

<sup>28</sup> Não há sociedade sem direito.

<sup>29</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190.

<sup>30</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19.

Esse é o entendimento de Ricardo de Barros Leonel:

Nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e a cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, fica patenteada a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição dos interessados, a fim de que seja viável a adequada defesa de tais interesses ou direitos de natureza não individual.<sup>31</sup>

No cenário jurídico atual, as ações coletivas e as regras que lhe são pertinentes se apresentam como instrumento da democracia participativa, conforme bem apontado por Sérgio Cruz Arenhart:

A ampliação no uso das demandas coletivas para a proteção de interesses frente ao Poder Público torna-se, então, mecanismo de participação da sociedade na administração da coisa pública. Nesse passo, as demandas coletivas acabam assumindo o papel de verdadeiro instrumento de democracia participativa, servindo para extravasar as diversas orientações populares sobre os rumos a serem adotados pelo governo nacional.<sup>32</sup>

A ordem jurídica interessa ao presente estudo especificamente em relação às regras do processo civil, pois são elas que estão atravessando um processo de releitura e renovação de seus estudos. Na verdade, “trata-se de nova vertente absolutamente distinta da ciência do processo, no todo diferenciada e merecedora de tratamento legislativo [...] diverso”<sup>33</sup> daquele sistema posto para o processo civil individual, forte na tradição nacional.

Embora seja o Poder Legislativo o detentor da competência para estabelecer as regras jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro, é o Poder Judiciário que exerce a jurisdição, “como forma de resolver pacificamente

<sup>31</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. De acordo com a Lei 10.444/02. São Paulo: RT, 2002, p. 16.

<sup>32</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 504.

<sup>33</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. cit.*, p. 17.

os conflitos entre os indivíduos.”<sup>34</sup> Em verdade, é o Direito que impõe seja chamado o Estado-juiz a dizer a vontade do ordenamento jurídico.<sup>35</sup>

O maior objetivo da jurisdição é a pacificação dos conflitos de interesses, razão pela qual Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem jurisdição como:

[...] instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.<sup>36</sup>

Diante dos conflitos de interesses de massa, o conceito de jurisdição oferecido por Enrico Tullio Liebman<sup>37</sup> se apresenta adequado, pois, para ele, a jurisdição é a “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação”.

A ordem jurídica brasileira estabelece diversas regras para a tutela coletiva ou defesa de interesses de grupos, mas é através do exercício da jurisdição que a coletividade verifica sua eficácia, fator preeminente na consideração da atuação dos operadores do direito. É que para os grupos representados em juízo, importa não apenas a atividade jurisdicional, mas, sobretudo, a eficácia prática dessa atuação, com a efetiva solução dos conflitos de interesses. Nesse sentido, são sempre válidos os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

---

<sup>34</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil. Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 70.

<sup>35</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20.

<sup>36</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

<sup>37</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3-6.

Tutela jurisdicional não é mero exercício da jurisdição, ou outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever que tem como contraposto o poder da ação. A ação está satisfeita com a emissão do provimento de mérito, favorável ou desfavorável. É, portanto, um conceito indesejavelmente técnico, para quem busca resultados. O resultado desejado é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito.<sup>38</sup>

O que se espera da tutela jurisdicional, na esfera coletiva, é que seja efetiva e adequada, solucionando o conflito de interesses.

O juiz, quando julga uma ação coletiva, exerce função política e jurídica ao balancear a relevância dos interesses em jogo; mas deve pautar-se, não em suas convicções próprias, mas nos preceitos já estabelecidos pelo ordenamento jurídico e nas particularidades do caso concreto, eis que atinente a uma coletividade. Deve o juiz fazer uma interpretação diferenciada do ordenamento jurídico, no sentido de mudar o ângulo de visão, afastando-se da esfera individual para adentrar no universo coletivo, onde o bem tutelado pertence a um grupo nem sempre determinado em sua extensão.

A “nova forma de pensar que se exige do magistrado exige, sempre, a atenta visão da realidade e a sensível percepção do interesse social que o caso demanda”<sup>39</sup>, como forma de assegurar aos cidadãos decisões justas, capazes de pacificar a sociedade.

Não é só o indivíduo que deve observância à ordem jurídica, mas o próprio Estado-juiz, no exercício da atividade jurisdicional, deve respeito ao ordenamento com sua aplicação adequada a todos os casos que lhe são

---

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Universalidade da tutela jurisdicional*. Artigo inédito, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 28, nota 4.

<sup>39</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 510.

submetidos para julgamento, especialmente os de âmbito coletivo, que evidenciam nova perspectiva para o mundo jurídico.

É evidente, portanto, a necessidade de análise do próprio processo como expressão prática da jurisdição, ou seja, instrumento pelo qual a jurisdição opera.

### 2.3 PROCESSO

O processo<sup>40</sup> é o instrumento pelo qual a jurisdição atua.

O termo processo apresenta diversas significações. Cândido Rangel Dinamarco apresenta 03 (três) acepções intimamente relacionadas entre si para a “adequada compreensão do *processo* como instituto jurídico”<sup>41</sup>: 1) sistema de princípios e normas reveladores do direito processual civil; 2) processo como método de trabalho, ou seja, modelo imposto por princípios e normas; e 3) realidade fenomenológica<sup>42</sup>. É em relação à segunda acepção, porém, que o

---

<sup>40</sup> O conceito de processo, derivado do latim “*procedere*” que significa seguir adiante, não é exclusivo da ordem processual, estando presente em outras esferas de poder, seja na administrativa ou legislativa, cada qual com sua particularidade, seja concebido como ritos (procedimentos). É comum falar-se ainda no processo físico pelo qual atravessa a água em seus diversos estados (líquido, gasoso e sólido). De toda sorte, interessa ao presente estudo o conceito de processo no âmbito do direito processual civil.

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 23.

<sup>42</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.*, p. 23-24. Eis o entendimento do autor sobre as três acepções do processo: Visto pelo aspecto institucional, ‘processo’ é um sistema de técnicas instaladas no plano do direito, coordenadas por uma ciência específica e destinadas a pacificar pessoas ou grupos de pessoas envolvidos em conflitos jurídicos (conflitos que comportam solução segundo regras do direito). Nessa primeira acepção, o vocábulo ‘processo’ designa o próprio ramo do direito que é o direito processual. [...] Em seu segundo significado e segundo a dogmática jurídica, ‘processo é um método de trabalho’ referente ao exercício da ‘jurisdição’ pelo juiz e dos poderes inerentes à ‘ação e defesa’, pelos sujeitos envolvidos no conflito. Esse método é definido

autor formula seu conceito de processo como uma entidade complexa, isto é, uma “série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus.”<sup>43</sup>

Das definições clássicas – seja a de Carnelutti, segundo a qual o processo é o instrumento para a composição da lide, seja a de Chiovenda, que afirma ser este o conjunto de atos destinados à atuação da lei por parte dos órgãos de jurisdição –, é interessante notar que sua conjugação oferece um norte considerável para a compreensão do processo. Assim, poder-se-ia afirmar que o processo é um conjunto de atos destinados à atuação da lei, exercido pelos órgãos jurisdicionais, e voltado para a composição da lide. Essa perspectiva é mais abrangente e revela uma concepção de processo mais clara.

Na atualidade, destaca-se o entendimento de Luiz Fernando Bellinetti, que afirma ser o processo uma idéia; *in verbis*, (o) “processo é apenas uma idéia, qual seja, a de que o poder estatal deve ser exercido através de meios determinados, que garantam a construção e aplicação do ordenamento jurídico.”<sup>44</sup> É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera<sup>45</sup>.

---

pelos princípios e pelo direito positivo (ou seja, pelo direito processual civil), dos quais resulta um ‘modelo’ imposto aos litigantes – de modo que, em cada caso concreto de conflito, as diretrizes exigidas pela Constituição e definidas pela lei devem necessariamente estar presentes e se observadas. O modelo delineado pela Constituição e leis de cada país, em cada momento de sua história, é o seu ‘processo’. [...] Em sua terceira acepção, o vocábulo ‘processo’ designa a realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos entre pessoas ou grupos, concretamente trazidos ao Estado-juiz em busca de tutela jurisdicional. Cada ‘processo’ que se instaura deve ser o espelho do modelo posto de modo abstrato na Constituição e na lei, de modo que cada um deles seja em si um processo justo e equo – não se reputando tal quando se afastar do modelo [...].

<sup>43</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibid.*, p. 25.

<sup>44</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil. Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994, p. 79.

<sup>45</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini, e CINTRA, Antônio Carlos. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros: 2003, p.227.

O conceito de processo, enquanto instrumento da jurisdição, é finalístico, já que se destina à solução dos conflitos de interesses. Ele se exterioriza por meio de uma relação jurídica que se estabelece entre autor, réu e o próprio Estado-juiz, através de relações recíprocas, e se desenvolve por meio de um procedimento previamente estabelecido pela lei. Por isso que Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco vêem o processo como uma entidade complexa<sup>46</sup> :

[...] o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual) [...] O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento).<sup>47</sup>

A teoria sobre a natureza jurídica do processo<sup>48</sup> mais aceita é a que apresenta o processo como uma relação jurídica.

Entretanto, considerando-se que o objeto do presente trabalho envolve a tutela coletiva, tem-se como mais adequada a teoria de Cândido Rangel Dinamarco, segundo a qual o processo é uma entidade complexa, ou seja, uma

<sup>46</sup> Essa colocação se refere à natureza jurídica do processo.

<sup>47</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 283-284.

<sup>48</sup> Existem algumas teorias que procuram explicar a natureza jurídica do processo, conforme apontado por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (Op. cit. p. 279-285), ou seja: 1) processo como contrato, vigorou nos séculos XVIII e XIX, tendo como referência Pothier, e estava ligada à idéia romana do processo, segundo a qual as partes se submetem voluntariamente ao processo e aos seus resultados através de um negócio jurídico privado chamado de litiscontestação; 2) processo como quase-contrato, surgiu no século XIX, por meio de Arnault de Guényvau, com a qual se pretendia enquadrar o processo nas categorias do direito privado, já que o processo não era nem contrato nem delito; 3) processo como relação-jurídica, de 1868, com OsKar von Bülow que sistematizou a existência da relação jurídica material em dois planos: a de direito material e a de direito processual, mas com nítidas diferenças, seja pelos seus sujeitos, seja pelo seu objeto ou ainda pelos seus pressupostos processuais, cuja obra representou marco para a ciência processual; 4) processo como situação jurídica, de Goldschmidt, que defendia a mutação estrutural do direito ao assumir uma condição dinâmica: o direito subjetivo se degrada em meras possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus; e 5) processo como procedimento informado em contraditório que, com Elio Fazzalar, se refere módulo processual representado pelo procedimento realizado em contraditório, com o que se pretende a participação das partes no processo, já que este se realiza pelo desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, que são as partes.

relação jurídica animada pelo procedimento. Isso porque a entrega da tutela jurisdicional coletiva será mais adequada e efetiva se atenta aos acontecimentos fáticos e aos decorrentes do procedimento, no qual atuam as partes da relação jurídica, especialmente porque nem todos os titulares dos interesses coletivos estarão presentes no pólo ativo da relação jurídica processual.

O processo civil deve reproduzir os resultados determinados pela norma que integra a ordem jurídica. É esse, efetivamente, o objetivo buscado pelas partes quando invocam o Estado-juiz (o autor, quando provoca a jurisdição por meio do direito de ação, e o réu, quando exerce seu direito de defesa).

Da forma como concebido tradicionalmente, o processo está voltado à defesa dos direitos subjetivos, sendo legitimado o próprio titular do direito na busca da tutela pretendida. Ocorre, porém, que essa sistemática não atende de forma satisfatória aos anseios atuais da sociedade, que se torna mais complexa a todo instante, donde surgem relações jurídicas massificadas, que envolvem grupos de pessoas determinadas ou não. Para bem cumprir sua missão pacificadora, o processo deve ser aperfeiçoado em todos os seus instrumentos, adequando-se à realidade social, que apresenta o substrato imprescindível para a construção, manutenção e evolução do ordenamento jurídico.

## 2.4 PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL E COLETIVO

Com a evolução da sociedade e das relações sociais, em cujo bojo se insere a relação jurídica<sup>49-50</sup>, os juristas voltaram suas atenções para o acesso à justiça, a efetividade e instrumentalidade do processo, como meio de defesa dos interesses e direitos dos cidadãos, estando eles consolidados no ordenamento, conforme observa Olavo de Oliveira Neto, que também evidencia a importância desses princípios no estudo dos institutos do processo civil. Assim relata o autor:

[...] forçosa a conclusão de que o acesso à Justiça, a instrumentalidade e a efetividade já se consolidaram, no processo civil contemporâneo, como verdadeiros princípios informativos desta disciplina, não podendo aquele que pretende estudar quaisquer de seus institutos se esquecer da diretriz imposta por cada uma destas realidades.<sup>51</sup>

O estudo e desenvolvimento dos institutos do processo civil, efetivamente, não podem se furtar à consideração e respeito à efetividade, instrumentalidade do processo e, sobretudo, ao acesso à justiça, já que isso vem a proporcionar o sentimento de satisfação dos direitos do cidadão.

---

<sup>49</sup> Segundo Savigny, relação jurídica “é o vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender algo a que a outra está obrigada”. A relação jurídica dá movimento ao Direito, sendo que nela ocorre a incidência de normas jurídicas, que definem os direitos e deveres dos sujeitos. A relação jurídica faz parte do elenco dos conceitos jurídicos fundamentais e constitui um foco de convergência de vários competentes do direito.

<sup>50</sup> Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, p. 196), ensina que a relação jurídica processual é o “sistema dos vínculos regidos pelo direito que interligam os sujeitos do processo.” Tradicionalmente ela é definida como o vínculo estabelecido entre pessoas provocado por um fato que produz mudança de situação, regido por norma jurídica. O direito processual rege relações jurídicas processuais, a partir da existência da propositura de uma ação. Assim, a relação jurídica processual é aquela que se desenvolve dentro do processo, o que informa não ser possível a vinculação entre relação jurídica material e processual. Isso porque, cada qual possui sujeitos, objeto e pressupostos próprios.

<sup>51</sup> OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 12.

A transformação da sociedade numa “sociedade de massa” provocou o surgimento de conflitos de interesses que envolvem *grupos* de pessoas, também qualificados como conflitos de *massa*.

A complexidade dessas relações e dos conflitos resultantes exigiu novas formas de tutela capazes de lhes dar solução eficaz, posto que “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos [...] contemplados no ordenamento”<sup>52</sup>, expressamente ou não, o que contribuirá para a garantia constitucional do acesso à justiça.

Tal fato permite que se considere a definição oferecida por Ferdinand Lassale, quando afirma que a Constituição não pode ser apenas uma “folha de papel”, mas reunir os “fatores reais de poder” de uma sociedade, consagrando seu conteúdo social, conforme será mais bem examinado a seguir.

A notoriedade dos interesses e direitos dos grupos de pessoas evidencia os anseios mais atuais da sociedade, reclamando, por igual, instrumentos que possam dar respostas efetivas aos conflitos de massa, com a aplicação adequada do direito material, quando este não for respeitado de forma espontânea.

Nesse ambiente, foi preciso que os juristas modificassem o modo de visualizar e tratar o processo, instrumento de atuação da jurisdição, afastando-se do comportamento puramente individualista, justamente em vista da evolução das relações sociais que se tornaram mais complexas.

Sobre o tema, importantes as considerações de Ricardo de Barros Leonel:

---

<sup>52</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre a efetividade do processo*. In: Estudos em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 77.

[...] é possível identificar no âmbito da ciência do direito e particularmente do processo, temáticas que, sem minorar o relevo das demais, ganham em notoriedade, posto que diretamente relacionadas ao efetivo atendimento dos anseios mais atuais dos jurisdicionados, vale afirmar, à aplicação do direito material tal qual deveria ocorrer se viessem os preceitos normativos, e conseqüentemente os 'direitos' de índole material, a ser apreciados e respeitados espontaneamente, por todos aqueles que integram a sociedade e vivenciam o ordenamento em vigor.  
[...]

Nos conflitos de massa que caracterizam a sociedade moderna e a cada dia incidem em maior intensidade, abandonando as típicas confrontações individualísticas entre sujeitos determinados, fica patenteada a imprescindibilidade de compreensão dos instrumentos postos pelo legislador à disposição dos interessados, a fim de que seja viável a adequada defesa de tais interesses ou direitos de natureza não individual.<sup>53</sup>

Não basta ao cidadão a tutela jurídica, especialmente as que tratam das finalidades e prioridades ideais, estabelecidas na Constituição Federal; é preciso efetivá-la com instrumentos processuais adequados, de modo a atender ao princípio do acesso à justiça.

Por isso, o processo civil, concebido sob uma postura individualista, não é adequado para oferecer uma tutela compatível com as necessidades dos interesses e direitos de grupos, objetivando a pacificação social. É evidente que o surgimento desses interesses, considerados “novos”, reclama uma legislação evoluída, para a efetivação do direito material que fundamenta as pretensões dos interesses de grupo.

A essa evolução, Cândido Rangel Dinamarco chamou de “ondas renovatórias” do processo civil, que o levaram a adaptar-se à realidade social:

No contexto da sensibilidade do sistema processual aos influxos e mutações da ordem constitucional é que se situam as propostas de ‘ondas’ renovatórias do processo, pois é natural que o instrumento se altere e se adapte às mutantes necessidades funcionais decorrentes da variação dos objetivos substanciais a perseguir.<sup>54</sup>

<sup>53</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2002, p. 15-16.

<sup>54</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990, p. 37-38.

Arruda Alvim<sup>55</sup> acrescenta a desigualdade entre os litigantes e o seu aumento considerável na atualidade entre os fundamentos da necessidade de mudança do direito processual civil. Para o autor, superar a desigualdade entre os litigantes e tornar o processo civil mais efetivo significa evitar a injustiça e privilegiar a igualdade real entre os litigantes.

Com efeito, a estrutura individualista do processo civil não permite uma decisão adequada para um conflito de interesses, que envolva um grupo de pessoas, ou seja, que aproveite a todos os membros do grupo de forma igualitária, mesmo que um deles não tenha participado da relação processual.

É diante dessas considerações que o processo civil coletivo impulsiona a transformação de alguns institutos processuais, em vista dos direitos a serem tutelados, agora interesses de grupo de pessoas.

O ordenamento jurídico brasileiro – através da Constituição Federal de 1988, LACP e CDC abriga mecanismos que permitem a aplicação adequada das estruturas tradicionais do processo civil ao processo coletivo.

O tratamento constitucional dispensado aos interesses e direitos coletivos fornece-lhes *status* hierárquico de relevância no sistema, merecendo, assim, especial atenção quando, para sua solução, se faz necessário resolver questão que envolva a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Nesse contexto, a análise da possibilidade do controle difuso de constitucionalidade nas ações coletivas, e a forma como isso pode ocorrer, torna-se de suma importância, pois os resultados poderão indicar uma ampliação considerável do acesso à justiça, bem como contribuir para a efetividade

---

<sup>55</sup> ARRUDA, Alvim. *Tratado de direito processual civil*. 2ª ed. refundida, do “Código de Processo Civil Comentado”, (arts. 1º ao 6º). São Paulo: RT, 1990, v.1, p. 114-115.

processual, até porque o tema ganhou expressão no cenário atual, abrindo discussões sobre a problemática processual do controle de constitucionalidade, em sede de ação coletiva, tema a ser aqui debatido.

### 3 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

#### 3.1 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A “Constituição de cada país é sempre um compromisso entre as tradições políticas existentes.”<sup>56</sup> “Todos os países possuem, possuíram sempre, em todos os momentos de sua história, uma constituição real e efetiva.”<sup>57</sup>

Essas considerações iniciais aguçam a curiosidade pela sua dissecação, visto que esta revela a existência de definições diversas, a partir da opção política de cada Estado.

O conceito de Constituição provém da história constitucional romana, onde os atos normativos do imperador passaram a ter valor de lei. Na verdade, nessa época, as constituições não tinham o sentido de constituição de um Estado, sendo consideradas fonte escrita de direito com valor de lei.<sup>58</sup>

“Qualquer Estado, seja qual for o tipo histórico a que se reconduza, requer ou envolve institucionalização jurídica do poder; em qualquer Estado podem recortar-se normas fundamentais em que assenta todo o seu ordenamento.”<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933, p.45.

<sup>57</sup> ARISTOTELES, *Política*. Brasília: Editora da UnB, 1965, p.293.

<sup>58</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p-57-59.

<sup>59</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 319.

Etimologicamente, constituição decorre do latim “constitutione” e significa “ato de constituir, de estabelecer, de firmar. Modo pelo qual se constitui uma casa, um ser vivo, um grupo de pessoas, organização, formação.”<sup>60</sup>

São diversos os aspectos considerados como referência para a formulação dos conceitos de Constituição, podendo ser citados três de fundamental importância nesse estudo. São os critérios jurídicos, de Hans Kelsen; o sociológico, de Ferdinand Lassalle; e o político, de Carl Schmitt. A conjugação dessas três vertentes sobre a Constituição interessa sobretudo ao tema do presente trabalho.

Hans Kelsen, valendo-se dos critérios lógico-jurídico e jurídico-positivo, considera a Constituição uma norma pura: puro *dever-ser*. Para ele, a constituição é a norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição jurídico-positiva.<sup>61</sup>

Diferentemente de Kelsen, Ferdinand Lassalle visualiza na Constituição uma fundamentação sociológica, afirmando que ela deve representar “a soma dos fatores reais do poder” que regem um país, caracterizando uma constituição real e efetiva, diferentemente da de uma simples constituição escrita, que pode ser apenas uma “folha de papel”. Assim afirma referido autor:

Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando essa Constituição escrita corresponder à Constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a Constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá

---

<sup>60</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 370.

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2ª ed. Coimbra: Armênio Amado editor, 1962, p. 1-7.

necessariamente, perante a Constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.<sup>62</sup>

Esse conceito pode ser considerado o “conceito ideal” de Constituição, por acatar, entre outros, o primado da liberdade humana e a divisão de poderes, assim como a exigência de ser o texto escrito.

Carl Schmitt conceitua a Constituição em seu aspecto político, considerando-a “decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política”.<sup>63</sup>

Para J.J. Gomes Canotilho, a Constituição em sentido normativo possui duas idéias básicas: regras e valor, ou seja:

[...] (a) a constituição é um *conjunto de regras jurídicas* (normas e princípios) codificadas num *texto* (documento) ou cristalizadas em *costumes* e que são consideradas *proeminentes* (*paramaut law*) relativamente às outras regras jurídicas; (b) a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade um *valor específico superior*.<sup>64</sup>

Segundo o entendimento desse autor, as regras jurídicas que compõem a constituição devem estar carregadas de valores. Nesse contexto, fácil verificar que a Constituição Federal brasileira agasalha diversos valores, inclusive o interesse coletivo, traduzindo sua importância e a necessidade de mecanismos eficientes para sua defesa.

Na doutrina nacional encontram-se também conceitos diversos baseados em critérios distintos. Alguns autores, porém, procuram visualizar a Constituição sob vários aspectos, formulando conceitos abrangentes.

<sup>62</sup> LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Editorial Villa Martha Ltda, 1980, p. 61.

<sup>63</sup> SCHIMIT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s.d.

<sup>64</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 1114-1115.

Alexandre de Moraes afirma que a Constituição possui dois significados: o *lato* e o *stricto*, ou jurídico, isto é, um sentido comum e outro jurídico:

Constituição, *lato sensu*, é o ato de constituir, de estabelecer, de firmar; ou, ainda, o modo pelo qual se constitui uma coisa, um ser vivo, um grupo de pessoas; organização, formação. Juridicamente, porém, Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo a aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.<sup>65</sup>

Seguindo o mesmo critério de conceituação, André Ramos Tavares apresenta diversas conotações para a Constituição:

No sentido comum, constituição é o que forma determinado corpo (idéia de estrutura), como já sublinhado. Nesse sentido é que alguns autores, transplantando o conceito comum para a seara normativa, definem juridicamente a Constituição como particular maneira de ser de um Estado. Para tanto, a Constituição deve ser visualizada, basicamente de três prismas: O Formal (é o conjunto de normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene – juridicamente é o conceito mais relevante para o Direito positivo brasileiro); O Material (a constituição é o conjunto jurisdicionado de forças sociais, políticas, econômicas, religiosas e ideológicas que configuram determinada sociedade); e O Substancial (a constituição é o conjunto de normas organizacionais de determinada sociedade política – ocorre na concepção constitucionalista moderna – conclui-se, portanto, que a norma substancialmente constitucional pode estar na própria Constituição, em leis ou outros atos normativos inferiores).<sup>66</sup>

José Afonso da Silva conceitua a Constituição sob o ponto de vista do Estado, como sua lei fundamental de estruturação:

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p.2.

<sup>66</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59-60.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39-40.

A Constituição pode ser analisada ainda por dois critérios distintos: um material e outro formal.

Em sentido material, a constituição é o conjunto das normas jurídicas sobre a estrutura, atribuições e competência dos órgãos estatais, suas instituições fundamentais e a posição do cidadão no Estado. Trata-se das normas de estrutura do Estado.<sup>68</sup> Segundo Paulo Bonavides, sob o ponto de vista material, “a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência ao exercício da autoridade, à forma de governos, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais.”<sup>69</sup> Sob esse enfoque, não existe Estado sem Constituição que lhe assegure uma estrutura mínima.

No aspecto formal, considera-se a “posição das normas constitucionais em face das demais normas jurídicas e ao modo como se articulam e se recortam no plano sistemático do ordenamento jurídico.”<sup>70</sup> De acordo com Kelsen, “fala-se de Constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para sua criação e reforma.”<sup>71</sup> Algumas normas constitucionais possuem aparência constitucional por estarem inseridas no texto, embora não sejam substancialmente constitucionais, como por exemplo, o art. 192, § 3º, citado por André Ramos Tavares<sup>72</sup>, ressaltando que o dispositivo se encontra revogado pela Emenda Constitucional nº 40/03.

---

<sup>68</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 44.

<sup>69</sup> Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63.

<sup>70</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 321.

<sup>71</sup> Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*. México, 1959, p. 330.

<sup>72</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 61.

Esse é o entendimento de Paulo Bonavides:

As Constituições, não raro, inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada em seu corpo normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.<sup>73</sup>

Assim, é a dificuldade de elaborar ou modificar a Constituição que a caracteriza a matéria constitucional, no seu aspecto formal<sup>74</sup>.

Destaca-se, então, que uma constituição, no sentido formal, há de ser escrita e rígida, sendo que "rigidez constitucional significa imutabilidade da Constituição por processos ordinários de elaboração legislativa"<sup>75</sup>.

A Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição formal, escrita, legal, dogmática, promulgada (democrática, popular), rígida, analítica e prolixa<sup>76</sup>. Tem conteúdo político e social. Além das regras que estruturam a forma de Estado, de governo, sua organização, em geral, trata de outros assuntos como a família, o meio ambiente, oferecendo ainda os chamados "remédios

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 64.

<sup>74</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ibid.*, p. 64.

<sup>75</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 41. Sob esse enfoque, toda Constituição rígida é necessariamente escrita, no entanto, nem toda Constituição escrita é rígida já que suas normas podem ser modificadas pelo mesmo processo das leis comuns.

<sup>76</sup> A classificação da Constituição Brasileira, conforme ensinamentos de Alexandre de Moraes (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3-6) pode ser assim explicada: (i) formal: consubstanciada de forma escrita, por meio de um documento solene estabelecido pelo poder constituinte originário; (ii) escrita: conjunto de regras codificado e sistematizado em um único documento, para fixar-se a organização fundamental. Canotilho denomina-a constituição instrumental, apontando seu efeito racionalizador, estabilizante, de segurança jurídica e de calculabilidade e publicidade. É o mais alto estatuto jurídico de determinada comunidade, caracterizando-s por ser a lei fundamental de uma sociedade. A isso corresponde o conceito de (iii) constituição legal; (iv) dogmática: se apresenta como produto escrito e sistematizado por órgão constituinte, a partir de princípios e idéias fundamentais da teoria da teoria política e do direito dominante; (v) promulgada: também denominada democrática ou popular, deriva do trabalho de uma Assembléia Nacional Constituinte composta de representantes do povo, eleitos com a finalidade de sua elaboração; (vi) rígida: é escrita e somente pode ser alterada por um processo legislativo mais solene e dificultoso do que o existente para a edição das demais espécies normativas; (vii) prolixa: traz matéria alheia ao direito constitucional propriamente dito, abordando a chamada matéria constitucional formal com o intuito de proteger certas matérias na rigidez constitucional.

constitucionais” para a defesa de direitos dos cidadãos, considerados individualmente ou em grupo.

É importante considerar todos os critérios utilizados nas conceituações acima, posto que sua análise sistêmica permitirá a coleta de fundamentação adequada para a formulação dos objetivos a que se propõe o presente trabalho.

Isso porque, como lei fundamental de um país, a Constituição possui instrumento de defesa de suas normas, como o controle de constitucionalidade. Por outro lado, evidencia-se hoje a tutela coletiva, que tem por objeto a defesa de interesses de grupo, demonstrando a necessidade de considerar-se o substrato social, ou sociológico, não apenas sob o ponto de vista jurídico, no aperfeiçoamento do sistema. A Constituição brasileira é jovem e incorpora novos conceitos e ideais, já que trata amplamente dos direitos coletivos. Pode-se falar que ela se insere no conceito de constituição material do século XX, com a dilatação do conceito de constituição material, conforme proposto por Jorge Miranda:

Assim se compreende que, para além do objecto das normas, se preste, doravante, uma maior atenção à idéia de Direito ou de instituição, aos projectos distintivos dos diversos regimes políticos, aos princípios fundamentais com os quais têm de ser congruentes as disposições constitucionais avulsas. Assim se compreende o alcance do conceito (médio) de Constituição material indicado.

Nem por isso, contudo, se volta ao período de mera Constituição institucional, porquanto persiste o desígnio de uma estruturação racionalizada e exaustiva dos poderes do Estado, dos seus órgãos e de seus processos de agir, bem como da organização social politicamente relevante. Nenhuma semelhança se justifica entre as Constituições não liberais do século XX e as Leis fundamentais pré-liberais.

II – Sendo o estado comunidade e poder, a Constituição material nunca é apenas a Constituição ‘política’, confinada à organização política. É também Constituição ‘social’, estatuto da comunidade perante o poder ou da sociedade politicamente conformada. Estatuto jurídico do Estado significa sempre estatuto do poder político e estatuto da sociedade – quer dizer, dos indivíduos e dos grupos que a compõem – posta em dialética com o poder e por ele unificada. E, sendo Constituição do

Estado (em si) e Constituição do Direito do Estado, necessariamente abarca tanto o poder quanto a sociedade sujeita a esse Direito.<sup>77</sup>

A atual Constituição brasileira promoveu uma evolução no tratamento dos direitos e interesses coletivos, ampliando o espectro de incidência de ações coletivas consagradas constitucionalmente, a exemplo da ação popular, elevada a *status* de direito fundamental (art. 5º, LXXIII)<sup>78</sup>, e da ação civil pública, fazendo referência expressa a esta quando da determinação das funções do Ministério Público, no art. 129, III.<sup>79</sup> Isso impulsionou o desenvolvimento e aperfeiçoamento do processo civil coletivo, com mecanismos que possibilitam a efetividade das garantias, não só individuais, mas também coletivas e sociais. No corpo da Constituição, o legislador constituinte estabeleceu, ainda, formas de controle de sua superioridade, a exemplo do controle de constitucionalidade, o que também pode ser considerado forma de garantia dos direitos dos cidadãos, já que a finalidade do controle de constitucionalidade é impedir que a norma desconforme com os preceitos constitucionais seja aplicada. Assim, por se tratar de normas constitucionais, essas regras são dotadas do caráter de superioridade, cuja observância é obrigatória, especialmente quando da edição de novas regras infraconstitucionais.

---

<sup>77</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 328.

<sup>78</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>79</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

### 3.2 SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Considerada lei fundamental de um Estado, a Constituição situa-se no ápice da pirâmide jurídica<sup>80</sup>, distribuindo-se as demais normas em graus diversos. A superioridade das normas constitucionais deriva, então, de sua rigidez e o processo de alteração dessas normas é mais complexo que o processo de alteração da lei comum. A “supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento e os actos que lhe ficam imediatamente subordinados não podem deixar de ter força superior aos que por ela não são regulados.”<sup>81</sup>

Trata-se de uma regra formal de construção do sistema, como afirma Jorge Miranda:

No entanto, a hierarquia não tem valor por si, exprime coerência intra e intersistemática, liga-se à ordenação explícita ou implícita de instituições, funções, órgãos e formas no sistema. Por isso, deve ser vista basicamente como ‘regra construtiva’ e postulado de lógica formal mais ou menos arquitetado sobre o Direito positivo e dependente de dados variáveis em cada país e momento. Por isso, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade só por ela não ser acatada, nem o problema de invalidade dos actos jurídico-públicos se reconduz à sua violação.<sup>82</sup>

A rigidez constitucional indica a maior dificuldade de modificação das normas constitucionais, ou, nas palavras de José Afonso da Silva:

---

<sup>80</sup> Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*. 4a ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1979, p. 267-269), utiliza uma figura geométrica - uma pirâmide - para mostrar os diferentes escalões normativos, bem como o fundamento de validade do ordenamento jurídico estatal. Segundo o autor: "a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental". Segundo ele, "uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa."

<sup>81</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 485.

<sup>82</sup> MIRANDA, Jorge. *Ibid.*, p. 485.

A 'rigidez constitucional' decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez constitucional emana o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, "é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político". Significa que a constituição se coloca no vértice dos sistemas jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as 'normas fundamentais' de Estado e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.<sup>83</sup>

Da rigidez decorre o princípio da supremacia das normas constitucionais, configurando a "mais eficaz garantia da liberdade e dignidade do indivíduo, já que obriga a enquadrar todos os atos normativos às regras prescritas na Constituição."<sup>84</sup>

Jorge Miranda ensina que a rigidez constitucional é a decorrência natural da adoção, por um Estado, de uma Constituição em sentido formal:

A rigidez constitucional revela-se um corolário natural, histórico (embora não logicamente) decorrente da adopção de uma Constituição em sentido formal. A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas à aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos ou que possa ser afectada por qualquer oscilação ou inversão da situação política.

Em contrapartida, insista-se em que a faculdade formal da revisão se destina a impedir que a Constituição seja flanqueada ou alterada fora das regras que prescreve (por se tornarem patentes as alterações feitas sem sua observância). A rigidez nunca deverá ser, pois, tal que impossibilite a adaptação a novas exigências políticas e sociais: a sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos) da flexibilidade, também ela uma garantia da Constituição.<sup>85</sup>

Supremacia e rigidez constitucional são expressões que se equivalem, na medida em que a superioridade da Constituição a revela como fonte de produção normativa. Efetivamente, a superioridade e rigidez constitucional justificam seu *status* de norma primária, que orienta a produção das

<sup>83</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p.47.

<sup>84</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 55.

<sup>85</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 398.

demais normas do sistema e, ainda, rege a proteção dos valores mais elevados da sociedade, que soem ser os princípios basilares do Estado.

Com muita propriedade, J.J. Gomes Canotilho discorre sobre o tema assim aduzindo:

Ao falar-se do valor normativo da constituição aludiu-se à constituição como 'lex superior', quer porque ela é fonte da produção normativa ('norma normarum') quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior ('superlegalidade material') que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais. A idéia de 'superlegalidade formal' (a constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial 'rigidez' das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, <<agravadas>> ou <<reforçadas>> relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da 'conformidade' substancial de todos os actos do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da constituição. Da conjugação destas duas dimensões – superlegalidade material e superlegalidade formal da constituição – deriva o **princípio fundamental da constitucionalidade dos actos normativos**: os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.<sup>86</sup> (grifo do autor)

Juliano Taveira Bernardes aponta a existência de duas espécies de supremacia constitucional: a material e a formal, sendo esta a qualidade da norma inserida no campo rígido do texto constitucional, ou seja, aquele não sujeito a alteração; enquanto a supremacia material se refere ao conceito material de Constituição. Assim discorre o autor:

De sua vez, a supremacia constitucional divide-se em duas. Supremacia **material** possuem até as constituições flexíveis. Mesmo sem haver fórmulas especiais de revisão, as normas materialmente constitucionais devem inspirar, por parte dos poderes instituídos, acatamento e respeito tanto maior quanto mais arraigadas forem tais normas na consciência jurídica, na cultura e nas convicções de um povo. Ademais, normas de conteúdo constitucional podem estar dispostas em diplomas normativos outros que não na constituição formal (normas não formalmente, mas materialmente constitucionais).

Já por supremacia **formal** entende-se a qualidade da qual se pode revestir uma norma constitucional, independentemente de seu conteúdo, em virtude da simples inserção na parte rígida de determinada

<sup>86</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 890.

constituição escrita. Após ali inserida, a norma não tem como ser validamente alterada por meio dos processos ordinários de criação legislativa. Desse modo, inclusive norma não materialmente constitucional adquire supremacia em relação às normas infraconstitucionais, preservando-se assim a constituição diante de investidas desautorizadas do legislador ordinário.<sup>87</sup>

Em decorrência da superioridade das normas constitucionais, estas limitam o conteúdo das demais normas, conferindo-lhes validade<sup>88</sup>, já que prevalece sobre elas. Logo, todas as normas que confrontarem com a Constituição Federal devem ser extirpadas do ordenamento jurídico. Isso porque, existe “relação hierárquica de fundamentação e derivação entre as normas jurídicas. A unidade do ordenamento estatal é produto da conexão de dependência das normas em relação às que as apóiam, e assim por diante.”<sup>89</sup>

“A estrutura hierárquica do ordenamento jurídico [...], da qual é corolário a supremacia da Constituição [...], conduz ao problema da lei inconstitucional.”<sup>90</sup> Assim, a superioridade das normas constitucionais é resguardada pela sua rigidez, que determina a adoção de “mecanismos que impeçam a substituição ou dificultem a modificação formal do texto constitucional, para que vigore o princípio da supremacia”<sup>91</sup>, pelo *controle de constitucionalidade*

---

<sup>87</sup> BERNARDES, Juliano Taveiras. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.11-12.

<sup>88</sup> Como bem assevera Gomes Canotilho e Vital Moreira (*Fundamentos da Constituição*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991): “A Constituição ocupa o cimo da escala hierárquica no ordenamento jurídico. Isto quer dizer, por um lado, que ela não pode ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo supostamente anterior ou superior e, por outro lado, que todas as outras normas não-de conformar-se com ela.”

<sup>89</sup> BERNARDES, Juliano Taveiras. Op. cit., p. 9.

<sup>90</sup> NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 73.

<sup>91</sup> BERNARDES, Juliano Taveiras. Op. cit., p. 13. Afirma o autor que é; “insuficiente estabelecer processo especial de modificação do texto constitucional se a supremacia constitucional não for preservada por mecanismos de repulsa dos atos incompatíveis produzidos pela atividade legislativa inferior. Ou a constituição impede que a lei contraste com suas prescrições, ou se deve admitir que a constituição pode ser modificada pelo legislador ordinário. De outro lado, se a constituição é a obra de poder constituinte que se sobrepõe aos demais, surgindo conflito entre norma constitucional e norma legislativa, a única solução que se concilia com o primeiro postulado é dar prevalência ao comando da constituição. Logo, além dos mecanismos especiais de revisão, a garantia da supremacia da constituição deve contra com a possibilidade de depreciação da capacidade de conformação jurídica decorrente de condutas inconstitucionais. Com base nessas

*das normas*, que visa a verificar a compatibilidade das normas do sistema jurídico com os ditames constitucionais.

Alessandro Pizzorusso<sup>92</sup>, referindo-se ao modelo italiano, sustenta que a finalidade do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais. É que, no controle de constitucionalidade pela forma difusa, o juiz deixa de aplicar a norma considerada inconstitucional – porque desconforme com a Constituição –, como forma de defesa dos direitos alegados pela parte, mas somente para o caso concreto analisado.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade se apresenta não só como instrumento de fiscalização da superioridade das normas constitucionais, mas também como garantia de prestação de uma tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, proporcionando segurança jurídica para os cidadãos e ressaltando o princípio do acesso à justiça.

A tutela jurídica dos interesses coletivos tem hoje respaldo abrangente na Constituição Federal, a demonstrar não só a relevância dos valores que protege, mas também a superioridade das normas destinadas a essa proteção.

Dessa forma, considerando, ainda, o movimento legal, doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, é natural que floresçam conflitos de interesses não só fáticos (decorrentes de relações jurídicas), mas também conflitos legais, ou seja, incompatibilidade das regras que tutelam tais interesses.

---

premissas, bem como na crescente demanda de racionalização da esfera política, nasceu o **controle de constitucionalidade**. (destaque do autor)

<sup>92</sup> PIZZORUSSO, Alessandro. *Tribunales constitucionales europeos*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 238.

O controle de constitucionalidade, assim, tem papel relevante na fiscalização da garantia desses interesses, bem como contribui para sua efetividade, ainda que analisada caso a caso, posto que as ações coletivas objetivam a solução de conflito de interesses que envolvem diversas pessoas. Aqui é perfeitamente aplicável a afirmação de J.J. Gomes Canotilho:

[...] será através da jurisdição constitucional que o Poder Judiciário compatibilizará a decisão a ser proferida com a 'força normativa da Constituição', garantindo e salvaguardando a supremacia dos preceitos constitucionais através das formas de controle de constitucionalidade previstos no respectivo sistema jurídico.<sup>93</sup>

É evidente que o questionamento da inconstitucionalidade de uma lei, em sede de ação coletiva, será caracterizado como questão prejudicial (controle incidente/difuso), mas também poderá ser o parâmetro para a solução do conflito, que fundamentará a decisão de mérito. A "jurisdição constitucional também se faz sentida quando o Poder Judiciário profere decisões adequadas à proteção e à defesa dos direitos fundamentais [...], afirmando-os como realidade concreta."<sup>94</sup>

Esse entendimento corrobora a afirmação de Alessandro Pizzorusso, acima, de que o controle de constitucionalidade tem como finalidade a proteção de direitos fundamentais.

---

<sup>93</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina, ed. Coimbra, p. 495.

<sup>94</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Jurisdição constitucional e reconhecimento incidenter tantum de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 495.

### 3.3 TUTELA CONSTITUCIONAL DOS INTERESSES COLETIVOS EM SENTIDO AMPLO E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA.

A Constituição Federal de 1988 ofereceu proteção ampla aos interesses coletivos, albergando conceitos, concedendo ao direito do consumidor o status de “direito fundamental” (Art. 5º, XXXII e Art. 170, V), além de criar instrumentos para a efetivação da tutela coletiva, tal como o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, LXX), o mandado de injunção<sup>95</sup> (Art. 5º, LXXI), a ampliação da ação popular (Art. 5º LXXIII) e a previsão da ação civil pública (Art. 129, III). De fato, a tutela dos interesses coletivos se faz sentir em diversos dispositivos dispersos pelo texto constitucional, também com regulamentação infraconstitucional.

Sobre o tema afirma J.E.Carreira Alvim:

As ações coletivas foram previstas pela Constituição de 1988 em diversos dispositivos, ora permitindo que as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, tenham legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente (art. 5º, XXI); ora concedendo mandado de segurança coletivo a partido político com representação no Congresso Nacional, ou a organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5º, LXX, "a" e "b"); ora dispondo que ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou

<sup>95</sup> O mandado de injunção é remédio constitucional previsto no Art. 5º, LXXI, que pode ser ajuizado por qualquer pessoa, cujo direito esteja sendo inviabilizado pela falta de norma regulamentadora. A doutrina tem sustentado sua admissibilidade na defesa de interesses coletivos, mesmo sem expressa previsão na Constituição ou na lei, como Roberto Augusto Castellanos Pfeifer (*Mandado de injunção*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 256-261), ao sustentar como principais fatores: (i) inexistência de restrição expressa da Constituição; (ii) o Art. 5º, LXXI, ao referir a direitos, liberdades e prerrogativas, não alude somente aos meramente individuais; (iii) o capítulo no qual se encontra o Art. 5º da Constituição Federal denomina-se “Dos direitos e garantias individuais e coletivos”. Em síntese, o autor entende ser relevante que a norma constitucional a ser regulamentada disponha sobre interesse coletivo.

administrativas; ora reconhecendo ser função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III), e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V).

Além disso, diversas leis ordinárias, como a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, dispondo sobre a ação civil pública, e a Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, sobre a proteção do consumidor, disciplinam as ações coletivas, que compreendem inclusive os direitos e interesses difusos, projetando no direito brasileiro a segunda onda de acesso à Justiça.<sup>96</sup>

O CDC oferece, em nível infraconstitucional, contribuição expressiva para a tutela dos interesses coletivos, estabelecendo regras processuais para as ações coletivas, especificamente sobre a defesa do consumidor em juízo, bem como apresenta a conceituação legal sobre suas espécies<sup>97</sup>, fator importante para orientar as condutas dos operadores do direito e ainda o próprio cidadão na busca de defesa de seus interesses.

Ressalta-se o papel da Constituição na ampliação dos legitimados ativos para a proteção dos interesses coletivos, quando dispõe sobre a representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (Art. 5º, XXI), sobre os partidos políticos, sindicatos e associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (Art. 5º, LXX), bem como quando disciplina a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações, no resguardo de seus interesses ou direitos (Art. 232).

---

<sup>96</sup> ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

<sup>97</sup> A referida conceituação será apresentada oportunamente, quando do tratamento específico dos interesses coletivos, em capítulo adiante. Neste momento, pode-se destacar que a atuação constitucional alcança não apenas a tutela das situações essencialmente coletivas, como também aquelas outras situações que recomendam um tratamento coletivo, embora em verdade se decomponham em mera justaposição de interesses individuais.

A importância do acolhimento constitucional dos interesses coletivos decorre da evolução da sociedade<sup>98</sup>, ou seja, decorre de um processo histórico na busca pelo aperfeiçoamento do sistema da tutela jurisdicional, tendo em vista o monopólio da jurisdição exercido pelo Estado e a necessidade de criar novos instrumentos que possam solucionar os conflitos de forma adequada.

Mauro Capelletti destaca o tema, aduzindo:

A proteção dos consumidores é tema que a nova Constituição brasileira dedicou numerosas normas de grande interesse, inclusive para o observador estrangeiro. Isso não pode surpreender, se se tem presente que a proteção dos consumidores, e em geral a dos chamados direitos ou interesses 'difusos' – entre os quais ressalta a tutela do ambiente – caracteriza as Constituições mais modernas, aquelas a que, no último pós-guerra, se tem chamado de Constituições 'da segunda geração'. [...]

A vossa Constituição leva em conta essa transformação grandiosa, proclamando desde suas normas iniciais (Título II, 'Dos direitos e garantias fundamentais') que 'a promoção da defesa dos consumidores' é dever fundamental do Estado moderno. Mas, se minha interpretação não está errada, outras normas são relevantes, como a que dispõe que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado, entre outros, por 'associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados' (art. 5º, LXX, b). Direta ou indiretamente relevantes também me parecem o instituto da ação popular (art. 5º, LXXIII) para a proteção do ambiente; a norma que insere o direito à saúde entre os direitos sociais (art. 6º, mas ainda os arts. 196 a 200, onde a saúde é definida como 'direito de todos' e 'dever do Estado'); a norma que inclui entre as atribuições do Ministério Público a defesa dos 'interesses sociais' (art. 127) e a 'ação civil pública para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos', tendo-se presente, por outro lado, que, muito oportunamente, também se dispõe que o exercício de tal ação pública não impede a de outros sujeitos legitimados (art. 129, § 1º). Ao tema específico da defesa dos consumidores e do ambiente volta depois o art. 170, V e VI, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, ao passo que o art. 225 se dedica especificamente a estabelecer que compete a todos o direito a um meio ambiente 'ecologicamente equilibrado', de onde se dessumem uma série de deveres de intervenção pública tendentes a assegurar 'a efetividade' de tal direito (art. 225, § 1º). Admirável é o fato de que, a

<sup>98</sup> Nisso reside peculiar interesse no conhecimento e ajustamento dos fenômenos evolutivos da sociedade. As relações sociais tornam-se complexas e demandam o ajustamento do direito material. A primeira manifestação desta dinâmica, historicamente, vem com a própria atuação da jurisprudência e da doutrina, tentando preencher lacunas no âmbito do direito material. Subsequentemente, o próprio legislador, como ordinariamente acontece, acaba por reconhecer o fato consumado, materializando ou positivando aquilo que a prática vem fazendo valer. Num passo seguinte, há necessidade de implementar o ordenamento com instrumentos aptos a tornar eficazes, ou seja, efetivas e concretas, aquelas situações substanciais que vêm sendo tuteladas juridicamente. Aí entra a função do processo e, por conseguinte, do processualista (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002. p. 29).

uma distância tão curta da Constituição, já se haja editado e deva em breve entrar em vigor um Código de Defesa do Consumidor.<sup>99</sup>

O tratamento constitucional abriu novos horizontes para esses valores – agora mais relevantes para a sociedade – serem objeto de tutela jurisdicional. O debate jurídico se estabeleceu sobre o tema, permitindo ainda a renovação de conceitos até então delimitados, não só no âmbito processual, como no campo do direito material, e até mesmo no da cidadania.

Por se tratar de interesses que envolvem grupos de pessoas, determináveis ou não, cujo objeto é indivisível – isto é, interessa a todos os seus membros, sendo, por isso, necessária uma solução adequada para toda essa coletividade –, os conflitos repercutem sobre vasto campo de interesses nas diversas esferas do direito. Este trabalho, porém, limita-se a analisar a possibilidade de a tutela jurisdicional coletiva postulada realizar o controle de constitucionalidade difuso, instrumento de defesa da supremacia da Constituição Federal e também dos direitos dos cidadãos; no caso, de grupos de pessoas, tendo em vista o debate jurídico instaurado e a relevância prática do tema.

Através do controle difuso de constitucionalidade, como se verá adiante, qualquer órgão jurisdicional pode verificar a compatibilidade material e formal de uma norma jurídica com a Constituição Federal, o que serve, na essência, como questão prejudicial na análise do mérito da demanda proposta. Em outras palavras, pode-se suscitar a constitucionalidade de determinada norma como defesa do direito ou interesse que se pretende ver tutelado.

Assim, em uma ação coletiva, o pronunciamento jurisdicional sobre a questão de constitucionalidade alegada, com a conseqüente tutela do

---

<sup>99</sup> CAPELLETTI, Mauro. *O Acesso dos Consumidores à Justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 310-311.

direito ou interesse coletivo, estaria a beneficiar todos os membros de um grupo, tornando o processo mais efetivo e ampliando o acesso à justiça. Mas há argumentos contrários, no sentido de que essa postura estaria usurpando a competência do STF, tema que será mais bem explorado oportunamente.

Não se questiona a contribuição da tutela jurisdicional coletiva para a efetividade do processo e acesso à justiça, pois, por se referir a um grupo de pessoas, as decisões judiciais emitirão dispositivos que beneficiam a todos. Em consequência, considerada a legitimidade<sup>100</sup> ativa para essas ações, que não requer a presença de todos os membros do grupo em juízo, o número de processos poderá ser reduzido de forma lógica, tornando mais efetiva a atividade jurisdicional, além de ampliar o acesso à justiça, visto que os cidadãos se sentirão estimulados pela referida efetividade, que remete ao ideal de justiça.

Acesso à justiça é princípio inserto na Constituição Federal, especificamente no Art. 5º, XXXV, segundo qual: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O “acesso à justiça” é expressão de difícil delimitação, sendo comum a referência à eficiência e efetividade processual, acessível a todos e que atenda de forma adequada aos anseios sociais. Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>101</sup> reconhecem essa dificuldade conceitual, mas evidenciam duas características do princípio: (i) ser o sistema acessível a todos; e (ii) produzir resultados justos, tais como desejados pela sociedade.

---

<sup>100</sup> A questão da legitimidade ativa para as ações coletivas será abordada em item específico adiante, ressaltando que a referência aqui feita tem por finalidade tornar homogênea a construção teórica.

<sup>101</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 8.

Para J.E.Carreira Alvim, o acesso à justiça envolve diversos fatores na sua conceituação e delimitação, que vão desde a tutela jurídica até à estrutura do Poder Judiciário:

Para mim, o acesso à Justiça compreende o acesso aos órgãos encarregados de ministrá-la, instrumentalizados de acordo com a nossa geografia social, e também um sistema processual adequado à veiculação das demandas, com procedimentos compatíveis com a cultura nacional, bem assim com a representação (em juízo) a cargo das próprias partes, nas ações individuais, e de entes exponenciais, nas ações coletivas, com assistência judiciária aos necessitados, e um sistema recursal que não transforme o processo numa busca interminável de justiça, tornando o direito da parte mais um fato virtual do que uma realidade social. Além disso, o acesso só é possível com juízes vocacionados (ou predestinados) a fazer justiça em todas as instâncias, com sensibilidade e consciência de que o processo possui também um lado perverso que precisa ser dominado, para que não faça, além do necessário, mal à alma do jurisdicionado.<sup>102</sup>

O dispositivo constitucional traz um comando imperativo que veda se impeça alguém de recorrer à Justiça, isto é, *proíbe* “impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.”<sup>103</sup> Evidencia-se que o direito de ação “existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato.”<sup>104</sup>

O destinatário principal da norma do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, acima transcrito, é o legislador.<sup>105</sup> Assim, tem ele o dever de criar instrumentos e aperfeiçoar os existentes para a tutela adequada dos direitos dos jurisdicionados.

<sup>102</sup> ALVIM, J. E. Carreira. Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

<sup>103</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 130.

<sup>104</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Repro nº 108. São Paulo: RT, 2002, p. 23.

<sup>105</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. (Ibid., p. 24-25) afirma que “Este princípio não se dirige apenas ao Legislativo – impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional -, mas também a todos quantos desejem assim proceder, pois, ‘se a lei não pode, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá’ excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.

A contextualização apresentada por Fredie Didier Junior é muito conveniente:

O direito de ação – já visto como incondicionado – pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias de. Não apenas os indivíduos, mas também as pessoas jurídicas e algumas entidades despersonalizadas, como órgãos administrativos (Procon, por exemplo) ou as chamadas pessoas formais (condomínio, massa falida, espólio etc.) têm o direito de formular pretensão perante o Poder Judiciário.

O conteúdo desta garantia era entendido, durante muito tempo, apenas como a estipulação do direito de ação e do juiz natural. Sucede que a mera afirmação destes direitos em nada garante a sua efetiva concretização. É necessário ir-se além. Surge, assim, a noção de tutela jurisdicional qualificada. Não basta a simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça; é necessário adjetivar esta prestação estatal, que há de ser rápida, efetiva e adequada. Esta última característica é que aqui nos interessa: atualmente, fala-se em tutela jurisdicional adequada. O que significa?

O princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução. Ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material. É de onde se extrai, também, a garantia do devido processo legal. E daí se retira o princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional.

O cidadão, para obter aquilo que realmente tem direito de obter, precisa de uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades de seu direito. As medidas não de estar previstas expressamente pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento é que conferem à decisão judicial os penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele requisitos inafastáveis. A importância deste princípio na criação legislativa é, pois, fundamental.<sup>106</sup>

Colha-se também o entendimento de Nelson Nery Junior:

O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso tanto o titular do direito 'individual', quanto o do direito 'meta-individual' (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Como as garantias fundamentais e os direitos sociais (arts. 5º a 8º da Constituição Federal) devem ser interpretados 'ad amplianda' – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam 'ad restringenda' -, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.<sup>107</sup>

<sup>106</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Repro nº 108. São Paulo: RT, 2002, p. 28-30.

<sup>107</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 133-134.

O controle de constitucionalidade se apresenta assim como consequência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, portanto, do acesso à justiça, vindo ao encontro dos postulados do Estado Democrático de Direito. Anote-se, então, que acrescenta Lênio Luiz Streck:

A noção de Estado Democrático de direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissociável que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais.<sup>108</sup>

É inegável que as ações coletivas permitem o acesso à justiça daqueles que, individualmente, não teriam meios de litigar em juízo. A despeito do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, que torna obrigatória ao Estado a prestação jurídica integral e gratuita aos que não têm recursos, sabe-se que na realidade existem demandas reprimidas em face dos custos que envolvem um litígio judicial (contratação de advogado, custas processais, encargos de sucumbência etc), sem olvidar o fato de que grande parte dos cidadãos brasileiros

---

<sup>108</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 127-128. Continua o autor: “A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principlológico. A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais, trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o Welfare State lhe facultou acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo um Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais ad hoc) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais.

ignora ou nem sequer tem discernimento suficiente para compreender seus direitos.

Nesse ambiente, as entidades de representação social têm papel importante, já que legitimados para as demandas coletivas. Tais entidades surgem como corpos intermediários e constituem verdadeiros canais para o exercício da cidadania. Na verdade, “a intervenção dos corpos intermediários pode significar não apenas uma forma de participação na administração da justiça e da gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também um notável elemento de conscientização política”.<sup>109</sup>

O Poder Judiciário, não só em face da sua competência constitucional, mas também como “ponte” entre o cidadão e sua participação na democracia, exerce papel preponderante na sociedade.

Diante da imprecisão dos novos instrumentos para a tutela coletiva, o Poder Judiciário desenvolve tarefa preponderante, visto poder aplicar sua atividade criativa, respaldada no ordenamento, para suprir as lacunas existentes. Isso pode ser extraído do entendimento apresentado por Lênio Luiz Streck:

Neste caso, é preciso que o espírito crítico seja valorizado como tal pela instituição da sociedade – e abre-se a caixa de Pandora ao questionar das instituições existentes, a democracia volta a ser um movimento de auto-instituição da sociedade, quer dizer, surge um novo tipo de regime no sentido pleno do termo.

Dito de outro modo, a própria concepção processual não pode prescindir de juízos de substância: as inadequações das leis só podem ser resolvidas pela tarefa criativa dos juizes, e os indivíduos encarregados de conduzir os processos democráticos necessitam de um espírito crítico para compreender a complexidade da própria democracia, sob pena de,

---

<sup>109</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. Revista de Processo, São Paulo, n. 44, ano 11, p. 113-128, out.-dez. 1986.

a partir de uma formação dogmática e autoritária, construir a antítese do processo democrático.<sup>110</sup>

A evolução das relações sociais requer o acompanhamento produtivo do direito, mas, enquanto não concretizada, reclama postura crítica dos cidadãos e também dos operadores do direito, de modo a não deixar sem respostas qualquer caso posto *sub judice*. Teoria e prática devem (ou deveriam) caminhar harmonicamente, conforme aponta Ada Pellegrini Grinover:

Todavia, é preciso reconhecer o grande descompasso entre a doutrina e a legislação de um lado, e a prática judiciária de outro. Ao extraordinário progresso científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que o Código lhe atribui; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à Justiça, e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.<sup>111</sup>

Nesse contexto, a Constituição Federal (normas e princípios) serve como ponto de partida na tomada de decisão, orientando a conduta, especialmente a Constituição de 1988, que já consagra a proteção de valores atuais da sociedade, que são os interesses coletivos. Evidente, então, que os instrumentos processuais inseridos no ordenamento e ainda o controle de constitucionalidade podem contribuir para efetividade da tutela dos interesses coletivos e, via de consequência, para o acesso à justiça.

---

<sup>110</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 132.

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 177.

### 3.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL

Conforme visto, a Constituição é a norma fundamental de um Estado, contendo seus elementos constitutivos; regulando sua forma, a de seu governo e a de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, a distribuição de competência, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias<sup>112</sup>. As normas constitucionais são dotadas de preeminência em relação às demais leis e atos normativos do sistema, sendo-lhes hierarquicamente superior e conferindo-lhes validade.

A existência do controle de constitucionalidade é inafastável numa sociedade que tem a Constituição como lei maior. A necessidade de se repelir as contradições do sistema, com o fim de proteger a ordem jurídica, não é somente teórica. O controle da constitucionalidade é um dos meios possíveis de proteção de direitos subjetivos dos cidadãos. É o “veículo pelo qual se tornam efetivas as exigências traçadas pelo constituinte à regularidade dos atos praticados por indivíduos ou entidades que devem obediência às normas constitucionais.”<sup>113</sup>

Regina Maria Macedo Nery Ferrari destaca que “Foi a partir da existência das Constituições escritas que pudemos identificar a superioridade da lei constitucional frente à lei ordinária.”<sup>114</sup> Assim, o controle de constitucionalidade

---

<sup>112</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 40.

<sup>113</sup>BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 19.

<sup>114</sup>FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: RT, 1999, p. 21.

só é possível verificar-se em sistemas de carácter constitucional escrito-rígido, "já que só onde se haja estabelecido uma formal diferenciação entre as leis constitucionais e ordinárias é que existe a necessidade de comprovar a adequação das primeiras frente às segundas"<sup>115</sup>.

J.J.Gomes Canotilho se refere ao assunto como a "autoprimazia normativa", a qual evidencia a superioridade hierárquica das normas constitucionais, que não retiram sua validade de outra que lhe possa ser superior: princípio da hierarquia e princípio da constitucionalidade. Assim aduz o autor:

A **autoprimazia normativa** significa que as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, em termos pragmáticos, que a constituição formada por normas democraticamente feitas e aceites (legitimidade processual democrática) e informadas por "escrituras básicas de justiça" (legitimidade material) é portadora de um valor normativo formal e material superior.

A superioridade normativa da constituição implica, como se disse o princípio da conformidade de todos os actos do poder políticos com as normas e princípios constitucionais. Em termos aproximados e tendências, o referido princípio pode formular-se da seguinte maneira: nenhuma norma da hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior – princípio da hierarquia – e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia – princípio da constitucionalidade.<sup>116</sup> (grifo do autor)

Para ele, a garantia da ordem constitucional tem como fundamento a defesa do Estado:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de 'garantias' e de 'sanções': garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de 'protecção', 'defesa', 'tutela ou garantia' da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de **defesa do Estado**, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a

---

<sup>115</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 60.

<sup>116</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 1147-1148.

existência jurídica e fática do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições).<sup>117</sup> Grifos do autor.

Havendo conflito entre uma norma inferior e uma superior, fala-se em ilegalidade, se as referidas normas forem infraconstitucionais e de hierarquia distinta; e fala-se em inconstitucionalidade, se as normas forem de hierarquia distinta e uma delas for uma norma constitucional.

Cooley afirma que nos sistemas onde “a legislatura age sob uma autoridade delegada, limitada pela própria Constituição, e o judiciário é habilitado a declarar o que a lei significa, uma lei inconstitucional deve decair quando ela é submetida à provação das cortes.”<sup>118</sup> A esse entendimento pode ser acrescentado aquele apresentado por Vicente Ráo, que se refere ao sistema federativo e à Constituição escrita, para os quais existem graus distintos na ordem da legislação<sup>119</sup>. Assim afirma referido autor:

O princípio de ‘constitucionalidade’ exige a conformidade de todas as normas e atos inferiores, leis, decretos, regulamentos, atos administrativos e atos judiciais, às disposições ‘substanciais’ ou ‘formais’ da Constituição; o princípio da ‘legalidade’ reclama a subordinação dos atos executivos e judiciais às leis, e, também, a subordinação, nos termos acima indicados, das leis estaduais às federais e das municipais a umas e outras.<sup>120</sup>

Isto significa que, em caso de conflito entre uma norma constitucional e outra inferior, deve prevalecer o contido naquela, uma vez que é ela que fornece fundamento de validade à outra.

<sup>117</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, p. 1147-1148, p. 887.

<sup>118</sup> COOLEY, Thomas Apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

<sup>119</sup> Essa diversidade ou hierarquia entre os atos normativos pode ser visualizada no art. 59 da Constituição Federal, que trata do processo legislativo e assim dispõe: “ O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. É preciso considerar ainda outra espécie de gradação legislativo, ou seja, as leis federais, as Constituições Estaduais e as leis estaduais e municipais, ressalvando que em sede de controle difuso de constitucionalidade também as normas municipais são objeto do referido controle, apenas não havendo previsão expressa de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais em face à Constituição Federal.

<sup>120</sup> RAO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: 1952, nº 221.

O princípio da supremacia constitucional obriga que toda norma de um ordenamento jurídico seja produzida em concordância com os ditames da Constituição, sob pena de ser declarada inconstitucional. Deve ser observado todo seu conteúdo, direta ou indiretamente, inclusive seu “espírito”, conforme aponta C.A. Lúcio Bittencourt:

[...] há mister, para se afirmar a inconstitucionalidade, que ocorra conflito com alguma norma ou algum mandamento da Constituição, embora se considere para esse fim não apenas a letra do texto, mas também, ou mesmo preponderantemente, o ‘espírito’ do dispositivo invocado.<sup>121</sup>

A desconformidade entre uma norma infraconstitucional e a Constituição Federal ocasiona a inconstitucionalidade daquela norma, seja sua contrariedade vertical ou desrespeito ao processo legislativo estabelecido pela Constituição Federal.

André Ramos Tavares sintetiza a importância do controle de constitucionalidade realizado através da jurisdição afirmando:

Em resumo, a proteção da Lei Maior, em especial contra o próprio legislador, representa um dos consectários do constitucionalismo, tendo sido atribuída essa missão a uma das instituições constitucionais, no caso brasileiro, o Poder Judiciário, e com particular deferência ao Supremo Tribunal Federal. A compreensão acerca do exercício da jurisdição tem sido comumente alargada, em muitos países, para abrangar o referido controle das normas infraconstitucionais.<sup>122</sup>

É evidente, pois, que o controle de constitucionalidade é instrumento para a defesa da supremacia da Constituição, cujo papel é cumprido com notoriedade pelo Poder Judiciário, especialmente no sistema brasileiro misto, que confere a todos os órgãos jurisdicionais a competência para tal controle.

Utiliza-se, comumente, a expressão “jurisdição constitucional” para o controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, o qual tem

---

<sup>121</sup> BITTENCOURT, C. A. Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, p. 57-58.

<sup>122</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

como pressuposto básico a idéia de Constituição como conjunto normativo fundamental que deve ser resguardado, o que implica a rigidez constitucional.<sup>123</sup>

Juliano Taveira Bernardes, ao conceituar o controle de constitucionalidade, ratifica a importância desse sistema para a garantia da supremacia constitucional. Aduz o autor que o “controle de constitucionalidade é o conjunto de mecanismos dispostos para garantir a supremacia constitucional, por meio da identificação e eventual reparação de condutas incompatíveis a determinadas normas constitucionais.”<sup>124</sup>

Especificamente quanto ao controle difuso de constitucionalidade, que é objeto deste trabalho, Lênio Luiz Streck apresenta argumentos consideráveis sobre sua importância, no contexto que aqui se insere:

A importância do mecanismo do controle difuso mostra-se absolutamente relevante, uma vez que permite que juízes de primeiro grau e tribunais em suas composições plenárias, mediante incidente de inconstitucionalidade devidamente suscitado, realizem a filtragem constitucional, que vai desde a simples expulsão de um texto inconstitucional, até a correção de textos através dos institutos da interpretação conforme a Constituição e da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto.<sup>125</sup>

O controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário tem ainda a função importante de garantir os direitos dos cidadãos, a soberania popular, em face das instituições públicas e/ou privadas, que detém poderio econômico e estrutural capaz de impedir a realização de seus direitos e interesses. Por isso Lênio Luiz Streck defende que o Poder Judiciário não pode ser uma instituição passiva, anotando:

---

<sup>123</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217.

<sup>124</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

<sup>125</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

[...] entendo que o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade. Na perspectiva aqui defendida, concebe-se ao Poder Judiciário ('lato sensu', entendido aqui como justiça constitucional) uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes do Estado, levando-o a transcender as funções de 'checks and balances', mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias eventuais.<sup>126</sup>

É possível, então, estabelecer uma relação entre o controle de constitucionalidade e a tutela dos interesses coletivos, quando, efetivada a supremacia das normas constitucionais, resulta promovida a defesa efetiva dos interesses de grupos.

Mas é preciso destacar o bem tutelado pela norma inconstitucional, para permitir e facilitar a tarefa jurisdicional de fiscalização, e apontar uma solução adequada. Isso porque a inconstitucionalidade pode estar caracterizada direta ou indiretamente.

### 3.5 TEORIA DA INCONSTITUCIONALIDADE

“Constitucionalidade e inconstitucionalidade designam conceitos de relação; a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – que lhe está ou não conforme”.<sup>127</sup>

A inconstitucionalidade das leis significa sua incompatibilidade com a Constituição Federal, sob diversos aspectos, sendo a inconstitucionalidade

---

<sup>126</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 156.

<sup>127</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 473.

legislativa apenas parcela da inconstitucionalidade considerada em seu sentido amplo, conforme ensina André Ramos Tavares:

A inconstitucionalidade das leis é expressão, em seu sentido mais lato, designativa da incompatibilidade entre atos ou fatos jurídicos e a Constituição. Assim, serve tanto para caracterizar o fato juridicamente relevante da conduta omissiva do legislador, que pode dar ensejo, no Direito brasileiro, ao mandado de injunção e à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como também serve para indicar a incompatibilidade entre o ato jurídico ('lato sensu'), seja o privado, seja o público, e a Constituição. E isso sob seus vários aspectos: agente, forma, conteúdo ou fim.

[...]

A inconstitucionalidade legislativa constitui, portanto, apenas parcela do conceito mais amplo de inconstitucionalidade. Sua importância e suas particularidades, principalmente no que diz respeito aos instrumentos criados para seu controle, fazem com que mereça tratamento autônomo e específico.

De outro lado, a inconstitucionalidade, a par de designar o vício, a falha, a falta de observância com os mandamentos contidos na Constituição, comumente é empregada como expressão designativa da 'sanção', querendo indicar, neste passo, o efeito, a consequência daquela verificação, ou seja, a nulidade do ato caracterizado como inconstitucional no primeiro dos sentidos.<sup>128</sup>

Interessa ao presente estudo a consideração da inconstitucionalidade de forma geral, com a possibilidade de se verificar a conformidade entre uma norma, um ato jurídico ou um comportamento, com a Constituição Federal (suas normas e princípios), a fim de examinar seus reflexos no âmbito da tutela dos interesses coletivos.

A supremacia das normas constitucionais implica o princípio da compatibilidade vertical das leis do sistema normativo de um país, significando que as normas de grau inferior só serão válidas se compatíveis com a Constituição.

Decorre do princípio da hierarquia das leis e enseja a inaplicabilidade da lei desconforme. A caracterização da inconstitucionalidade e

---

<sup>128</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 174-175.

sua declaração produzem efeitos práticos que revelam a importância de seu estudo.

Na consideração da inconstitucionalidade, não importa apenas a aferição puramente normativa; é preciso também a consideração dos fatos reais que lhe servirão de fundamento, para que seja possível um julgamento adequado quanto à referida desconformidade. Inconstitucionalidade implica relação de caráter normativo e valorativo.<sup>129</sup>

Nesse contexto, verificar a possibilidade de controle de constitucionalidade em sede de ação coletiva, significa considerar os fatos que ensejaram sua propositura e quais interesses e direitos estão em jogo, reclamando tutela, bem como qual será o efeito prático dessa postura para a satisfação do interesse ou direito coletivo. O interesse coletivo está calcado em valores relevantes elevando a importância do controle de constitucionalidade nessas espécies de ações, especialmente porque a inconstitucionalidade decorre da violação de direitos e garantias individuais.<sup>130</sup>

Impedir ou dificultar o controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva corresponde a violação do próprio direito ou interesse ou a permissão de sua violação.

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade vertical, que deve existir entre a norma constitucional e as normas a ela subordinadas. Através desse controle, o ato normativo de menor densidade

---

<sup>129</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985, p. 274.

<sup>130</sup> BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 71.

ou positividade jurídica, que afronta o texto da Constituição Federal, é rechaçado do ordenamento.

André Ramos Tavares trata a inconstitucionalidade em sentido amplo, mas evidencia a importância da inconstitucionalidade legislativa, conceituando-a:

A inconstitucionalidade legislativa pode ser definida, pois, como a relação que se estabelece, a partir de uma Constituição vigente, entre esta e uma lei, editada sob sua vigência, e que lhe é hierarquicamente inferior, cujos termos, contudo, são incompatíveis, formal ou materialmente, em vista do que o sistema constitucional determina a produção de certos efeitos (sanção) previamente traçados, que podem ser imediatos ou depender de uma provocação (nulidade ou anulabilidade da lei).<sup>131</sup>

Afirma ainda referido autor:

Conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade é um fenômeno atrelado à estrutura hierárquica do sistema jurídico, verificada na relação entre a Lei Maior e as demais existentes dentro de um sistema jurídico, na medida em que estas não se curvem aos padrões previamente estabelecidos por aquela, violando-os, seja no seu aspecto formal, seja no material. Essa violação surte efeitos, que também são regulados pelo sistema. É na inconstitucionalidade como sanção que se analisarão os instrumentos colocados à disposição para eliminar essas violações, quando tal não ocorra espontaneamente.<sup>132</sup>

J. H. Meirelles Teixeira define a inconstitucionalidade como a "desconformidade da lei ou ato governamental com algum preceito da Constituição"<sup>133</sup>.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari, com apoio em Jorge Miranda, destaca a inconstitucionalidade como "o conflito ou confronto de um comportamento, de uma norma, ou de um ato com a Constituição"<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 187.

<sup>132</sup> TAVARES, André Ramos. *Ibid.*, p. 177.

<sup>133</sup> TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991, p. 378.

<sup>134</sup> FERRARI, Regina Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: RT, 1999, p. 23.

O elemento essencial do conceito de inconstitucionalidade é a desconformidade, a incompatibilidade na relação entre a norma constitucional e as demais normas que compõe o sistema. Assim, em “síntese, dois são os pressupostos fundamentais para que se possa falar em inconstitucionalidade das leis: supremacia constitucional e existência de um ato legislativo.”<sup>135</sup>

A inconstitucionalidade pode se manifestar de diversas maneiras, implicando a classificação doutrinária da inconstitucionalidade em: formal ou material; por ação ou por omissão; total ou parcial; originária ou superveniente, assim explicitada<sup>136</sup>:

- a) formal é a inconstitucionalidade quando as normas são criadas por autoridade incompetente ou nasce em desacordo com formalidades ou procedimentos exigidos pela Constituição, sendo, portanto, total, porque atinge a lei na fase de elaboração. Na inconstitucionalidade formal há o desatendimento do modelo de elaboração da norma estabelecido pela própria Constituição;
- b) a inconstitucionalidade material ocorre quando é violado o conteúdo de um preceito ou princípio da Constituição, ou seja, o conteúdo da norma considerada inconstitucional está em desconformidade com o conteúdo da Constituição; refere-se, pois, ao próprio conteúdo do ato e "envolve não só o

---

<sup>135</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 175.

<sup>136</sup> José Joaquim Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 257) preleciona que: o princípio da constitucionalidade só pode conceber-se hoje como princípio de conformidade material e formal dos actos normativos infraconstitucionais, pelo que a legitimidade constitucional das leis deve ser apreciada tendo em vista não apenas uma exigência de compatibilidade (o que postularia tão-somente uma vinculação negativa e um pensamento de limites) mas também a exigência de conformidade, o que pressupõe um aprofundamento da heteronomia vinculante positiva das normas constitucionais.

contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo".<sup>137</sup>

- c) a inconstitucionalidade por ação consiste na prática de um ato contrário à Constituição, pela elaboração de uma lei ou pela materialidade de um comportamento incompatível com a Constituição Federal;
- d) a inconstitucionalidade por omissão implica a omissão do dever constitucional de legislar. "Verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais"<sup>138</sup>.
- e) a inconstitucionalidade por ação total ocorre quando a eiva recobre toda a lei, nada sendo aproveitável, ou seja, a desconformidade entre a norma e a Constituição é total;
- f) a inconstitucionalidade por ação parcial é verificada quando o vício afeta apenas uma parte da norma ou mesmo e, tão somente, uma ou algumas normas de um diploma legal, permitindo a eliminação somente da parte viciada;

---

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 28. Anota o autor: "Costuma-se proceder à distinção entre inconstitucionalidade material e formal, tendo em vista a origem do defeito que macula o ato questionado. Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, independentemente de seu conteúdo, referindo-se, fundamentalmente, aos pressupostos e procedimentos relativos à sua formação. Os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo do ato, originando-se de um conflito com princípios estabelecidos na Constituição. E, evidentemente, a inconstitucionalidade material envolve não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo".

<sup>138</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros: 1998, p. 49.

- g) a inconstitucionalidade material originária “significa que a lei, embora existente, é inválida”<sup>139</sup>;
- h) a inconstitucionalidade superveniente implica a inexistência da lei.

As classificações previstas nas duas últimas alíneas acima levam em consideração os momentos da edição das normas constitucionais indicando que uma lei editada em compatibilidade com a ordem constitucional pode vir a se tornar com ela incompatível em virtude de mudanças ocorridas nas relações fáticas ou na interpretação constitucional.

É a partir da consideração dessas espécies de inconstitucionalidade que o juiz conseguirá abreviar a aplicação da norma inconstitucional. E essa classificação facilitará a identificação da norma inconstitucional que estiver a limitar ou prejudicar os interesses coletivos e limitará a atuação do julgador.

---

<sup>139</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197.

## 4 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA BRASILEIRO

### 4.1 ORIGEM

A origem do controle difuso de constitucionalidade pode ser atribuída ao Direito Norte Americano, no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, relatado pelo juiz da Corte Suprema, John Marshall, que apresentou a tese da superioridade das normas constitucionais sobre todas as demais normas do sistema.

Tem como fundamento a idéia anglo-saxônica de "impeachment", Conforme observa J.J.Gomes Canotilho:

A atribuição, a um órgão jurisdicional, do conhecimento e julgamento de «atentados à constituição», radica na velha ideia anglo-saxônica do 'impeachment', isto é, na idéia de 'crimes de responsabilidade' cometidos pelo órgãos supremos do Estado («alta traição», «atentados à constituição», «delitos ministeriais»).<sup>140</sup> (grifo do autor)

A doutrina clássica norte-americana, a partir do julgamento do caso *Malbury v. Madison*, em 1803, firmou então o princípio de que todo ato legislativo contrário à Constituição é nulo. Na referida decisão, o Juiz Marshall optou expressamente por prestigiar o comando constitucional, em detrimento de leis ordinárias, estabelecendo o precedente de que toda e qualquer norma deve obediência aos comandos maiores da Constituição, não podendo contrariá-la, sob

---

<sup>140</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 893.

pena de ser invalidada. Consignou, em passagem memorável do célebre aresto, o seguinte:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir que a legislatura possa alterar a Constituição por medidas ordinárias. Não há por onde se contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável mediante processos comuns, ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável à vontade da legislatura. Se a primeira é verdadeira então o ato legislativo contrário à Constituição não será lei; se é verdadeira a segunda, então as Constituições escritas são esforços inúteis do povo para limitar um poder pela sua própria natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram no objetivo de determinar a lei fundamental e suprema da nação; e conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser a da nulidade de qualquer ato da legislatura ofensivo à Constituição. Esta doutrina está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, assim, deve-se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.<sup>141</sup>

Era a consagração do princípio da Supremacia Constitucional, pedra angular do atual Estado Democrático de Direito, no qual a Constituição, por ser um conjunto de normas fundamentais – produto do pacto social, do poder constituinte originário, que alicerça a ordem jurídica do Estado –, sobrepõe-se às demais normas e leis.

Esses modelos indicam o nascedouro do sistema de controle de constitucionalidade e marcam o início de sua evolução histórica.

O sistema de controle de constitucionalidade norte-americano funda-se, basicamente, no *dever-poder* dos magistrados de interpretar e aplicar o direito "válido" ao caso concreto<sup>142</sup>, sendo, por isso, denominado de *judicial review*, ou sistema difuso.

<sup>141</sup> cf. The Writings of John Marshall, late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution. Boston, 1839, p. 24-25, apud MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

<sup>142</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 84.

No início do século XX, o jurista austríaco Hans Kelsen, baseado nos postulados de sua Teoria Pura do Direito, idealizou um novo sistema de garantia da supremacia da Constituição, que exigia a criação de um órgão especial com a função de verificar a conformidade das leis aos princípios estabelecidos por ela. Criou-se o Tribunal Constitucional com competência exclusiva para o controle judicial de constitucionalidade; sistema adotado pela Constituição da Áustria de 1920, e implementado em 1929.

Nesse sentido, colham-se as informações de Alexandre de Moraes:

Posteriormente, em 1920, a Constituição austríaca criou, de forma inédita um tribunal - Tribunal Constitucional - com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos, em oposição ao sistema adotado pelos Estados Unidos, pois não se pretendia a resolução dos casos concretos, mas a anulação genérica da lei ou ato normativo incompatível com as normas constitucionais.<sup>143</sup>

No modelo austríaco, a supremacia da Constituição é garantida exclusivamente pelo Tribunal Constitucional, que tem a última palavra em matéria de inconstitucionalidade das leis, consagrando um sistema concentrado de controle de constitucionalidade.<sup>144</sup>

J.J. Gomes Canotilho chama o modelo austríaco de justiça constitucional autônoma, que influenciou o desenvolvimento da justiça constitucional moderna:

Saliente-se, por último, a importantíssima influência no desenvolvimento da justiça constitucional autônoma ('Verfassungsgerichtsbarkeit'). Tratou-

---

<sup>143</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: 205, pp. 630-631.

<sup>144</sup> A instituição desse sistema concentrado de constitucionalidade no ordenamento austríaco estendeu-se pela Europa, cujos países sentiam a necessidade de sujeição da vontade parlamentar às normas constitucionais, após a constatação da crise na democracia representativa e o distanciamento entre a vontade popular e a vontade legislativa durante o período nazista, o que fez surgir a necessidade de um controle jurisdicional de constitucionalidade, demonstrando a necessidade de adoção do *judicial review* pela Lei Fundamental alemã de 1949. (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: 205, p. 631).

se de criar um tribunal especial com a função de controlar, de forma abstracta e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais, onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional.

As premissas teórico-jurídicas da «justiça constitucional» no figurino austríaco são conhecidas: configurava-se o ordenamento jurídico como uma pirâmide hierárquica de normas, garantindo-se a hierarquia normativa através do controlo da constitucionalidade das normas de grau inferior com as determinantes normativas de grau superior. O controlo da conformidade das leis com o parâmetro normativo superior justificaria, nesta perspectiva, a existência de um Tribunal Constitucional. «Uma constituição - afirmou em termos clássicos H. Kelsen - na qual não existia a garantia de anulabilidade dos actos inconstitucionais não é plenamente obrigatória em sentido técnico». A convergência de todas estas ideias explica, em grande medida, o leque de competência dos actuais tribunais constitucionais e permite recortar os grandes «campos problemáticos» da justiça constitucional.<sup>145</sup>

Os dois sistemas de controle, difuso e concentrado, possuem técnicas muito diferentes, mas a principal distinção está relacionada aos efeitos da sentença de pronúncia de inconstitucionalidade.

Mauro Cappelletti, analisando o controle de constitucionalidade sob o enfoque de seus efeitos, explica que o sistema norte-americano de controle de inconstitucionalidade tem carácter meramente declaratório e o sistema austríaco assume o carácter de invalidade e conseqüente ineficácia das leis que confrontam a Constituição. Assim, como conseqüência, no primeiro sistema, a eficácia da sentença (meramente declaratória) opera, em princípio *ex tunc*, retroativamente; e no sistema austríaco, a eficácia (constitutiva, ou seja, de anulação) do pronunciamento de inconstitucionalidade opera *ex nunc*, ou prospectivamente, isto é, para o futuro, não se admitindo qualquer retroatividade da eficácia da anulação.<sup>146</sup>

É preciso citar ainda o modelo francês, que exerce fiscalização política da constitucionalidade das leis, realizado pelo Conselho Constitucional

<sup>145</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 886.

<sup>146</sup> CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 117.

durante o processo legislativo. Trata-se de um sistema preventivo de controle de constitucionalidade por órgão político, "ainda quando adota processo jurisdicionalizado, e fiscalização necessariamente concentrada, seja preventiva ou 'a posteriori'".<sup>147</sup>

Sobre o modelo francês afirma Alexandre de Moraes:

O modelo francês prevê um controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Conselho Constitucional, que, no transcurso do processo legislativo, poderá, desde que provocado pelo Governo, ou pelo presidente de qualquer das Casas legislativas, analisar a constitucionalidade de uma proposição ou de uma emenda, antes de sua promulgação, devendo pronunciar-se no prazo de oito dias. Ressalte-se, porém, a excepcionalidade prevista no art. 37.2 da Constituição francesa, que previu uma forma de controle repressivo de constitucionalidade. Trata-se da possibilidade de o Conselho Constitucional francês analisar abstratamente a repartição constitucional de competências entre o Governo e o Parlamento. Como salienta Favoreu, 'o sistema de repartição de competências entre a lei e o regulamento provocou, por fim, o surgimento na França de um controle de constitucionalidade das leis'.<sup>148</sup>

O Direito brasileiro, atualmente, admite o controle de constitucionalidade incidentemente e também por via de ação. Entretanto, longo foi o caminho percorrido para que se chegasse a este estágio.

A partir da notícia da origem do sistema difuso de controle de constitucionalidade é possível conhecer a evolução história no Brasil.

---

<sup>147</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, t.2, p. 322.

<sup>148</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 632.

## 4.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO BRASIL

O Direito Brasileiro, na vigência da Constituição de 1824, desconheceu mecanismo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. Durante o período imperial, a guarda da Constituição Federal era de competência do Poder Legislativo, por influência dos sistemas inglês e francês, embora não houvesse procedimento específico regulamentado. É o que anota Clèmerson Merlin Clève:

[...] durante o Império, o direito brasileiro sofria a influência das concepções então em voga na Europa, especialmente na Inglaterra e na França. Pois ambos os países desconheciam qualquer modelo de fiscalização da constitucionalidade. O princípio da 'supremacia do Parlamento' (Inglaterra) e a concepção da lei enquanto 'expressão da vontade geral' catalisada pelo Legislativo (França) constituíam obstáculo à instituição da fiscalização da constitucionalidade tal como já experimentada nos Estados Unidos.<sup>149</sup>

A existência de Poder Moderador também inviabilizou um sistema de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário, competindo ao Imperador a solução dos conflitos entre os Poderes. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação, por isso, cabia a ele manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes, de tal sorte que restou prejudicada a fiscalização da constitucionalidade pelo Judiciário.

O controle era, então, político, exercido em tese pelo Poder Legislativo, com as interferências do Poder Moderador.

---

<sup>149</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 80.

Com a Constituição de 1891, as instituições políticas brasileiras passaram por profunda reformulação. A doutrina jurídica norte-americana exerceu forte influência sobre o sistema constitucional que o país implementou. O Brasil adotou a República, o Presidencialismo, o Legislativo bicameral com um Senado representativo dos Estados, a Federação e o modelo de organização judicial com a Suprema Corte e a Justiça Federal, seguindo os passos já experimentados pelos Estados Unidos.

Sob a influência do constitucionalismo norte-americano, introduzido por Rui Barbosa, o controle difuso de constitucionalidade ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, mas de forma incipiente. E, para tornar o sistema efetivo, foi promulgada a Lei Federal nº 221, a qual organizou a Justiça Federal, estabeleceu competência para juízes e Tribunais apreciarem a constitucionalidade de leis e regulamentos, e deixar de aplicá-las aos casos concretos.

Dessa forma, implicitamente, a Constituição de 1891 reconheceu – para todos os órgãos do judiciário – competência para fiscalização da constitucionalidade, incluindo-a expressamente na *competência dos Juízes e Tribunais Federais*, para processar e julgar as causas em que alguma das partes fundamentasse seu pedido em dispositivo da Constituição Federal, como, também, na competência recursal do Supremo Tribunal Federal, então criado para conhecer e julgar recursos das decisões de última instância das Justiças dos Estados, quando: (i) se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal Estadual fosse contra ela e, ainda (ii) quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados, em face da

Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal Estadual considerasse válido esses atos, ou essas leis impugnadas<sup>150</sup>.

Esse sistema também fora adotado pela chamada Constituição Provisória, de 22 de julho de 1890 (Decreto nº 510). Nota-se, deste modo, que a Constituição de 1891 adotou o modelo difuso, incidental e sucessivo, de fiscalização da constitucionalidade.

Em 1934, a Constituição manteve o critério difuso e incidental, em seu Art. 76, inc. III, alínea "a", e introduziu três inovações de extrema relevância para o aperfeiçoamento do sistema no Brasil, a saber:

- 1) determinou que, nos tribunais, a inconstitucionalidade somente poderia ser declarada pelo voto da maioria absoluta de seus membros, princípio reiterado nas Constituições que lhe sucederam, inclusive a atual, conforme art. 97;
- 2) criou a ação direta interventiva<sup>151</sup>, mediante provocação do Procurador Geral da República e sujeita à competência originária do Supremo Tribunal Federal, para intervenção federal nos Estados;
- 3) atribuiu ao Senado Federal competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando houvessem sido

---

<sup>150</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 281-282.

<sup>151</sup> Conforme ensina Fernando Luiz Ximenes Rocha, a "representação interventiva, sem dúvida, assumiu grande importância para o aprimoramento de nosso sistema de controle de constitucionalidade, pois, como noticia Gilmar Ferreira Mendes, 'muitas decisões proferidas nesse processo serviram para esclarecer importantes questões constitucionais sobre a compatibilidade do direito constitucional de diferentes Estados com a Constituição Federal e tiveram influência decisiva sobre o desenvolvimento do direito constitucional estadual.'" (In: *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.68).

declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário, princípio que também foi reiterado pelas Constituições seguintes, à exceção da Constituição de 1937, e se revelou na inovação mais importante.

Essa terceira inovação representou um marco na evolução do sistema de controle da constitucionalidade, pois até então contava o instituto com a declaração sob o critério difuso (via de exceção), que produzia efeitos apenas *inter partes*, não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, que poderiam continuar aplicando aquele dispositivo normativo. Assim, a atribuição da competência ao Senado Federal, para suspender a execução da lei declarada inconstitucional, aparece como solução ao problema, vez que implicava verdadeira atribuição de eficácia *erga omnes* àquela decisão, resguardando-se, contudo, o princípio da separação dos poderes.

A Constituição de 1937 representou verdadeiro retrocesso para o sistema de controle de constitucionalidade, posto que, mantendo a orientação ditatorial que regia o país, criou um mecanismo para tolher a atuação do Poder Judiciário no exercício de sua competência de declarar a inconstitucionalidade, ao mesmo tempo em que garantia o fortalecimento do Poder Executivo. Deixou de lado as inovações trazidas pela Constituição de 1934, apenas mantendo a exigência de maioria absoluta dos membros do Tribunal, para a declaração de inconstitucionalidade.

O retrocesso se verificou com a previsão, no parágrafo único do Art. 96<sup>152</sup>, de um reexame – pelo Parlamento – da matéria examinada, diminuindo

---

<sup>152</sup> Assim dispõe o Art. 96: No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da república, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de

assim a autoridade do Poder Judiciário. Houve, nesse período, uma involução do sistema de controle de constitucionalidade, e o Poder Executivo assumiu uma preeminência nítida ao provocar as alterações, outorgando ele mesmo a Constituição. "Na verdade, a Constituição de 1937 nem sequer chegou a ser aplicada. O Presidente Vargas, [...], preferiu governar indefinidamente, sem qualquer sistema limitativo dos seus poderes."<sup>153</sup>

A Constituição de 1946 restaurou o sistema do *judicial review* em sua plenitude, implementando, inclusive, alguns aperfeiçoamentos, mas mantidos o modelo inaugurado com a Constituição de 1891, e as novidades inseridas pela Constituição de 1934.

A competência do Senado Federal para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou decreto declarados inconstitucionais pelo Judiciário, foi mantida, embora o anteprojeto tivesse eliminado tal competência. Acrescentou ainda que o pronunciamento de inconstitucionalidade deveria ser definitivo, ou seja, a decisão do STF deveria ter transitado em julgado.

Quanto à representação interventiva, embora preservada, assumiu com a Carta de 1946, nova configuração, que passou a subordinar-se à declaração do ato pelo Supremo Tribunal Federal, conforme disposto no parágrafo único do Art. 8º daquela Lei Suprema.

A Emenda nº 16/65, à Constituição de 1946, instituiu a fiscalização abstrata (controle concentrado) da constitucionalidade dos atos normativos federais e estaduais. Alterou o Art. 101, I, "k", da Constituição de

---

interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

<sup>153</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 69-70, citando Afonso Arinos de Melo Franco.

1946, acrescentando às competências originárias do STF a de processar e julgar originariamente "representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República"<sup>154</sup>.

Este dispositivo desvinculava a declaração de inconstitucionalidade de uma finalidade específica, criando a figura do controle em tese, não envolvendo as problemáticas de um caso concreto, o que "veio somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo"<sup>155</sup>.

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade, mas foram suprimidas as representações de inconstitucionalidade da competência dos tribunais de justiça. A emenda nº 07/77 criou a representação para a interpretação da lei. O STF passou a manifestar-se pelo efeito *erga omnes* das decisões de procedência de representações de inconstitucionalidade.<sup>156</sup>

A Constituição atual manteve a declaração de inconstitucionalidade por via de defesa ou exceção (Art. 102, III, a, b e c), e por via de ação direta (Art. 102, I, a).

Não obstante, importantes avanços foram introduzidos com vistas ao aperfeiçoamento e à democratização da fiscalização constitucional. Com efeito, a Constituição de 1988:

---

<sup>154</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1965.

<sup>155</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 92.

<sup>156</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

- a) ampliou o número dos legitimados ativos para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade (Art. 103), extinguindo o monopólio do Procurador-Geral da República;
- b) introduziu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Art. 103, §2º), o mandado de injunção (Art. 102, I, q) e a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (Art. 102, §1º, antigo parágrafo único);
- c) previu a instituição, nos Estados-Membros, de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual (Art. 125);
- d) exigiu, ademais, a manifestação do Procurador-Geral da República em todas as ações de inconstitucionalidade, bem como nos demais processos de competência do Supremo Tribunal Federal; e, finalmente,
- e) exigiu a citação do Advogado-Geral da União que, nas ações diretas, deverá defender, na qualidade de verdadeiro curador, o ato impugnado.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, dando nova redação ao Art. 102, I, a, introduziu a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, "com a pretensão de, proporcionando a certeza do direito, desenvolver novo sistema de proteção à supremacia da Constituição".<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª edição. São Paulo: RT, 1999, p. 102.

Em 10 de dezembro de 1999, foi promulgada a Lei nº 9.868, que "Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal", a qual trouxe inovações no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Entre elas, seguindo a tendência de atenuação do dogma da nulidade absoluta do ato inconstitucional, permitiu, em seu Art. 27, que o STF restrinja os efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade ou determine o momento da produção de seus efeitos:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.<sup>158</sup>

Tal preceito foi criado a partir do modelo estabelecido no Art. 282, §4º, da Constituição Portuguesa, que atribui ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de restringir o alcance, de regra retroativo, dos veredictos de inconstitucionalidade, sempre que, a juízo da corte, em decisão fundamentada, a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo exigirem se reduza a eficácia daqueles pronunciamentos.

Jorge Miranda explica que a fixação dos efeitos da inconstitucionalidade destina-se a adequá-los às situações da vida, a ponderar o seu alcance e a mitigar uma excessiva rigidez que pudesse comportar, com vistas a evitar que, para fugir a conseqüências demasiado gravosas da declaração, o Tribunal Constitucional viesse a não decidir pela ocorrência de

---

<sup>158</sup> BRASIL. Lei nº 9.868/99.

inconstitucionalidade. "É uma válvula de segurança da própria finalidade e da efetividade do sistema de fiscalização."<sup>159</sup>

Antes da inovação trazida pela Lei nº 9.868/99, a falta de um instituto que permitisse estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade acabava por obrigar os Tribunais, muitas vezes, a se absterem de emitir um juízo de censura, declarando a constitucionalidade de leis manifestamente inconstitucionais.

A regra continua sendo a da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade. Todavia, como se depreende do Art. 27 da Lei 9.868/99, em casos excepcionais, para atender a razões de segurança jurídica e interesse social, o STF, por maioria qualificada, poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ou decidir que ela só produza efeito a partir da data de seu trânsito em julgado, ou de outro momento que venha a ser fixado. Portanto, o efeito da sentença pode ser *ex tunc*, mas com retroatividade limitada, não se projetando até a data da entrada em vigor da norma impugnada e, neste caso, não são absolutos esses efeitos. Assim como pode a decisão incidir *pro futuro*, começando a produzir efeitos num dia posterior ao do trânsito em julgado da sentença, que no caso, é prospectiva.

Entendeu, portanto, o legislador que, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de se reconhecer a possibilidade de o STF, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a decisão com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, especialmente naqueles casos em

---

<sup>159</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.500.

que a declaração de nulidade se mostre inadequada, ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional.<sup>160</sup>

### 4.3 SISTEMÁTICA DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle por via incidental é exercido por todos os órgãos jurisdicionais e somente é exercitável em vista de um caso concreto, recebendo, por isso, outras designações: controle concreto, aberto, incidental, descentralizado ou por via de exceção.

A declaração de inconstitucionalidade não é o objetivo principal da lide, e, sim, questão prejudicial, antecedente e incidente, mas necessária para o alcance da solução do litígio *sub judice*. Destarte, não se trata de declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução de caso concreto.

Nesse sentido, veja-se o entendimento de J.J. Gomes Canotilho:

---

<sup>160</sup> A doutrina contesta a própria constitucionalidade da inovadora lei. Sustentam que a alteração legislativa introduzida pela citada lei só poderia ocorrer, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de emenda constitucional que ampliasse a competência do Supremo Tribunal Federal para declarar os efeitos de suas decisões finais de inconstitucionalidade, alterando os dispositivos nos quais a própria Carta Magna dispõe sobre o assunto. Defendem que seria preciso uma emenda constitucional que modificasse a natureza jurídica das ações que compõem o controle abstrato de constitucionalidade de normas, para que essas pudessem se adequar aos casos concretos atingidos pela declaração de inconstitucionalidade de lei. Deste modo, por não cumprir o processo legislativo corretamente e afrontar diretamente a Constituição Federal de 1988, diz-se que a Lei 9.868/99 é manifestamente inconstitucional. Todavia, o Supremo ainda não se manifestou a respeito. Não obstante tais questões, não há que se negar a importância da Lei 9.868/99 para a evolução do processo de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, pois concede ao Judiciário certo poder para adaptar os efeitos temporários da decisão de inconstitucionalidade às peculiaridades do caso, evitando, assim, fórmulas rígidas e absolutas.

No controlo por via de incidente a inconstitucionalidade do acto normativo só pode ser invocada no decurso de uma acção submetida à apreciação dos tribunais. A questão da inconstitucionalidade é levantada, por 'via de incidente', por ocasião e no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo ou outro), e é discutida na medida em que seja 'relevante' para a solução do caso concreto. Este controlo chama-se também controlo por 'via de excepção', porque «a inconstitucionalidade não se deduz como alvo da acção, mas apenas como subsídio da justificação do direito, cuja reivindicação se discute».<sup>161</sup> (grifo do autor)

Em razão disso, um caso concreto é requisito para que haja o controle indireto; ou seja, necessária a existência de um litígio por violação de algum direito, decorrente da incidência de uma norma contrária à Constituição.

Segundo ensina Michel Temer, o controle difuso de constitucionalidade possui as seguintes peculiaridades:

- a) só é exercitável à vista de caso concreto, de litígio posto em Juízo;
- b) o juiz singular poderá declarar a inconstitucionalidade de ato normativo ao solucionar o litígio entre as partes;
- c) não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas de exigência imposta para a solução do caso concreto;
- d) a declaração, portanto, não é o objetivo principal da lide, mas incidente, consequência.<sup>162</sup>

Juliano Taveira Bernardes assinala alguns fatos que justificam a prevalência do controle difuso de constitucionalidade no Brasil:

De acordo com o que foi visto anteriormente, no direito brasileiro, prevalece o controle de constitucionalidade feito por órgãos judiciais. Justifica-se essa afirmação não só por competir ao STF a tarefa de guardião maior da Constituição (CF/88, art. 102, *caput*), mas principalmente porque: (a) o controle preventivo também pode ser exercido pela via judicial; (b) o controle repressivo, regra geral, insere-se na reserva absoluta de jurisdição conferida a órgãos do Judiciário ("monopólio da primeira palavra" sobre a questão); e (c) mesmo nos casos em que não vigora reserva absoluta de jurisdição, é cabível que o Judiciário exercite seu "monopólio da última palavra" sobre o tema constitucional (reserva relativa de jurisdição).

Por outro lado, influenciado tanto pelo modelo americano quanto pelo austríaco, classifica-se o controle judicial de constitucionalidade, em face das categorias de órgãos que o realizam, como um controle misto. Misto porque abrange o controle difuso, inserido na competência de todos os órgãos judiciais (controle concreto), bem como o controle concentrado (abstrato), que se reserva ao STF, em controvérsias suscitadas em face da Constituição Federal, e aos tribunais de justiça dos Estados-membros

<sup>161</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 899.

<sup>162</sup> TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1989, p. 44.

e do Distrito Federal, nas questões relativas às constituições estaduais e à Lei Orgânica do Distrito Federal.<sup>163</sup>

Qualquer pessoa que se sentir lesada por algum ato normativo pode pleitear, diante de um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade da lei causadora da lesão. Não importa se a pessoa lesada pela norma inconstitucional é aquela que pede a prestação da tutela jurisdicional ou aquela contra a qual se pede. Na verdade, a inconstitucionalidade é argüida pela parte para a defesa de seu interesse porque viola um direito seu e a questão é prejudicial de mérito.

Por esta razão, a expressão controle por “via de defesa” é criticada. Não se trata de defesa propriamente dita, de defesa como direito à opor-se à ação que lhe foi movida. O termo *defesa* aqui tem sentido bastante amplo e significa a possibilidade de opor-se a qualquer ato que seja contrário a um direito. Seguindo esse raciocínio, a expressão “via de defesa” também recebe críticas porque faz lembrar a defesa feita pelo réu no processo.

Em sendo assim, deve-se preferir utilizar a expressão controle incidental ou concreto, e não controle por via de *defesa* ou de *exceção*.

Nesta forma de controle, a questão de constitucionalidade pode ser reconhecida *ex officio* pelo juiz. Diante da verificação de que existe uma contradição entre uma lei e a Constituição, e que esta contradição causa prejuízo a uma das partes, o juiz deve declarar a inconstitucionalidade da lei, que deixa de ser aplicada ao caso sob exame. Ressalta-se que, ao fazer isso, o juiz não estará beneficiando uma das partes, com parcialidade, mas tão-somente aplicando o direito ao caso concreto.

---

<sup>163</sup> BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 65.

Também o Ministério Público pode argüir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando atuar no processo, seja como parte, seja como fiscal da lei.

Regina Maria Macedo Nery Ferrari assinala que "a questão de inconstitucionalidade pode ser apreciada por qualquer órgão do Poder Judiciário, individual ou coletivo, comum ou especial, caracterizando o sistema difuso"<sup>164</sup>. Assim, qualquer órgão jurisdicional tem competência para promover este controle. Mais especificamente, pode-se dizer que o órgão competente para conhecer da ação terá também competência para decidir sobre a inconstitucionalidade.

Quanto aos resultados práticos que surgem com o controle difuso de constitucionalidade, assim se manifesta Fernando Luiz Ximenes Rocha:

Entretanto, o controle difuso não tem o condão de anular a lei inconstitucional e tampouco a retira do ordenamento jurídico; ele apenas não a aplica ao caso concreto, podendo a mencionada lei ser ministrada em outra demanda, por outro órgão judicante ou até pelo mesmo, a menos que o poder competente a revogue ou, ainda, no caso de a lei haver sido declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, o Senado suspenda sua execução, nos termos preconizados pelo art. 52, X, da Constituição da República.<sup>165</sup>

Estando o processo, no qual é argüida a questão de inconstitucionalidade, no tribunal, seja em razão de sua competência originária, seja em razão do exercício do direito de recurso, tem incidência a regra do Art. 97 da Constituição Federal.<sup>166-167</sup>

<sup>164</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 138.

<sup>165</sup> ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.60.

<sup>166</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão aos tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>167</sup> Não se pode atribuir natureza de efeito vinculante ao precedente do plenário ou da corte especial que decide a questão constitucional nos termos exigidos pelo art. 97 da CF/88. De fato, vinculação propriamente dita só há em relação ao órgão fracionário que suscitou o incidente, o que não se confunde com a dispensa da observância da cláusula de reserva de plenário nos processos semelhantes (CPC, art. 481, parágrafo único, na redação dada pela Lei nº 9.756/98).

#### 4.4 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O estudo do direito comparado pode oferecer contribuições significativas para o presente trabalho, em vista das particularidades dos diversos ordenamentos jurídicos existentes, em especial os aqui colecionados, por sua relevância histórica sobre o tema e semelhanças com o sistema brasileiro.

Paulo Dourado de Gusmão assim define o direito comparado:

Direito comparado é a parte da ciência jurídica que tem por objeto a comparação de direitos de diferentes países, sociedades, civilizações ou de épocas diversas com o objetivo de descobrir seus princípios comuns e suas diferenças e, excepcionalmente, quando possível, propor uniformizações jurídicas ou unificações de legislações.<sup>168</sup>

O direito comparado é ramo da ciência jurídica do mundo ocidental atual, especificamente do século XX<sup>169</sup>, e pode ser considerado "uma tentativa de unificação do direito de um mundo dividido."<sup>170</sup>

Conforme visto, o surgimento do Direito Comparado não é preciso na história do Direito, mas foi a partir da obra de Lambert (1903) – *La fonction du*

---

Tanto é que nada impede, em casos futuros, que os componentes dos órgãos fracionários proponham revisão do entendimento fixado no plenário ou pelo órgão especial do Tribunal (BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71, nota 182).

<sup>168</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16.

<sup>169</sup> Paulo Dourado de Gusmão (*Introdução ao Estudo do Direito*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13) afirma que embora seja o direito comparado um ramo da ciência moderna, já na "Antiguidade tivemos com Aristóteles o estudo comparativo das constituições gregas, depois com Montesquieu, o das instituições políticas inglesas. Os estudos etnológicos de Bachofen, Post e Summer Maine, no terreno das organizações jurídico-sociais dos povos arcaicos, podem ser considerados também como de direito comparado." Referido autor, citando Cândido Luís de Oliveira, afirma que no Brasil, "o Decreto nº 7.427, de 19 de abril de 1879, determinou que o 'estudo do direito constitucional, criminal, civil, comercial e administrativo será sempre acompanhado da comparação da legislação pátria com a dos povos cultos'."

<sup>170</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Op.cit.*, p. 13.

droit civil compare – que se iniciou uma série de estudos metodológicos e comparativos de sistemas jurídicos.

Estudo baseado no direito comparado pode ser útil para fundamentar decisões dos órgãos jurisdicionais, na solução de conflitos envolvendo relações internacionais, especialmente em casos de lacunas de lei, servindo ainda de investigação pura e auxiliar na produção científica, bem como de inspiração para trabalhos e pesquisas, na medida em que fornece uma visão ampla do Direito que facilita sua compreensão, pois apresenta as semelhanças e diferenças entre os diversos Direitos, o que pode sugerir ainda a aproximação dos povos e formulação de princípios comuns, propiciando a integração.

Na França, conforme visto anteriormente, o controle de constitucionalidade é realizado por um órgão especial – denominado Conselho Constitucional<sup>171</sup> – de maneira preventiva, isto é durante o processo legislativo, antes da promulgação da lei; e a decisão proferida vincula as autoridades administrativas e judiciárias.

Nesse sistema, o Poder Judiciário não detém competência para o controle de constitucionalidade, sendo simplesmente um órgão aplicador da lei pura. Há uma exceção a esta regra no tocante aos decretos regulamentares, criados pelo Governo, que tratam de matérias não relacionadas às leis, caso em que o Conselho Constitucional poderá analisar abstratamente a repartição de competência entre o Governo e o Legislativo.

---

<sup>171</sup> Na França, o Conseil Constitutionnel é o guardião da Constituição. Sacha Calmon Navarro Coelho relata que "Surgem as Cortes Constitucionais, ao lado da trindade dos Poderes, com a função de aferir a fidelidade das leis aos textos constitucionais, com maior e menor elastério, dependendo do lugar." (*O controle da constitucionalidade das leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey: 1999, p. 102)

Nos Estados Unidos, conforme já assinalado, desde o célebre caso *Marbury v. Madison* o sistema americano de controle de constitucionalidade é o difuso, ou seja, é realizado de maneira incidental pelo juiz da causa. Todos os juízes possuem competência para avaliar a constitucionalidade de uma lei em face da Constituição americana.

Observe-se, porém, que o juiz de primeiro grau raramente exerce tal competência, que é desempenhada pelos tribunais superiores, nos casos em que a inconstitucionalidade seja evidente ou a lei inquestionavelmente nula.

Alexandre de Moraes citando Cooley ensina:

[...] se o tribunal perante o qual a questão se apresenta não é de última instância em relação à mesma, deve-se esperar que proceda com cautela e circunspeção, mais do que no comum, e que se abstenha, completamente, de declarar a nulidade de uma lei, a menos que se trate de casos de extraordinária clareza, e especialmente se, sem sério detrimento da justiça, a decisão puder ser retardada, até que o tribunal de categoria superior tenha ocasião de se pronunciar sobre o caso. Outros podem haver em que, por inadvertência ou por caso fortuito, uma lei que haja passado por todos os trâmites exigidos para a sua validade, seja, não obstante isso, evidente e inquestionavelmente nula; mas, exceto esses casos, o fato de um magistrado de categoria inferior, que só exercendo uma jurisdição policial ou outra limitada, se irrogar a competência de proferir decisões acerca da legislação de um Estado ou país, declarando-a inconstitucional (invalid) só pode ser ridículo.<sup>172</sup>

O modelo norte-americano não concebe, entretanto, o controle abstrato das normas. Somente *incidenter tantum* pode-se verificar a compatibilidade das normas ordinárias com a Constituição. Tal posicionamento foi esposado no caso *Muskrat v. United States* (1911):

O Poder Judiciário tem competência para julgar disputas atuais que se promovam entre litigantes diversos. O direito de declarar inconstitucionalidade das leis surge porque uma delas, invocada por uma das partes como fundamento do seu direito, está em conflito com a lei fundamental. Essa faculdade, que é o dever mais importante e dedicado da Corte, não lhe é atribuída como um poder de revisão da obra legislativa, mas porque os direitos dos litigantes nas controvérsias de natureza judicial requerem que a Corte opte entre a lei fundamental e a

<sup>172</sup> COOLEY, Thomas. apud MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais - Garantia suprema da jurisdição.* , 2003, p. 101

outra, elaborada pelo Congresso na suposição de estar em consonância com sua experiência constitucional, mas que, na verdade, exorbita do poder conferido ao ramo legislativo do governo. Essa tentativa para conseguir a declaração judicial de validade da lei elaborada pelo Congresso não se apresenta, na hipótese, em um caso ou controvérsia, a cuja apreciação está limitada a jurisdição desta Corte, segundo a lei suprema dos Estados Unidos.<sup>173</sup>

O sistema americano recebeu críticas da doutrina porque, como todos os juízes podem e devem analisar a constitucionalidade das leis, poderá ocorrer a hipótese paradoxal de uma mesma lei ser considerada constitucional por um juiz e inconstitucional por outro, gerando insegurança jurídica. Mauro Cappelletti pontua:

Ulteriores inconvenientes do método 'difuso' de controle, porque concretizado em ordenamento jurídicos que não acolhem o princípio do stare decisis, são os que derivam da necessidade de que, mesmo depois de uma primeira não aplicação ou de uma série de não aplicações de uma determinada lei por parte das Cortes, qualquer sujeito interessado na não aplicação da mesma lei proponha, por sua vez, um novo caso em juízo.<sup>174</sup>

A Áustria desenvolveu sistema de controle de constitucionalidade que inspirou diversos países europeus. O sistema austríaco de controle de constitucionalidade se dá de forma concentrada, exercida por um Tribunal Constitucional, conforme consagrado na Constituição de 1920, com alterações feitas em 1929. Nesse sistema, o Tribunal Constitucional só poderá analisar questões constitucionais quando provocado por órgãos políticos, mas os juízes não possuem competência para avaliar questões constitucionais.

Tem, pois, o Tribunal Constitucional a seguinte função, conforme apontado por Raul Machado Horta:

O constituinte austríaco de 1920, sob a inspiração de Hans Kelsen, optando pela organização federal, cuja adoção reclamou um lógico e

<sup>173</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court, Muskrat vs. United States* apud COELHO, Sacha Calmon Navarro. O controle de constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988, 1999, p. 81.

<sup>174</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p.76.

racional processo técnico-jurídico de adaptação, (Lei de 10 de outubro de 1920) confiou ao Tribunal Constitucional a missão de defender a inviolabilidade do texto constitucional, ao qual se subordinavam tanto a legislação do governo provincial (landesregierung) como a do governo federal, para manter a efetiva supremacia jurídica e política da Constituição Federal.<sup>175</sup>

Em 1929, o sistema foi alterado com a inserção da denominada questão constitucional, equivalente ao controle difuso de constitucionalidade, mas de forma mitigada, de forma que um tribunal inferior poderia deixar de aplicar lei que entendesse inconstitucional, suspendendo o processo e submetendo a questão ao Tribunal Constitucional.

Ressalte-se que o Tribunal Constitucional só julga a questão constitucional, devolvendo a matéria fática para a instância *a quo*, conforme explana García de Enterría:

Em concreto, o Tribunal Constitucional não julga nenhum suposto fato singular - que está reservado ao Tribunal *a quo* que tenha suscitado o incidente de inconstitucionalidade -, mas sim somente o incidente de inconstitucionalidade, somente o problema puramente abstrato de compatibilidade lógica (Vereinbarkeit) entre a previsão abstrata da lei e a norma constitucional.<sup>176</sup>

Vale destacar que o Tribunal Constitucional pode julgar a validade das normas em face da Constituição, por meio do recurso constitucional que objetiva proteger liberdades individuais das pessoas lesionadas por atos administrativos inconstitucionais.

O Direito alemão prevê os controles de constitucionalidade abstrato e difuso, realizados somente pelo Tribunal Constitucional Federal.

O controle abstrato se dá nos moldes do modelo austríaco. Os legitimados à provocação do tribunal são o Governo Federal, um dos governos

---

<sup>175</sup> HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 155

<sup>176</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 1994, p. 57 *apud* MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e tribunais constitucionais - Garantia suprema da jurisdição*, 2003, p. 128.

estaduais ou um terço dos membros do parlamento federal. Para a instauração de tal ação, exige-se a controvérsia sobre a compatibilidade da lei federal ou estadual com a Constituição, ou com a legislação federal. O controle abstrato não será interrompido em caso de desistência do pedido, haja vista a presença do interesse público na causa, ressalvando-se ainda que o Tribunal Constitucional Federal não está adstrito à causa de pedir da ação, podendo analisar todos os aspectos constitucionais da questão *sub judice*.

Gilmar Ferreira Mendes leciona que:

Já no começo de sua judicatura reconheceu o Bundesverfassungsgericht a dupla função do controle abstrato de normas. De um lado, revela-se esse processo um instrumento adequado de defesa da Constituição, permitindo eliminar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais (função de defesa). De outro, contribui o controle abstrato de normas para a segurança jurídica quando infirma a existência de inconstitucionalidade, espancando dúvidas sobre a higidez da situação jurídica (segurança jurídica).<sup>177</sup>

O controle difuso realiza-se por meio da "questão de constitucionalidade" que é aferida pelo magistrado no decorrer da ação. Assim, quando um juiz considerar uma lei inconstitucional, suspenderá o processo e submeterá a questão ao Tribunal Constitucional Federal.

Em síntese, todos os juízes podem aferir a inconstitucionalidade das leis, mas somente o Tribunal Constitucional Federal poderá declará-la.

O modelo português é constituído pela fiscalização preventiva, concreta e abstrata da constitucionalidade e, ainda, a inconstitucionalidade por omissão.

A fiscalização preventiva de constitucionalidade é feita nos moldes do sistema francês, no qual o ato normativo é enviado ao Tribunal

---

<sup>177</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: Controle Abstrato de Normas do Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

Constitucional, antes de sua promulgação, para que seja avaliada sua constitucionalidade. Em consequência, a norma declarada inconstitucional pelo Tribunal, cuja decisão for afastada pela Assembléia da República, poderá ser reapreciada em eventual controle repressivo.

O controle abstrato das normas é realizado por um Tribunal Constitucional, à semelhança do modelo austríaco, verificando-se a constitucionalidade nas seguintes situações: a) a inconstitucionalidade de quaisquer normas; b) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de ato legislativo com fundamento em violação de lei com valor reforçado; c) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República; e d) a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região, consagrados no seu estatuto.

O controle de constitucionalidade concreto ou difuso é previsto pelo Art. 204<sup>178</sup> da Constituição Portuguesa, que impede a aplicação de normas que infrinjam o disposto na Constituição.

Ricardo Fiúza sintetiza o sistema português de controle de constitucionalidade da seguinte forma:

Em resumo, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões de 1º grau e de 2º grau que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em sua inconstitucionalidade; que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo; ou que

---

<sup>178</sup> Art. 204: Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. (PORTUGAL, Constituição, 1976).

apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional.<sup>179</sup>

A Constituição Portuguesa prevê ainda a inconstitucionalidade por omissão, em relação às medidas legislativas necessárias para tornar exigíveis as normas constitucionais. Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao órgão legislativo competente.

Em relação à inconstitucionalidade por omissão J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira comentam:

[...] o princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado): é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do Estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição - inconstitucionalidade por omissão.<sup>180</sup>

Ada Pellegrini Grinover sustenta que "Cada ordenamento, evidentemente, tem suas características próprias e nem sempre a experiência estrangeira se adapta à organização social, à tradição, à mentalidade de outro povo."<sup>181</sup> A afirmação da autora ganha relevo quando os ordenamentos analisados possuem sistemas diferentes. Mas a consideração dos mesmos pode oferecer contribuição para o aperfeiçoamento do sistema.

---

<sup>179</sup> FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 291.

<sup>180</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 1046.

<sup>181</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 71-72.

#### 4.5 EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO MEIO DIFUSO

Não existe uniformidade na doutrina nacional e estrangeira sobre os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade, disputando o cenário dois entendimentos distintos: (i) no sentido de que a sentença que reconhece o vício de inconstitucionalidade opera *ex tunc*, ou seja, retroativamente; e (ii) sustenta sua eficácia prospectiva, *ou ex nunc*. Neste tópico, porém, limitar-se-á à discorrer sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por via de exceção, em vista da delimitação do próprio objeto do trabalho.

De forma simplificada, eis que o tema está limitado ao controle difuso de constitucionalidade, constata-se que todas as normas do ordenamento devem estar em consonância com a Constituição Federal, porque lei suprema de um Estado, conferindo-lhes validade. Assim, afirma-se que todo ato inconstitucional é nulo por ausência de fundamento (compatibilidade com o Texto Constitucional).

Alfredo Buzaid sustenta que a norma inconstitucional é absolutamente nula, pois a inconstitucionalidade a fere *ab initio*. Aduz que a lei viciada nasceu morta, não tendo, portanto, nenhum momento de validade e, conseqüentemente, nenhuma eficácia desde o seu berço.<sup>182</sup>

Clèmerson Merlin Clève entende que o fato de a Administração Pública estar autorizada a não aplicar um ato normativo que repute

---

<sup>182</sup> BUZAID, Alfredo. *Da ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: Revista Forense, set.- out., 1958, vol. 179, p. 132.

inconstitucional, sem prejuízo do acesso ao Judiciário, confirma a impossibilidade jurídica do caráter anulável da norma, caso contrário a inobservância configuraria ilicitude. Assim, "apenas a nulidade e, pois, não a anulabilidade, pode autorizar os Poderes Executivo e Legislativo a invalidar seus próprios atos quando os considerem inconstitucionais".<sup>183</sup>

Francisco Campos, por sua vez, defende que a lei inconstitucional é nula e inexistente:

Uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente de direito ou é para o direito como se nunca houvesse existido.<sup>184</sup>

Há ainda o entendimento, influenciado por Hans Kelsen, de que a norma inconstitucional é, tão-somente, anulável, não podendo ser considerada nula ou inválida porque a lei somente é válida se tiver fundamento na constituição; logo, é contra-senso dizer que lei válida é contrária à constituição. Destaca ainda que enquanto não revogada, a lei é válida e, por isso, constitucional. Assim, na sistemática do controle difuso de constitucionalidade, a respectiva declaração somente produz efeitos para as partes, permanecendo válida para terceiros e, portanto, constitucional. Seguindo-se esse raciocínio lógico, a norma inconstitucional somente pode ser considerada anulável. Seus efeitos, porém, podem ser visualizados de formas diversas. A regra geral, segundo Hans Kelsen, é a produção de efeitos para o futuro (*ex nunc*), mas pode ocorrer o efeito retroativo (*ex tunc*), em vista das circunstâncias dos casos, como na anulação de

---

<sup>183</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p.289.

<sup>184</sup> CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942, p. 137.

uma lei penal e, via de consequência, de todas as decisões judiciais proferidas com fundamento nela.<sup>185</sup>

Ao tratar dos efeitos da declaração concreta de inconstitucionalidade, José Afonso da Silva sustenta que eles são produzidos *ex tunc* no caso concreto e *ex nunc* quando da sustação dos efeitos da norma inconstitucional pelo Senado.

[...] No que tange ao *caso concreto*, a declaração surte efeitos *ex tunc*, isto é, fulmina a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. No entanto, a lei continua eficaz e aplicável, até que o Senado suspenda sua executoriedade; essa manifestação do Senado, que não revoga nem anula a lei, mas simplesmente lhe retira a eficácia, só tem efeitos, daí por diante, *ex nunc*. Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.<sup>186</sup>

Conforme visto, o controle difuso de constitucionalidade é exercido por todos os órgãos jurisdicionais face a um caso concreto, atingindo somente as partes envolvidas, sendo que a norma inconstitucional somente deixa de ser aplicada naquela situação, continuando válida para terceiros.

Dessa forma, de início, já é possível afirmar que a declaração concreta de inconstitucionalidade não anula a lei, mas apenas autoriza a sua não aplicação ao caso concreto no qual foi alegada. Seu efeito é *inter partes*, ou como, como afirma C.A. Lúcio Bittercourt, “*final, inatacável, definitiva*, produzindo efeito *ex-nunc*, tal como se a lei declarada inconstitucional jamais houvesse existido.”<sup>187</sup> Sobre o controle por via de exceção, assim se pronuncia o autor, citando Rui Barbosa:

---

<sup>185</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 300-308.

<sup>186</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

<sup>187</sup> BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1949, p. 136.

Sentenças não podem anular leis – dizia o grande Rui: ‘Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, *anular*. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese alguma, como conclusão da sentença e objeto do julgado.’<sup>188</sup>

Os efeitos não são extensivos a terceiros (*erga omnes*), salvo se houver manifestação do Senado para suspensão da eficácia da norma em todo o território nacional, em decorrência de decisão definitiva proferida em recurso julgado pelo STF com reconhecimento da inconstitucionalidade, conforme preceito do art. 52, X da Constituição Federal.<sup>189</sup> “Na verdade, depois da suspensão da execução da lei pelo senado, ela perde sua eficácia em relação a todos os cidadãos, isto é, *erga omnes*, não podendo mais ser aplicada.”<sup>190</sup>

Em regra, porém, a declaração concreta de inconstitucionalidade se faz nos fundamentos da sentença, não integrando seu dispositivo, portanto, não sendo atingido pela coisa julgada (CPC, art. 469, III<sup>191</sup>), podendo, então, ser aplicada em situações diversas, para terceiros. Por outro lado, imperioso destacar que as partes ficam vinculadas àquela declaração, eis que motivo caracterizador da decisão, ou seja, a declaração incidental de inconstitucionalidade justifica o acolhimento ou rejeição do pedido da parte.

Parece adequado e oportuno, então, o entendimento de que a declaração concreta de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* para as partes envolvidas na lide, anulando os resultados da norma inconstitucional desde

---

<sup>188</sup> BITTENCOURT, C.A. Lúcio. *Ibid.*, p. 99.

<sup>189</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

<sup>190</sup> FERRARI, Regina Maria Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

<sup>191</sup> Art. 469. Não fazem coisa julgada: [...] III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

seu nascedouro. Entendimento diverso não traria as vantagens esperadas pelas partes beneficiadas.

A delimitação dos efeitos da declaração concreta de inconstitucionalidade é tema de importância relevante para este trabalho, pois a proposta é o estudo do controle de constitucionalidade em ação coletiva, cujos efeitos são, em regra, *erga omnes*, o que, de forma aparente, conflita com os efeitos produzidos com a declaração concreta – *inter partes*.

Essa questão, na verdade, é o ponto central do trabalho, razão pela qual será aprofundado em tópico próprio no Capítulo 6. No entanto, algumas considerações podem ser tecidas antecipadamente.

A visão que se tem sobre a questão aventada é de conflito, gerando, em princípio, resistência à possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, porque os efeitos da declaração concreta atingiriam terceiros, posto que não integrantes da lide, enquanto os efeitos do controle difuso são produzidos *inter partes*.

Os efeitos produzidos por uma ação coletiva são *erga omnes* para atingir todos os membros do grupo posto que não integram a lide em vista, muitas, vezes de sua indeterminabilidade. Embora esses efeitos possam se estender a todo o território nacional, não conflitam com a declaração concreta de inconstitucionalidade, eis que sobre ela não recai a coisa julgada.

Sobre o tema, interessante o pensamento de Regina Maria Macedo Nery Ferrari que afirma que os efeitos produzidos na declaração incidental de inconstitucionalidade são os mesmos de uma sentença proferida em processo que não tenha essa questão prejudicial, ou seja, sem especialidade:

Decorrente da decisão, teremos a solução de uma controvérsia afeta a uma relação jurídica que passa a ser resolvida após o pronunciamento do órgão jurisdicional. Assim, parece-nos que os efeitos desse pronunciamento terão simplesmente o alcance normal das decisões judiciais, não havendo nenhuma especialidade decorrente do fato de que a decisão da questão principal foi precedida de um pronunciamento acerca da inconstitucionalidade do preceito normativo que rege o caso. Podemos concluir, pois, que os efeitos dessa decisão judicial são iguais aos de todas as sentenças judiciais, ocorridas em processos comuns, porque o que se visa é resolver uma relação jurídica, e a inconstitucionalidade só será levantada e analisada na medida e enquanto for necessária para a solução da *litis*.<sup>192</sup>

O pensamento da autora parece razoável, permitindo o entendimento pela não existência de impedimento de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva.

Em que pese esse aparente embate, é preciso conhecer o universo das ações coletivas, a extensão de seus efeitos e sua confrontação com o sistema de controle difuso de constitucionalidade para poder emitir entendimento.

---

<sup>192</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 186.

## 5 AÇÕES COLETIVAS

### 5.1 CONCEITO

A delimitação do conceito e particularidades da ação coletiva é imprescindível para o presente trabalho, posto que revela a possibilidade e os limites de realização do controle difuso de constitucionalidade e suas implicações práticas.

O tema merece especial atenção por ser a ação coletiva considerada uma modalidade relativamente nova no ordenamento jurídico, que reúne conceitos variáveis na medida em que os autores utilizam critérios diferentes para sua determinação, tais como: a legitimidade, o interesse, o objeto e coisa julgada, conforme a seguir apresentado.

Antes, porém, de analisarmos os conceitos doutrinários já existentes, é preciso meditar sobre o conceito relativo ao direito de ação, isoladamente considerada, e o entendimento que vigora no ordenamento nacional.

Ao longo do tempo, surgiram diversas teorias sobre o direito de ação, cuja opção em cada ordenamento jurídico tem conotação política<sup>193</sup>. O

---

<sup>193</sup> Segundo Kazuo Watanabe (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 708-709), A estratégia tradicional de tratamento de disputas tem sido de fragmentar os conflitos de configuração essencialmente coletiva em demandas-átomo. Já a solução dos conflitos na dimensão molecular como demandas coletivas, além de permitir o acesso mais fácil à justiça, pelo seu barateamento e quebra de barreiras socioculturais, evitará a sua banalização que decorre de

ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria eclética de Enrico Tulio Liebman, segundo a qual a ação é um direito autônomo e abstrato, mas sujeito a alguns condicionamentos rotulados de condições da ação<sup>194</sup>. Trata-se de direito público subjetivo de pedir a tutela jurisdicional.

A atual concepção da natureza jurídica da ação percorreu longo caminho até se firmar o conceito da autonomia do direito de ação, tendo a doutrina formulado algumas teorias para sua explicação.

Para a primeira, chamada teoria civilista (Savigny), a ação seria o direito de pedir em juízo o que é devido ao indivíduo, confundindo-se com o próprio direito subjetivo material. A ação seria, então, uma qualidade de todo direito ou o próprio direito reagindo a uma violação. Desse postulado resultaram três conseqüências: (i) não há ação sem direito; (ii) não há direito sem ação; (iii) a ação segue a natureza do direito.

A re-elaboração do conceito de ação nasceu da polêmica entre os alemães Windscheid e Muther, quando este reconheceu a existência de dois direitos: (i) o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (dirigido contra o Estado) e (ii) o direito do Estado à eliminação da lesão. Windscheid acabou por admitir um direito de agir exercível contra o Estado e contra o devedor. Essa idéia amadureceu o conceito da autonomia do direito de ação, surgindo as duas principais correntes sobre a natureza do direito de ação: a teoria do direito concreto à tutela jurídica e a teoria do direito abstrato de agir.

---

sua fragmentação e conferirá peso político mais adequado às ações destinadas à solução desses conflitos coletivos.

<sup>194</sup> Interesse de agir, legitimidade ad causam e possibilidade jurídica do pedido são as condições da ação determinadas pela legislação nacional, conforme disposto no Art. 267, VI do CPC.

A teoria do direito concreto à tutela jurídica foi elaborada por Wach, na Alemanha, que defendeu ser a ação um direito autônomo, não pressupondo, necessariamente, o direito subjetivo material violado ou ameaçado, a exemplo do que acontece nas ações declaratórias negativas. Dirige-se contra o Estado, pois configura o direito de exigir a proteção jurídica, mas também contra o adversário, do qual se exige a sujeição. Pressupõe que a tutela jurisdicional só será satisfeita através da proteção concreta, ou seja, o direito de ação só existiria quando a sentença fosse favorável. Alguns partidários dessa teoria são Bullock, Schmidt, Hellwig e Pohle. Chiovenda, na Itália, também filiou-se à teoria concreta, formulando a construção da ação como direito potestativo, na qual reconhece que a ação é um direito autônomo, mas não subjetivo porque não lhe corresponde a obrigação do Estado, dirigindo-se, portanto contra o adversário, a ele correspondendo a sujeição. Assim, o poder de ação, para Chiovenda, consiste no direito de conseguir uma atuação concreta da lei face a um adversário.

Para a teoria que reconhece na ação um direito autônomo e abstrato, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado, existindo ação sendo a sentença favorável ou desfavorável, já que basta a demonstração do interesse protegido em abstrato pelo direito. Alguns doutrinadores filiados à teoria apresentam divergências em suas construções: para Carnelutti, a ação é um direito autônomo, abstrato, de natureza pública, mas dirigida contra o juiz e não contra o Estado; Couture concebe-a integrada na categoria constitucional do direito de petição. Há ainda, alguns autores que construíram outras concepções que se podem dizer ecléticas, dentre eles, Pekelis, que acentua o direito subjetivo contido na ação (direito de fazer agir o

Estado e não direito de agir) e considera os outros direitos como mero reflexo desse único e verdadeiro direito subjetivo.

Posteriormente, Liebman ofereceu sua concepção, influenciando o sistema processual brasileiro, segundo a qual "a ação é, portanto, o direito subjetivo que consiste no poder de produzir o evento a que se está condicionado o efetivo exercício da função jurisdicional". E, portanto, o poder de exigir a prestação jurisdicional, poder esse vinculado a uma pretensão existente na esfera do direito material, cuja análise se faz por meio das condições da ação, donde se conclui que, para ele, somente se pode considerar existente a ação se estiverem presentes suas condições.

Dentre essas concepções, a teoria da ação como direito autônomo abstrato parece a mais adequada, já que a teoria civilista é absolutamente inaceitável em face de vincular a existência da ação ao direito material invocado e a ação como direito autônomo e concreto também carece de fundamento, já que só admite a efetiva tutela jurídica do Estado quando a sentença for favorável. Entretanto, há que se destacar que a teoria de Liebman ignora qualquer relevância do direito de ação de natureza constitucional ao direito de ação de natureza processual, sendo aquele mero pressuposto sobre o qual se baseia a ação em sentido processual, o que pode ser considerado não adequado, pois sendo a ação um direito (ou poder) de natureza pública que tem por conteúdo o exercício da jurisdição, a ação tem inegável natureza constitucional (Art. 5º, XXXV).<sup>195</sup>

---

<sup>195</sup> CINTRA. Antônio Carlos de Araújo; GRIONOVER. Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249-256.

Em resumo, o direito de ação pode ser qualificado como um direito autônomo, de natureza pública, abstrata e instrumental, muito embora seja conexo a uma situação jurídica concreta. A noção de ação da forma como delineada tem cunho individual.

Como esses conceitos foram formulados para o direito processual civil individual, é importante analisá-los em face dos fundamentos doutrinários pertinentes à ação coletiva. *Ab initio*, é possível afirmar-se que esse esquema tradicional, por ser individualista, não é adequado para o tratamento das relações coletivas, tendo em vista o plano fático. Com efeito, nessa concepção tradicional<sup>196</sup>, a relação jurídica se desenvolve entre pessoas, mas na ação coletiva o que se tem é uma relação jurídica envolvendo o interesse de um grupo de pessoas, cujos membros devem ser considerados de forma coletiva – não individualmente – até porque o interesse comum que compartilham geralmente se apresenta indivisível<sup>197</sup>. Por essa razão, a relação jurídica coletiva deve ser enfocada sob outro prisma.

Pode-se afirmar que a ação coletiva é aquela que visa à proteção dos interesses coletivos (*lato sensu*), apresentando peculiaridades em relação ao objeto, legitimidade e efeitos (coisa julgada). A legitimidade ativa para uma ação coletiva é marca característica do processo coletivo, sendo que não são todos os

---

<sup>196</sup> Doutrinariamente, existem quatro acepções sobre a relação jurídica: (1) relação entre duas ou mais pessoas, sendo esta sua acepção mais comum; (2) relação entre uma pessoa e uma norma ou duas ou mais normas, como Kelsen para quem a relação jurídica se estabelece entre o dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde; (3) relação entre uma pessoa e uma coisa (relação de fato), como Windscheid, que admite a existência de relações jurídicas entre uma pessoa e uma coisa (propriedade), ou outros que entendem existir a relação jurídica entre uma pessoa e determinado lugar (domicílio); e (4) relação entre duas coisas, ou seja, coisa principal e coisa acessória. Sobre o tema, conferir a obra *Teoria Geral da Relação Jurídica* de Manoel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, vol. I e II.

<sup>197</sup> A (in)divisibilidade do interesse ou seu objeto será analisada detidamente em tópico específico adiante, ainda neste capítulo.

titulares do direito ou interesse em jogo que ingressam em juízo para defender seu interesse.

Assim, surgiu o debate sobre o direito de ação nas ações coletivas. Paulo de Tarso Brandão, ao tratar da ação civil pública, afirma que o direito de ação nesta não se "confunde com o direito de ação a que se refere o Direito Processual Civil"<sup>198</sup>, pelo qual o direito de ação é exercido pelo titular do direito alegado, enquanto em uma ação coletiva a legitimidade é atribuída a pessoas autorizadas por lei.

O direito de ação está previsto no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"<sup>199</sup>. Esse dispositivo não contempla apenas o direito de ação de caráter individual, mas também o direito de ação coletiva, visto que a intenção da norma é também a defesa dos interesses coletivos, na medida que alberga situações objetivas que envolvem interesses coletivos.

De fato, é preciso verificar a finalidade da norma para sua adequada interpretação. A partir do momento em que a Constituição de 1988 ampliou o acesso à justiça inserindo no âmbito do direito de ação a "ameaça a direito" – na medida que reconheceu a necessidade de defesa dos interesses coletivos, concedeu aos indivíduos um vasto leque de direitos individuais, sociais e coletivos e instituiu instrumentos para sua defesa –, tem-se como necessária a compreensão do direito de ação não só para a esfera individual, mas também para o âmbito coletivo.

---

<sup>198</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 105.

<sup>199</sup> BRASIL. Constituição Federal.

Nesse sentido, José Adonis Callou de Araújo Sá apresenta entendimento interessante, quando destaca que a ação se destina à defesa de interesses coletivos:

Contudo, manifestamos nossa adesão ao entendimento da ação como poder jurídico de fazer mover o aparelho judiciário, criando assim o direito ao recebimento da prestação jurisdicional. Por esse prisma, a ação é independente de direitos subjetivos e não está finalisticamente dirigida apenas à defesa destes, mas também a de situações objetivas que envolvem interesses sociais e públicos [...].<sup>200</sup>

Como afirma José Marcelo Vigliar, o direito de ação deve abranger não só os conflitos de cunho individual, mas também os de ordem coletiva, e é necessária a atuação do legislador para contribuir para a criação do sistema processual coletivo.

Reconhecida a existência dos interesses e direitos indivisíveis, havia a necessidade de se repensar o processo civil tradicional e, assim, possibilitar e viabilizar o acesso, ao Judiciário, de todos os conflitos de interesses. Explicávamos, então, que não bastava a garantia inscrita no artigo 5º, inciso XXXV, para que se garantisse a inafastabilidade de todos os conflitos. Nós não tínhamos 'um processo civil', no plano subconstitucional do ordenamento, apto a cumprir essa promessa, considerando que a própria Constituição não nos mostra como o direito de ação é exercido, tarefa que foi e deve ser desenvolvida pelo legislador ordinário, mas que concebia apenas e tão-somente um 'processo civil individual'. Como se sabe, nós temos estudos extremamente conscientes que defendem a existência de um direito de ação do ponto de vista constitucional e outro direito de ação visto sob a ótica da técnica processual e sua disciplina infraconstitucional.<sup>201</sup>

Certo é que o direito de ação deve abranger todas as espécies de conflitos, sejam individuais ou coletivos. Da forma como tradicionalmente conceituado no direito brasileiro o direito de ação, público subjetivo, não se apresenta adequado para tratar dos interesses coletivos, razão pela qual é preciso considerar as construções conceituais já formuladas.

---

<sup>200</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 100.

<sup>201</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *O (novo) significado jurídico e político da tutela coletiva*. Disponível em: <http://www.ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/lernoticia.php?idNoticia=23928>. Acesso em: 02 fev. 2006. Revista Jurídica última Instância. Janeiro de 2006.

No contexto do conceito de ação, a noção de relação jurídica ganha enfoque. A relação jurídica processual que anima a ação é considerada triangular no sistema processual pátrio, conforme teoria de Bülow e Wach, segundo a qual os vínculos jurídicos se formam entre as partes e o juiz, reciprocamente, e entre as mesmas partes, também reciprocamente, contendo direitos e deveres não só entre e para as partes, mas também para o juiz. Tradicionalmente, enfoca o direito para a proteção de direitos subjetivos individuais.

Do ponto de vista prático, o que se deseja em uma relação jurídica coletiva é a tutela de um interesse comum do grupo, com a imposição de um dever ao agente do dano que está previsto na norma.

Neste caso, a teoria de Hans Kelsen sobre a relação jurídica oferece um norte para conceber a relação jurídica para interesses coletivos. Para ele, a relação jurídica ocorre entre as normas ou entre os fatos determinados pelas normas, mas não entre pessoas<sup>202</sup>. Por outras, “as relações jurídicas ocorrem entre o ordenamento jurídico e o indivíduo cuja conduta as normas desse ordenamento regulam.”<sup>203</sup>

Partindo dos ensinamentos de Hans Kelsen, a teoria tradicional da relação jurídica – concebida como aquela existente entre duas pessoas: o titular do direito e o titular do dever – perde sentido<sup>204</sup>, na medida que a relação processual coletiva não é formada por todos os titulares do interesse, mas por alguém legitimado por lei para representar o grupo na busca pela tutela

---

<sup>202</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5a ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1979, p. 233.

<sup>203</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 177.

<sup>204</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Ibid.*, p. 179.

jurisdicional, que objetiva a imposição de um dever jurídico à parte que contraria esse interesse.

Assim, não é o titular do direito ou interesse que pede a tutela jurisdicional, conforme disposto nos Arts. 3º e 6º, ambos do CPC<sup>205-206</sup>, mas a pessoa autorizada pela lei, tema que será explorado em tópico específico.

Importa agora destacar a pertinência da teoria normativista, para tratar da relação jurídica envolvendo interesses coletivos. Diferentemente da teoria pura de Kelsen, mas com ela relacionada, a teoria normativista concebe o direito como norma, mas considera a existência de uma relação entre o ordenamento e o indivíduo, cuja conduta as normas jurídicas regulam, inserindo, assim, o indivíduo na relação jurídica.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico impõe um dever jurídico a ser cumprido por aquele que cause dano a um interesse do grupo, representado pelo legitimado também autorizado pela norma. Formalmente, porém, a relação jurídica continua sendo triangular, mas é vista de forma diferente, ou seja, nas ações coletivas, embora ocorra a mesma concepção triangular, o sujeito ativo, em vez de ser o titular do direito subjetivo em face do sujeito passivo, afirma um dever que este sujeito passivo deve cumprir.

Assim, quando há pedido de tutela jurídica, são os seguintes os elementos da ação: a) sujeito ativo, titular do poder de fazer cumprir um dever

---

<sup>205</sup> Art. 3º - Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

<sup>206</sup> O Código de 1973 "parte da premissa de que o interesse de agir deve ser, como regra, pessoal, gerando a consequência de que, ordinariamente, o legitimado para agir é o titular do direito ou da situação de vantagem. E por aí se compreende que a pretensão à tutela judicial de um interesse alheio, em nome próprio, escapa do padrão, razão pela qual só pode ocorrer extraordinariamente, quando autorizada por lei (art. 3º e 6º) - (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva: 1994, p. 238).

jurídico; b) sujeito passivo, que tem o dever jurídico de respeitar o interesse coletivo *lato sensu*; c) demanda coletiva, onde o sujeito ativo pede que seja respeitado o interesse tutelado. Abrange o pedido e a causa de pedir.

É evidente a razão prática para se adotar concepções diferentes de relação jurídica, em hipóteses de interesse individual e interesse coletivo, na medida em que o interesse individual se refere a um direito subjetivo de seu titular, e o interesse coletivo diz respeito ao interesse de um grupo de pessoas, sem ter relevância quem seja o titular.

As diferentes concepções, personalista e normativista, são importantes, uma vez que nos fornecem perspectivas diferentes da relação jurídica, e sua relevância prática se faz perceber quando da elaboração inapropriada de leis, como no caso das relativas às ações coletivas, posto que baseadas na concepção personalíssima de relação jurídica, o que é inadequado. Exemplo concreto se verifica com a negativa dos Tribunais para as ações coletivas na defesa dos interesses individuais e homogêneos, por considerá-los direitos subjetivos individuais, suscitando, assim, questão relativa à legitimidade extraordinária e substituição processual. Em ação coletiva não é relevante a titularidade do direito, importando apenas que um dever foi descumprido e uma sanção deve ser imposta, ou seja, fala-se em sujeito ativo, determinado pela lei, e sujeito passivo.

Os problemas relacionados aos interesses coletivos, se embasados na concepção adequada, terão soluções racionais; fundamentados em concepção diversa, as soluções serão irracionais, como no exemplo supra citado.

A concepção de relação jurídica material, atinente aos interesses coletivos, é a que se estabelece entre o sujeito ativo, que não é mais titular de direito subjetivo, e o sujeito passivo, que pode descumprir um dever jurídico imposto e por isso deve sofrer uma sanção, decorrente do poder do sujeito ativo, conferido pelo próprio ordenamento jurídico.

A relação jurídica de direito material, em interesses coletivos, deve ser concebida como um vínculo jurídico que une as pessoas pertencentes ao mesmo grupo, as quais se associam para a defesa dos interesses de categoria ou classe. O interesse coletivo defende um interesse social. Não existe uma pessoa agindo em nome do grupo e sim um interesse que é representado pelo sujeito expressa e exclusivamente indicado pela lei.

Verificada a inadequação das teorias tradicionais, a doutrina propõe algumas noções para as ações coletivas, cuja análise permite melhor compreensão do que foi exposto até o presente momento.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que, se uma ação – versando a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos – “estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de ‘ação civil pública’. Mas, se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de ‘ação coletiva’.”<sup>207</sup> Valendo-se dos critérios legitimidade e enfoque legal, o autor analisa a ação coletiva em comparação com a ação civil pública:

A rigor, sob o aspecto doutrinário, a Lei nº 7.347/85 usou a expressão ‘ação civil pública’ para referir-se à ação para a defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações provadas, afora o Ministério Público e

---

<sup>207</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

outros órgãos públicos. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação 'ação coletiva', da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são co-legitimados.

Em essência, a ação civil pública da Lei nº 7.347/85 nada mais é que uma espécie de ação coletiva, como também o são o mandado de segurança coletivo e a ação popular.

[...] Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei nº 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal ou o próprio Ministério Público, entre outros legitimados; será ação coletiva qualquer ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais.<sup>208</sup>

Na verdade, ação civil pública é espécie de ação coletiva, mas, segundo o autor, deve ser rotulada de ação civil pública por força de lei (LACP). Na essência, a ação civil pública tem como objeto um interesse coletivo, ao qual corresponde uma tutela.

Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Maria A. Nery defendem a existência de dois tipos de ação coletiva: uma "para a tutela de direitos difusos e coletivos, cujo procedimento está regulado de forma principal na LACP, b) (outra) para a tutela dos direitos individuais homogêneos, cujo procedimento está regido, de forma principal, no art. 91 e ss. do CDC."<sup>209</sup>

Esses autores deixam evidente a existência de um micro-sistema de ação coletiva, no ordenamento nacional. Não se pode olvidar, porém, que o Art. 83 do CDC permite a utilização de toda espécie de ação para a adequada defesa e tutela efetiva dos interesses coletivos.<sup>210</sup> Assim, de forma mais acertada, verifica-se que as ações do CDC se destinam à defesa de todas as espécies de interesses coletivos, embora com especial ênfase no interesse individual homogêneo.

<sup>208</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

<sup>209</sup> FIORILLO, Celso; ABELHA, Marcelo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito Processual Ambiental*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996, p. 116.

<sup>210</sup> Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Para melhor compreensão das ações coletivas, é preciso considerar que esse tipo de ação reclama do legitimado representatividade apta a abarcar uma gama de beneficiários, muito embora a legitimidade não seja o critério mais adequado para sua designação, posto que, numa ação multitudinária, embora possuam particularidades que aproximem seus interesses, os litisconsortes agem em proveito próprio, o que afasta a idéia de representatividade que caracteriza a ação coletiva.

Com efeito, não é necessária a presença de todos os litisconsortes na ação coletiva para que sejam beneficiados com seu resultado. Na verdade, uma demanda titularizada por uma única pessoa pode beneficiar um universo significativo delas, como ocorre na ação popular, por exemplo.

Antônio Gidi visualiza a ação coletiva por três critérios: a legitimidade, o objeto e a coisa julgada. Para ele, a “ação coletiva é a ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).”<sup>211</sup>

No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Velasque Rocha, para quem ação coletiva é aquela em que existe conjugação de legitimados ativos, que pleiteiem em juízo interesses que não lhe sejam próprios (ou que o sejam apenas em parte), com o regime de extensão da coisa julgada para além daquelas pessoas situadas nos pólos da relação processual.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16.

<sup>212</sup> ROCHA, Luiz Velasque Rocha. *Por uma conceituação de ação coletiva*. Revista de Processo, n. 107, p. 275-276.

José Marcelo Menezes Vigliar afirma que o termo ação coletiva é equivocado, mas revela a essência da ação, focalizando o estudo sobre o interesse tutelado por meio da ação coletiva:

Tanto ação civil pública, como ação coletiva, são expressões equivocadas. Esta, embora não seja a consagrada, deveria ser utilizada, porque revela o tipo de interesse que está a pleitear a tutela jurisdicional. O nome não terá a força para modificar a essência da coisa. Se o interesse for transindividual (na essência ou não), a demanda será coletiva.<sup>213</sup>

Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que é o interesse tutelado que delimita o tipo de ação, e não o nome que lhe é dado; trata-se de considerar a “dimensão” que será acobertada pela referida ação, ou seus efeitos:

O que é importante reter neste ponto é que uma ação recebe a qualificação de 'coletiva' quando através dela se pretende alcançar uma 'dimensão coletiva', e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo; caso contrário, teríamos que chamar de 'coletiva' toda ação civil onde se registrasse um litisconsórcio interligado por um número importante de pessoas, como se dá no chamado 'multitudinário'. Na verdade, uma ação é 'coletiva' quando algum nível do universo coletivo será tingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espriando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda no âmbito de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma origem comum, como se dá com os chamados 'individuais homogêneos'.<sup>214</sup>

A noção de ação coletiva, de forma mais adequada, deve partir da "dimensão coletiva" que evidencia seu objeto: o interesse coletivo.

De toda sorte, conforme afirmado anteriormente, o conceito de ação adotado por um ordenamento decorre de uma opção política, para o atendimento de interesses do Estado.

---

<sup>213</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 103. Em outro trabalho, reitera seu entendimento: "As ações serão coletivas porque veiculam pretensões coletivas" (VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública ou ação coletiva*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/85 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 414).

<sup>214</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34.

O sistema processual civil nacional, construído para a defesa de direitos subjetivos individuais, não mais atende aos anseios sociais e não é apropriado para o universo das ações coletivas. Dessa forma, a formulação de um conceito há de partir dos dados do direito positivo, com as suas peculiaridades, mas também deve abrir caminho para as necessárias mudanças e adaptações para adequação do sistema.

“Cada ordenamento, evidentemente, tem suas características próprias e nem sempre a experiência estrangeira se adapta à organização social, à tradição, à mentalidade de outro povo.”<sup>215</sup>

Por essa razão, a análise dos conceitos doutrinários sobre a ação, à luz da teoria da ação, conforme opção do legislador nacional, é imprescindível para seu adequado entendimento.

Nesse contexto, pode-se afirmar claramente que as ações coletivas também possuem caráter político, ou, como sugere Ada Pellegrini Grinover, os interesses a serem protegidos configuram nova categoria política e jurídica:

Em pouco tempo, tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. Interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.

[...] Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.

[...]

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de

---

<sup>215</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Repro nº 97. São Paulo: RT, 2000, p. 9-10.

gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários.<sup>216</sup>

Apropriado, portanto, o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso, repita-se, segundo o qual "(...) uma ação recebe a qualificação de 'coletiva' quando através dela se pretende alcançar uma dimensão coletiva"<sup>217</sup>, ou seja, uma ação que contenha pedido de tutela jurisdicional com dimensão coletiva, cujos efeitos atinjam toda a coletividade envolvida, com respaldo do ordenamento ao reconhecer a necessidade da própria tutela coletiva.<sup>218</sup>

Luiz Fernando Bellinetti, discorrendo sobre mandado de segurança coletivo, afirma que a sociedade de massa exige outra perspectiva, de modo que o ordenamento jurídico não proteja somente os direitos subjetivos individuais, mas sem excluir estes, determine regras para a defesa de bens maiores que interessem a toda uma coletividade:

Com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinado entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres.

Nessa perspectiva não se tem em vista os direitos subjetivos individuais das pessoas envolvidas, embora ela não os exclua.

Ao contrário, as duas perspectivas convivem, como dois mecanismos que se dedicam a um mesmo fenômeno, porém, tentando controlá-lo com ferramentas diversas e de eficácia diversa.

Uma perspectiva visa proteger os direitos subjetivos, tutelando-os individualmente; a outra objetiva preservar interesses do grupo social

<sup>216</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Repró n° 97. São Paulo: RT, 2000, p. 9-10.

<sup>217</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 34.

<sup>218</sup> Conforme anota Hugo Nigro Mazzilli: "o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por diversos titulares, reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que sua defesa individual seja substituída por uma defesa coletiva, em proveito de todo o grupo" (*Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 43-44).

através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses.  
Esta segunda encara a situação jurídica de forma objetiva e coelva.<sup>219</sup>

Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James J. Martins de Souza também comungam do entendimento de que, embora os conflitos coletivos mereçam tratamento diferenciado, podem ter convivência, sendo considerados uma modalidade de tutela “a mais”:

Consequentemente, todo o sistema de defesa a título coletivo foi idealizado como uma modalidade de tutela 'a mais', mas que, em última análise não prejudica ou faz perecer o 'interesse' ou 'direito' individual. Não importa que o bem jurídico objeto da tutela coletiva haja sido idealizado como 'outro' bem jurídico, diferente do bem jurídico individual. Isto porque, também em última análise, é praticamente possível imaginar-se ou fazer-se uma redução da 'parcela' do 'bem jurídico coletivo', traduzindo-o para compreendê-lo no plano de sua subjetivação individual.<sup>220</sup>

Cite-se ainda os comentários de Antônio Gidi:

Quando a Ciência do Direito Processual Civil Coletivo estiver amadurecida, poderemos pensar na confecção de um Código de Processo Civil Coletivo. Enquanto isso não é possível, o Título III do CDC combinado com a LACP fará as vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral.<sup>221</sup>

O Instituto Brasileiro de Direito Processual, através de sua presidente e também autora, apresenta um anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>222</sup>, como forma de solucionar a celeuma instaurada com a deficiência legislativa no tratamento da matéria, revelando, com isso, a preocupação e maturidade dos juristas brasileiros.

<sup>219</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 175.

<sup>220</sup> ALVIM, Arruda et. al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 166.

<sup>221</sup> GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

<sup>222</sup> O texto integral do anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos encontra-se no Anexo A, ao final deste trabalho.

A projeção subjetiva que uma ação coletiva alcança pode resultar, em alguns casos, em lesões com conteúdo patrimonial insignificante, se consideradas individualmente.

Por outro lado, seus benefícios permitem a realização do direito de diversas pessoas, facilitando, inclusive, o serviço do Estado. Sem dúvida, titulares de direitos de pequena monta, que não têm ânimo para promover um processo – pois este lhes pode acarretar, ao término, mais custos do que eventual proveito econômico –, podem se sentir estimulados a agir em defesa de seus interesses e direitos.<sup>223</sup>

Mauro Cappelletti, antecipadamente ao processo que se verifica hoje, demonstrava preocupação com a tutela desses direitos, apontando algumas razões pelas quais não se efetivava o acesso à justiça: “(i) os titulares do direito lesado podem ignorar seus direitos; (ii) ou as suas pretensões individuais podem ser muito limitadas para induzi-los a agir em juízo; (iii) o risco de incorrer em elevados custos processuais pode ser desproporcional em relação ao ressarcimento eventualmente a obter”<sup>224</sup> (acréscimos em destaque nossos).

---

<sup>223</sup> É possível citar como exemplo a seguinte situação: suponha que a cobrança da tarifa básica do telefone fixo, nos últimos 03 (três) meses, venha a ser declarada inconstitucional por meio de uma ação promovida por uma associação de consumidores. Os valores considerados individualmente serão cifras pequenas, mas se somados tais valores, no entanto, alcançarão número expressivo. Assim, se todos os prejudicados tivessem que individualmente pleitear o restabelecimento do seu direito, o maior beneficiário, nesse caso, seria o devedor (que pela inércia de interessados acabaria se enriquecendo ilícitamente com os valores que deveria devolver), pois grande parte dos interessados não teria iniciativa para acionar o Judiciário, seja pela questão econômica (binômio esforço-benefício ou ainda custo do processo), seja pelo fator tempo. Logo, a promoção da tutela coletiva, ao contrário, beneficiará todos os prejudicados no caso acima, com redução do custo do processo e efetividade processual.

<sup>224</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, 1975, n. 30, p. 365.

Por meio das ações coletivas, essas inseguranças encontram seu fim, já que se apresenta como um instrumento eficaz de proteção e concretização dos direitos e interesses coletivos.

O mesmo autor destaca, ainda, que somente a transformação da forma como o processo civil é visualizado, trocando-se a perspectiva individualista pela coletiva, é que se “pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’, relativos a interesses difusos.”<sup>225</sup>

Estamos assistindo o lento, mas seguro declínio de uma concepção individualista do processo e da justiça. Todos os princípios, os conceitos, as estruturas, que estavam radicadas naquela concepção demonstram-se sempre mais insuficientes a dar uma aceitável resposta para assegurar a necessária tutela aos novos interesses difusos e de grupo, que são vitais para as sociedades modernas.<sup>226</sup>

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes define a ação coletiva como:

[...] direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.<sup>227</sup>

A consideração da ação coletiva, pelo enfoque de seu objeto ou âmbito da tutela buscada, parece mais adequado, conforme ressaltado pela doutrina.

Nesse ambiente, a viagem histórica de sua evolução traz contribuições significativas para o presente estudo.

---

<sup>225</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988, p.50.

<sup>226</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, 1975, n. 30, p. 401.

<sup>227</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

## 5.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O CPC de 1973 foi direcionado para os litígios individuais, muito embora tenha sido editado na mesma época em que surgiu o debate sobre os interesses coletivos.

O Congresso de Paiva, de 1974, na Itália, promoveu ampla discussão a respeito dos aspectos essenciais desses direitos emergentes.

Antes disso, no Brasil, a edição da Lei nº 4.717, de 29 de julho de 1965, que instituiu e regulamentou a ação popular (LAP), apresentou ao ordenamento uma forma de defesa dos interesses coletivos, quando legitimou qualquer cidadão a propor ação objetivando defesa do patrimônio público e determinou a eficácia *erga omnes* da decisão. E o objeto da ação popular foi ampliado, com a Constituição Federal de 1988<sup>228</sup>, para a defesa da moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio histórico e cultural.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo afirma que “a Ação Popular, no âmbito do Direito Brasileiro, foi o primeiro instituto a romper com a tradicional interpretação do art. 6º do CPC e com o próprio princípio de haver proibição de pleitear-se direito alheio em nome próprio”.<sup>229</sup>

O Direito voltado à regulação da vida social sofre o influxo dos movimentos históricos, método que também se aplica ao processo.

---

<sup>228</sup> Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

<sup>229</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro* (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 31). São Paulo: Saraiva, 1995, p. 104.

A ciência do direito processual civil surgiu e desenvolveu-se no ambiente cultural do liberalismo-individualista<sup>230</sup>, que tivera como fonte precípua a Revolução Francesa. O ideal revolucionário projetou um direito de cunho predominantemente individualista, de forma a permitir ao homem o gozo do máximo de liberdade.

O processo era considerado indissociável do direito material; daí sua postura individualista. Também não era ciência autônoma, devido à falta de maturidade no estudo e desenvolvimento de seus institutos. E, o direito de ação era apenas o exercício do direito lesado.

É com esse intuito que foram editados os códigos napoleônicos.<sup>231</sup>

O Código processual francês teve, no século XIX, uma decisiva influência sobre os ordenamentos processuais de toda a Europa continental<sup>232</sup>. Como reflexo da concepção ideológica então dominante, o processo civil era considerado coisa privada das partes envolvidas no litígio, o que se justificava pela visão eminentemente patrimonial do direito vigente, direcionado à proteção da propriedade, destituída de qualquer função social e núcleo de debate ideológico.

---

<sup>230</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 6.

<sup>231</sup> Efetivamente, o Código Civil francês de 1804 "reflete a tendência para conciliar as conquistas civis e políticas da Revolução com o desejo da estabilidade econômica e social, baseada na família e na propriedade. Mantém-se a abolição dos direitos feudais; é garantida a liberdade civil de todos os indivíduos: liberdade de contratar, de testar, etc" (GILISSEN, Jonh. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 454). As codificações napoleônicas foram seguidas de uma corrente interpretativa que produzia uma leitura estritamente literal da lei. Imperava o princípio da completude da lei, ligada à idéia de certeza do direito.

<sup>232</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 38. v. 1.

Ricardo de Barros Leonel, com esboço em Cândido Rangel Dinamarco, destaca que no final do século XIX essa visão individualista passou a ser questionada, para ser reconhecida a autonomia do direito processual:

Passou a ser questionado o conceito civilista da ação, afirmando-se sua diferença em face da *actio* romana, posto que não era ela - como esta última - instituto de direito material mas processual, não se dirigia ao adversário mas ao juiz, e finalmente, não tinha por objeto o bem litigioso, mas sim a prestação jurisdicional.

A partir desse debate teve nascimento um segundo momento da ciência processual, com a consequência da autonomia não somente da ação, mas também de todos os demais institutos que informam a existência e o modo de ser do processo. Ficou evidenciada a tomada de consciência para a autonomia da relação jurídica processual, distinguindo-a da relação de direito substancial pelos sujeitos, pressupostos e objeto. Foi o surgimento da fase *autonomista*, com a denominada teoria abstrata do direito de ação, passando o processo a ser reconhecido como ciência independente.

Nessa segunda fase é que foram formuladas as grandes teorias a respeito da jurisdição, da ação, da defesa e do processo, categorias lógico-jurídicas que informam o estudo e a evolução da ciência em análise.<sup>233</sup>

No período essencialmente individualista do processo civil, eventuais formações coletivas ficavam potencializadas na vida social e não eram levadas à discussão na via processual, por inexistência de mecanismos aptos a solucionar litígios de maior amplitude subjetiva. A legitimação para agir era conferida tão-somente ao titular do direito material discutido, ressalvados casos especialíssimos, escolhidos por razões de política judiciária.<sup>234</sup>

E o CPC de 1973 bem reflete essa concepção individualista do processo, ao relegar a legitimação extraordinária às hipóteses expressamente

---

<sup>233</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 18-19.

<sup>234</sup> Segundo Ricardo de Barros Leonel (Ibid., p. 21): Do sincretismo ou imanentismo passou-se pela fase autonomista ou da concepção abstrata do direito de ação, e chegou-se ao instrumentalismo, hodiernamente reconhecido como instrumentalismo substancial, com a necessidade de fazer o processo valer pelo que propicia, a justiça substancial, a adequada aplicação do direito material, ou, ainda, o acesso à ordem jurídica justa.

especificadas na lei, conforme Art. 6º, segundo o qual: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”<sup>235</sup>

Esse modelo de processo individualista abarca não apenas a esfera da legitimação para agir, mas todos os seus institutos fundamentais (contraditório, provas, coisa julgada etc). Revela uma carência significativa na regulação dos litígios que se formam na atualidade, e a necessidade de um sistema social e econômico que favoreça a massificação<sup>236</sup> das relações sociais, exigindo uma tutela coletivizada.

Como o processo é apenas um instrumento de funcionalidade do direito material, surgiu a necessidade de adequação de suas categorias processuais clássicas, para melhor atender aos novos conflitos emergentes da sociedade massificada. Isso porque, “a técnica não pode existir como um fim em si, mas sim como um meio, que deve ser ajustado ao alcance de metas relacionadas à realização dos anseios dos destinatários da prestação jurisdicional.”<sup>237</sup> E isso se deu, não pela reformulação das normas codificadas, mas pela organização de micro-sistemas processuais, voltados ao regramento específico de relações que exigem tutela coletiva.

Note-se que o sistema de tutela coletiva, até esse momento, é despido de regulamentação adequada para ser efetiva.

---

<sup>235</sup> BRASIL, LEI N° 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil (CPC).

<sup>236</sup> José Ortega y. Gasset (In: *A rebelião das massas*. Rio de Janeiro: Livro Íbero-Americano, 1959, p. 56) retrata a sociedade massificada "como uma "rebelião de massa" ao afirmar: As cidades estão cheias de gente. As casas cheias de inquilinos. Os hotéis cheios de hóspedes. Os trens cheios de viajantes. Os cafés cheios de consumidores. Os passeios cheios de transeuntes. As salas dos médicos famosos cheias de enfermos. Os espetáculos, desde que não sejam muito extemporâneos, cheios de espectadores. As praias cheias de banhistas. O que antes não era problema, começa a sê-lo quase de contínuo: encontrar lugar.

<sup>237</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 20.

Após a Lei da Ação Popular, foi editada a Lei da Ação Civil Pública, novo instrumento para a defesa dos interesses difusos e coletivos<sup>238</sup>.

Com a Constituição de 1988, a matéria ganhou relevo, em virtude da ampliação do objeto da ação popular, inclusão da legitimidade para promover a ação pública entre as atividades funcionais do Ministério Público, inclusão da defesa do consumidor no rol dos direitos fundamentais, ensejando a edição do CDC, que também trouxe inovações na garantia da tutela coletiva, e estabelecendo, ainda, conceitos para os interesses coletivos, além de introduzir no ordenamento nacional a chamada “*class action*” brasileira.

José Carlos Barbosa Moreira afirma que o tratamento constitucional dispensado para a tutela coletiva assume “proporções inéditas”, evidenciando sua importância e atualidade:

[...] esse fenômeno das ações coletivas, que, como vimos, assume na Carta de 1988 proporções inéditas, repito, na história das Constituições brasileiras, aparece aqui com um destaque, uma saliência, um realce que não encontra paralelo em nenhuma das Cartas anteriores no nosso País, e diria até que não encontra paralelo no Direito Constitucional comparado. Creio que o Direito Brasileiro hoje está mais bem equipado que qualquer outro que eu conheça em matéria de Ações Coletivas. É um direito extremamente rico em remédios desse tipo.<sup>239</sup>

No ambiente da Constituição Federal, podem ainda ser inseridos, na bagagem dos instrumentos de tutela coletiva, o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, também em sua modalidade coletiva, previstos, respectivamente, no Art. 5º, LXX e LXXI.<sup>240</sup>

---

<sup>238</sup> Os interesses difusos são espécies do gênero interesses coletivos, cuja classificação será analisada adiante.

<sup>239</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1.988*. In: *Repro* nº 61. São Paulo: RT, 1990, p. 198.

<sup>240</sup> LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Atualmente, a LACP e o CDC formam um micro-sistema das ações coletivas no ordenamento nacional, estando interligados por força do Art. 90 do CDC<sup>241</sup> e Art. 21 da LACP<sup>242</sup>. Nesse sentido afirmam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Há, por assim dizer, uma perfeita integração entre os sistemas do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais [...] Esse interagir recíproco de ambos os sistemas (CDC e LACP) tornou-se possível em razão de adequada e perfeita compatibilidade que existe entre eles por força do CDC e, principalmente, de suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei nº 7.347/85.<sup>243</sup>

Considerar o CDC e a LACP um micro-sistema é adequado, visto que não são suas ações as únicas inseridas no conceito de ação coletiva. Mas é importante frisar que, na ausência de um 'código de processo civil coletivo', esse micro-sistema fornece orientações significantes para a condução do processo coletivo, e, segundo o Art. 83 do CDC "Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela."<sup>244</sup>

Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Celso Fiorillo, Marcelo Abelha e Rosa Maria A. Nery:

O art. 83 do citado diploma vem encontrar-se, intimamente, com o seu art. 6º, VI. Ademais, vem ratificar o que já seria possível: o uso de todas as ações e providências necessárias que forem capazes de propiciar a efetiva tutela dos direitos protegidos pelo Código. Assim, não só as ações de conhecimento (declaratórias, condenatórias e constitutivas positivas ou negativas), mas também as de execução, cautelares e

---

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

<sup>241</sup> Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

<sup>242</sup> Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título 111 da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>243</sup> NERY, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 869.

<sup>244</sup> BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

mandamentais. Aliás, outro não poderia ser o entendimento, pois o direito de ação, sem qualquer discrimen, está constitucionalmente garantido, sendo que este artigo tem apenas a função de sacramentar o preceito constitucional.<sup>245</sup>

São essas normas que, unidas, oferecem a base fundamental para a tutela dos interesses coletivos no ordenamento brasileiro, mas é reconhecida a necessidade de aperfeiçoamento das regras, com sugestão, inclusive, de criação de um sistema de processo civil coletivo, tema em torno do qual alguns juristas já se empenharam (observe-se o Anexo A ao final deste trabalho).

É interessante acrescentar que a disciplina das ações coletivas é inspirada no direito norte americano, ou seja, nas chamadas *class actions*, que abriga a proteção aos interesses coletivos. Na disciplina das *class actions*, o juiz tem amplos poderes; inclusive, o de dizer se a ação proposta é ou não uma *class action*, formalmente considerada (objeto e representação), exercendo fiscalização sobre o seu procedimento. É regulamentada pela Rule nº 23 de 1938, alterada em 1966.

O regime da *class action* está relacionado com o princípio da economia processual e acesso à justiça, buscando tutelar o interesse de um maior número de pessoas em uma única ação.

Da mesma forma, com o sistema da ação coletiva, o direito pátrio objetiva a busca da efetividade processual, o que está diretamente relacionado com a economia, ampliando, assim, o acesso à justiça.

---

<sup>245</sup> FIORILLO, Celso; ABELHA, Marcelo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito Processual Ambiental*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996, p. 116.

### 5.3 A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE PARA AS AÇÕES COLETIVAS

A legitimidade para as ações coletivas é tema polêmico e aguça a pesquisa e seu aperfeiçoamento, pois produz reflexos diretos e importantes na prática jurídica.

Para seu correto entendimento, deve ser visualizada tendo como referência a legitimidade concebida para o processo civil tradicional.

Legitimidade é a qualidade para estar em juízo, em relação direta com o conflito a ser examinado, ou, como destaca Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade "ad causam" é a qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la.<sup>246</sup>

Desdobra-se a legitimidade em ativa e passiva, sendo a primeira representada por aquele que se afirma titular de determinado direito, e a segunda representada por aquele a quem caiba o cumprimento de obrigação decorrente da pretensão invocada.

Na visão de Luiz Fernando Bellinetti, "a **legitimidade 'ad causam'** pode continuar a ser definida como a plausibilidade da afirmação de titularidade e legitimidade para agir feita na inicial"<sup>247</sup> (grifo do autor), mas deve ser vislumbrada conforme a natureza da relação jurídica, se individual ou coletiva.

---

<sup>246</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 2, p. 306.

<sup>247</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *AÇÕES COLETIVAS – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro. A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos*. Repro n° 98. São Paulo: RT, p. 130.

Para ser parte legítima à propositura de uma ação, diante do sistema processual civil tradicional, é preciso que o autor seja, ao menos em tese, titular do direito alegado, conforme disposições dos Arts. 3º e 6º do CPC. O autor deve ainda ter o poder de defender, em juízo, o direito material alegado.

Em se tratando de interesses coletivos, não há identidade entre a titularidade e a legitimidade, já que os titulares serão aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico, ao passo que os legitimados serão aqueles que, de acordo com o ordenamento, possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva).

Trata-se de um problema de política legislativa, conforme afirma Vincenzo Vigoriti:

[...] il problema della legittimazione ad agire è prima di tutto una questione di scelte di política legislativa e, poi, un problema tecnico, per cui se appena ci si preoccupa di indagare sul fondamento degli attuali criteri di determinazione dei soggetti legittimati ad affermare e contraddire, si avverte subito quella che potrebbe essere definita come la `relatività' delle soluzioni accolte nel nostro ordinamento.<sup>248</sup>

A discussão sobre a legitimidade para as ações coletivas é tema de grande relevância, dividindo-se a doutrina na defesa dos seguintes entendimentos: substituição processual (legitimidade extraordinária)<sup>249</sup>, legitimidade ordinária<sup>250</sup> e legitimação autônoma<sup>251</sup>.

---

<sup>248</sup> VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo - la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 66. A tradução é a seguinte: o problema da legitimidade para agir é primeiro de tudo uma opção de escolha de política legislativa e, então, um problema técnico, sendo difícil indagar o fundamento e o critério de determinação do tema legitimidade ativa e passiva, percebe-se que esse problema pode ser definido como 'relativo' de solução em nosso ordenamento.

<sup>249</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

<sup>250</sup> WATANABE, Kazuo. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos; a legitimação para agir. A tutela dos interesses difusos*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad, 1984.

<sup>251</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2003. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003. BELLINETTI, Luiz Fernando. *A legitimidade*

Em síntese, a legitimidade como substituição processual (extraordinária) tem como pressuposto que, quem atua no processo, não é, de fato, o detentor do direito ou interesse, mas alguém com legitimação extraordinária para atuar por *substituição processual*. Isso justificaria o fato de o Ministério Público ser legitimado ativo para defesa de direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sem deles ser titular; porque é, por definição, um ente destinado à defesa do interesse público. O mesmo ocorre com as demais entidades definidas em lei.

Luiz Fernando Bellinetti discorda desse entendimento, enfocando dois aspectos, a titularidade e legitimidade, os quais devem ser vislumbrados em consonância com a noção de relação jurídica. Para ele:

Titulares serão aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico, ao passo que legitimados serão aqueles que de acordo com o ordenamento possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou que estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva).

Vê-se, pois, que não há qualquer vinculação direta entre o legitimado ativo e passivo, nem qualquer referência a titularidade de direitos subjetivos. No âmbito do direito material os legitimados são aqueles vinculados às normas.

Isso permite explicar de uma maneira simples porque nas ações coletivas não se há de falar em legitimidade extraordinária ou substituição processual, pois estes são termos relativos à concepção individualista da relação jurídica.<sup>252</sup>

Assim, não se trata de substituição processual ou legitimidade extraordinária. Na verdade, a legitimidade para as ações coletivas é uma legitimidade autônoma, eis que determinada e especificada em lei, isto é, diz-se autônoma a legitimidade para atuar como parte principal, como ocorre nas ações coletivas. Nas palavras de Luiz Fernando Bellinetti:

---

*ativa*. In: Scientia iuris. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: 2004. v. 7/8, p. 157-164.

<sup>252</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *A legitimidade ativa*. In: Scientia iuris. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: 2004. v. 7/8, p. 157-164.

[...] a legitimidade será sempre ordinária, pois os legitimados são as pessoas indicadas pela norma, ou para o cumprimento do dever jurídico - em se tratando de legitimidade passiva "ad causam" - ou para participarem da aplicação ou criação da norma - no caso da legitimidade ativa "ad causam".<sup>253</sup>

Marcelo Abelha destaca a legitimidade para as ações coletivas como o reconhecimento da adequada representação no processo:

[...] nas ações coletivas para a defesa de direitos metaindividuais, o eixo de análise deixa de ser a titularidade do direito material e passa a ser o reconhecimento da adequada representação, no processo, para proteger e tutelar esses direitos.

Assim, preferimos dizer que a legitimidade é autônoma, um *tertium genus*, e que, aprioristicamente, não deve ser classificada como ordinária ou extraordinária. Não é ordinária porque o atingido pela coisa julgada não é o titular do direito de ação, ainda que se dissesse que o ente com representatividade adequada tenha por finalidade institucional a defesa desses direitos. Repita-se, os limites subjetivos da coisa julgada alcançarão os titulares do direito adequadamente representado em juízo. Não é extraordinária nos moldes clássicos porque não se identifica o substituído e, portanto, não se sabe quando seria ordinária.<sup>254</sup>

O Art. 5º da LACP e o Art. 82 do CDC, aplicados conjuntamente, disciplinam a legitimidade *ad causam* nas ações coletivas.

Nos termos do Art. 5º da LACP, a ação coletiva poderá ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, bem como por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: (i) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil; (ii) 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.

Pelo Art. 82 do CDC, a legitimidade ativa é conferida, de forma concorrente ao Ministério Público, à União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal; às entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda

---

<sup>253</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *A legitimidade ativa*. In: Scientia iuris. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: 2004. v. 7/8, p. 157-164.

<sup>254</sup> ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 59.

que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código; às associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Esses dispositivos, se conjugados, revelam adequadamente a legitimidade ativa para as ações coletivas e evidenciam a sua autonomia, com o que se apresenta mais correta a designação da legitimidade como autônoma, e não como extraordinária ou ordinária.

Diante da legislação brasileira, afirma-se que basta a autorização legal para que um ente possa ajuizar uma ação coletiva, não havendo controle da adequação de sua representatividade, como ocorre com as *class actions* norte-americanas.

No regime das *class actions*, qualquer membro (ou membros) do grupo tem legitimidade para a propositura da ação coletiva (legitimidade ordinária e concorrente), sendo que o juiz fiscaliza a adequação dessa representação, como forma de admitir a ação como coletiva ou individual.

Ada Pellegrini Grinover destaca os requisitos que devem ser observados preliminarmente pelo Juiz, quando do recebimento da ação, de forma a determinar se ela é ou não uma *class action*:

a) o número de componentes da *class* é tão elevado, que não permitiria a intervenção em juízo de todos seus membros; b) existe uma questão de fato e de direito comum a toda a *class*; c) as demandas e exceções das partes corresponde às que toda a *class* poderia propor; d) as partes representam de forma correta e adequada os interesses da *class*. E ainda quando: a) o ajuizamento de ações separadas individuais - por parte ou contra os membros da *class* - poderia levar a julgamentos contraditórios com relação a quem não figura no processo; b) o juiz entende que a questão comum a todos os membros da *class* deve

prevalecer sobre as questões atinentes aos membros individualmente; c) a *class action* é o meio mais idôneo para a decisão da controvérsia.<sup>255</sup>

A “adequada representatividade” tem relevância e relação direta com a coisa julgada e qualquer interessado para contestar a decisão sobre a referida “representatividade adequada”. Nesse contexto, evidencia-se o poder discricionário do julgador no controle dessa representação, conforme visto, como forma de evitar que o demandante se beneficie de escolha que prejudique a parte ré.<sup>256</sup> Em síntese, o autor de uma ação coletiva deve comprovar não só que compõe o grupo defendido, mas também que está apto a representá-lo.

O critério da representatividade adequada não existe na legislação brasileira, bastando a autorização legal dos legitimados indicados, tendo como parâmetro o objetivo de sua conduta, que é a preservação de valores (interesses) que interessam a todos os componentes do grupo; interessa ao grupo como um todo. O julgador brasileiro não tem poder discricionário para controle da representação nas ações coletivas.

Nesse sentido manifesta-se Antônio Gidi:

De acordo com a posição dominante no Brasil, não há controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas. [...] Portanto, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo art. 82 do CDC (ou art. 5º da LAPC), para que ele possa livremente representar os interesses do grupo em juízo.

Assim, por mais clara que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo durante o desenrolar do processo coletivo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo.<sup>257</sup>

Referido autor, no texto citado, apresenta uma proposta de controle, *lege data*, ou seja, independente de reforma legislativa, ao destacar que

---

<sup>255</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 764, nota nº 7.

<sup>256</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 139.

<sup>257</sup> GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Repro nº 108. São Paulo: RT, 2002, p. 62.

o juiz tem o dever de fiscalizar a adequação da representação na ação coletiva. No caso, verificando ser inadequada a representação do grupo, ele deve oportunizar sua regularização, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito.<sup>258</sup>

Parece ser oportuno o entendimento de Antônio Gidi, pois não há necessidade de regra legal específica disciplinando a matéria para que o juiz possa fiscalizar a adequada representatividade. As normas já existentes, referentes à legitimação ativa, e ainda aquelas pertinentes às condições da ação, são suficientes para possibilitar esse controle. Basta haver pertinência na relação defesa/representatividade e interesses tutelados, estes o objeto das ações coletivas, conforme a seguir estudados.

#### **5.4 OBJETO - ÂMBITO DE ATUAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS**

A busca da tutela jurisdicional implica a afirmação, pelo autor, da existência de um direito subjetivo<sup>259</sup>. Trata-se da concepção tradicional do processo civil.

No âmbito das ações coletivas, porém, conforme já apresentado, o direito subjetivo cede lugar para o interesse comum de um grupo de pessoas, não sendo, por isso conveniente falar-se em direito e seu titular.

---

<sup>258</sup> GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Repró nº 108. São Paulo: RT, 2002, p. 68.

<sup>259</sup> A referência aqui é feita tendo como parâmetro o processo civil individual para fundamentar o raciocínio.

É preciso estabelecer o âmbito de atuação das ações coletivas, isto é, quais os interesses tutelados nessas ações, para a correta formulação das proposições sobre o tema central do presente trabalho, com exame da pertinência de o interesse coletivo, defendido em ação coletiva, envolver o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, que venha a ameaçar ou causar lesão ao interesse de um grupo.

Com efeito, embora seja comum a utilização dos termos “direito coletivo” e “interesse coletivo” como sinônimos, é verificável certa diferenciação entre os mesmos, sendo mais apropriado para o processo coletivo – e, portanto, para ações coletivas –, a utilização da expressão “interesse coletivo”.

José Augusto Delgado afirma que a “ciência jurídica enfrentou, e ainda hoje enfrenta, dificuldades para fixar, com absoluta segurança, o que deve ser entendido como ‘interesse’ para o mundo do direito, em face da amplitude como o concebeu.”<sup>260</sup>

De fato, não é indiferente a utilização das expressões direito ou interesse coletivo. Quando se utiliza a expressão direito, o que se pretende é fazer referência a um direito subjetivo, com a finalidade de satisfação de um interesse sancionado pelo ordenamento, o que está vinculado a uma visão individualista do direito: direito subjetivo em contraposição a um dever jurídico. O direito subjetivo (tutela individual) está ligado à concepção clássica da relação jurídica, que envolve um sujeito ativo titular do direito, e que mantém vínculo com o sujeito passivo. Tratando-se de interesses coletivos, não há como identificar o titular do direito, mas somente quem pode defendê-lo em juízo, visto que o

---

<sup>260</sup> DELGADO, José Augusto. *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF*. In: Revista de Processo n° 98. São Paulo: RT, p. 67.

interesse é do grupo, utilidade que interessa a todos. Seu titular não é de fácil determinação, daí falar-se em interesse do grupo e não em direito do grupo.<sup>261</sup>

José Cretella Júnior admite a existência de significativa diferença entre interesses e direitos, relatando que:

[...] em defesa de interesses, nunca poderá ser impetrado nem mandado de segurança singular, nem mandado de segurança coletivo. O Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional sobre atos do poder público que ferem, tão-somente, direitos, atos eivados de ilegalidade ou abuso de poder<sup>262</sup>.

Contudo, o uso do vocábulo direito poderia levar o intérprete a concluir que todo e qualquer direito do associado seria suscetível de defesa pelo mandado coletivo, ajuizado por associação, em substituição processual; e isso seria demasiado.

Por isso, prefere-se utilizar a expressão interesse, com o fim de reduzir a atuação dos substitutos processuais, na defesa daqueles direitos para cuja tutela manifestaram interesse em filiar-se à associação. É uma expressão mais abrangente, que se remete à definição originária de Ihering, segundo a qual direito é o interesse juridicamente protegido. Tal conceito não é tautológico, porque se refere ao direito (subjetivo) protegido pelo ordenamento jurídico (direito objetivo).

Manifestando-se contrariamente, Kazuo Watanabe entende não haver razão, quer prática, quer teórica, para a diferenciação dos termos interesse e direito coletivo, afirmando:

Os termos 'interesses' e 'direitos' foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo

---

<sup>261</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses*. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p.666-671.

<sup>262</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 78.

direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.<sup>263</sup>

Esse entendimento é comungado por Ada Pellegrini Grinover e por Rodolfo de Camargo Mancuso. Segundo Ada, perdeu a relevância a discussão, posto que sendo os interesses relevantes para o Direito, eles alcançam o status de situações jurídicas subjetivas, sendo, portanto, protegidos pelo ordenamento.<sup>264</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso é mais objetivo, afirmando que a discussão perdeu importância a partir do momento em que o CDC passou a utilizar as expressões indistintamente<sup>265</sup> no parágrafo único do Art. 81, que traz a definição legal das espécies de interesses coletivos.

Sem embargo do exposto, ainda assim prefere-se a utilização do termo interesse. Feitas essas ponderações, importante tecer considerações acerca das diversas acepções de interesses e as teorias sobre o interesse coletivo. Interesse individual é o interesse de um sujeito de direitos, a relação entre o bem e o indivíduo, conforme suas necessidades. Interesse é, pois, a relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto, para a satisfação de uma necessidade.

O homem utiliza os bens da vida para sua sobrevivência, desenvolvimento, aperfeiçoamento, enfim, para a satisfação de uma necessidade. É exatamente a relação entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, que se chama interesse; aquilata-se o interesse em face de sua posição favorável à satisfação de uma necessidade. De forma simplificada, as necessidades

---

<sup>263</sup> WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 718.

<sup>264</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 67, nota 2.

<sup>265</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva: 1994, p. 17.

consideradas em relação ao homem retratam o interesse individual, e as necessidades de um grupo, o interesse coletivo.

São duas as principais concepções sobre interesse, a saber:

- 1) a concepção subjetiva, de caráter interno, volitivo, segundo a qual interesse é uma relação entre pessoas. O interesse está relacionado com tudo aquilo sobre o qual incide necessidade e desejo, para a satisfação de uma necessidade humana. Essa concepção, portanto, tem seu foco voltado para a pessoa, sempre presente na relação;
- 2) a concepção objetiva, desenvolvida muito bem por Carnelutti, considera o interesse como a posição favorável para a satisfação de uma necessidade. O interesse é, assim, a relação entre o ente que experimenta a necessidade e aquele que pode satisfazê-la, sendo que a necessidade pode ser de ordem material, imaterial, presente ou futura. Há uma relação de complementariedade voltada à uma utilidade específica.

Esta segunda concepção é importante, na medida em que se desprende do âmbito volitivo, que destaca a pessoa como centro da relação. Na concepção subjetiva, a pessoa sempre está presente; na objetiva não, embora possa estar.

O interesse individual pode ser identificado com o direito individual. Em relação ao interesse coletivo, verifica-se que ele transcende o âmbito individual. Nesse contexto, não raro, o interesse coletivo vem a ser identificado com o interesse público ou social. Quando a doutrina passou a

preocupar-se com o interesse coletivo, teve como ponto de partida a insuficiência da dicotomia interesse “público-privado”, cujo critério de diferenciação era o interesse predominante. Não se trata de interesses públicos, já que não pertencem ao Estado, enquanto Poder, caracterizados nos conflitos entre indivíduo e Estado. Da mesma forma, não podem ser considerados interesses privados, pois não se referem a um indivíduo isolado.

Estão os interesses coletivos inseridos no espaço existente entre o público e o privado, na chamada “zona cinzenta”<sup>266</sup>, constituindo-se como intermediários nessa tradicional divisão. Ada Pellegrini Grinover chama os grupos (na defesa dos interesses coletivos) de corpos intermediários, ou seja, “novas categorias, novas classes de indivíduos, conscientes de sua comunhão de interesses, de suas necessidades e de sua fraqueza individual, unem-se contra as tiranias da nossa época.”<sup>267</sup>

Interesse coletivo, lato sensu, compreende uma categoria determinada ou pelo menos determinável de pessoas, unidas pela mesma relação jurídica base, ou grupos unidos por uma relação fática comum, mas sempre unidos por interesses compartilhados por todos os integrantes do grupo.

A doutrina apresenta três acepções<sup>268</sup> sobre o interesse coletivo:

- 1) a primeira se refere ao interesse pessoal de um determinado grupo de pessoas, como as pessoas jurídicas, consideradas

---

<sup>266</sup> Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 33.

<sup>267</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 69.

<sup>268</sup> Nesse sentido Luiz Fernando Bellinetti (*Definição de interesses*. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p.666-671) e Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32).

como uma universalidade de pessoas e não de bens, mas, na verdade, o interesse é individual, da própria pessoa jurídica, representando a vontade de seus componentes (sócios-gerentes, acionistas); por isso, essa acepção não é adequada para tratar das ações coletivas;

2) a segunda acepção do termo é a que diz respeito à soma dos interesses individuais de um grupo de pessoas, mas, na essência, o interesse é individual, como num litisconsórcio, onde vários interesses individuais são agrupados, mas cada indivíduo defende seu interesse pessoal; essa, também, não é a acepção mais adequada para tratar das ações coletivas;

3) a terceira acepção do termo interesse coletivo trata-o como a síntese de interesses individuais de um grupo de pessoas. A idéia de síntese leva à idéia de uma utilidade indivisa, ainda que não necessariamente indivisível, sendo que pode ser ao mesmo tempo compartilhada por todas as pessoas do grupo. É a partir dessa acepção que se pode idealizar as ações coletivas, pois sintetiza num único interesse os interesses de cada um do grupo, desaparecendo estes para ter relevância apenas o interesse do grupo.

Rodolfo de Camargo Mancuso revela que essa tríplice conotação de interesse coletivo foi albergada pelo CDC, quando conceituou três espécies de interesses coletivos no parágrafo único do Art. 81. Assim afirma o autor:

Aliás, o direito positivo brasileiro parece ter albergado essa tríplice conotação do interesse coletivo, no Código de Defesa do Consumidor:

invocando como gênero os 'interesses transindividuais', na seqüência o decompôs em três espécies, seguindo uma ordem decrescente no grau de coletivização, surpreendendo, destarte, três realidade: o interesse difuso, o coletivo e o individual homogêneo (art. 81 e incisos). Dentre os três, há um núcleo comum: todos são interesses de consumidores, mas com diferenças sensíveis: os difusos concernem a sujeitos indeterminados e ligados por circunstâncias de fato; os coletivos reportam-se a um grupo, categoria ou classe e são aglutinados por uma relação jurídica base; já os individuais homogêneos apenas são exercitáveis coletivamente pelo fato de terem uma origem comum. É sempre importante registrar, todavia, que esses conceitos se encontram na parte processual do CDC, parte essa que se traslada para o âmbito da ação civil pública (art. 21 da Lei 7.347/85, acrescentado pelo art. 117 do CDC), sendo verdadeira a recíproca (art. 90 do CDC); por fim, o art. 1º da Lei 7.347/85 invoca, expressamente, a ação popular, assim completando esse circuito de interação e complementariedade na normação que rege o vasto campo dessas ações coletivas, em sentido largo.<sup>269</sup>

“A classificação da tutela jurisdicional está intimamente relacionada com a situação de direito material e com as circunstâncias em que ela é deduzida em juízo.”<sup>270</sup> O ordenamento oferece aos cidadãos diversos instrumentos para a defesa de seus diversos direitos e interesses envolvidos em relações jurídicas igualmente diversas.

A tutela jurisdicional dos interesses coletivos, ou tutela coletiva, surgiu para tutelar os interesses de um grupo de pessoas. Os direitos que detêm a marca da singularidade, para os quais o sistema processual tradicional direcionou a sua proteção, são perfeitamente visualizados até mesmo nas relações com multiplicidade subjetiva. O problema surge nas relações reiteradas e padronizadas, ou quando um único ato alcança a esfera jurídica de uma coletividade. Assim, evidente a relevância da conceituação das espécies de interesses coletivos.

---

<sup>269</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 33-34.

<sup>270</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42.

Há três espécies de direitos extraídos da concepção que se dá ao gênero dos direitos coletivos: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme conceituação legal determinada pelo CDC, em Art. 81, parágrafo único, a seguir apresentado.

O provimento jurisdicional que venha a beneficiar um dos titulares, dentro do universo de prejudicados, deve se estender a todos, sem exceção. Esse tratamento uniforme é decorrência lógica da impossibilidade de se fracionar o ato lesivo que, em face da sua natureza, atinge toda uma comunidade de interessados. “Ninguém, e todos, são seus titulares.”<sup>271</sup>

Em função das modificações pelas quais atravessa a sociedade, a visão do mundo precisa ser modificada e soluções devem ser viabilizadas para que se possa viver numa sociedade harmônica e justa, pois os problemas afetam não só este ou aquele indivíduo, mas toda a coletividade.

Para melhor compreensão do tema, é interessante analisar cada espécie isoladamente.

---

<sup>271</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 71.

### 5.4.1 Interesse Difuso

O CDC, em seu Art. 81, parágrafo único, I, define interesse difuso como os interesses “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”<sup>272</sup>

São interesses fluidos, dispersos pela sociedade, que unem as diversas pessoas por uma relação de “fato”. Assim, são características dos interesses difusos a indeterminabilidade das pessoas que formam um grupo e a indivisibilidade do objeto, que é justamente a situação fática comum a todos. “São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.”<sup>273</sup>

Eduardo Arruda Alvim afirma que os titulares dos direitos difusos “estarão ligadas por circunstâncias de fato, o que não quer dizer que estejam submetidas às mesmas e idênticas circunstâncias, senão que hão de estar sujeitas a circunstâncias equivalentes.”<sup>274</sup>

Entendimento semelhante é oferecido por Ricardo de Barros Leonel:

Embora as definições pequem por ausência de completude, pois os fenômenos sociais não se podem resumir de forma definitiva e estanque, a caracterização legislativa dada aos interesses em estudo teve méritos, na medida em que pacificou a incerteza conceitual então existente, e

---

<sup>272</sup> BRASIL. CDC.

<sup>273</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

<sup>274</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 28.

abrangeu praticamente todas as características mais marcantes desta espécie jurídica.

Os difusos são, assim, interesses que se referem a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente um vínculo jurídico ou fático muito preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhável por número indeterminável de pessoas.<sup>275</sup>

O interesse protegido é indivisível, ou seja, não se divide em quotas entre as pessoas do grupo, mas pertence a todos de modo uniforme, cuja lesão implica dano para toda a coletividade, da mesma forma que a satisfação aproveitará a todos.

Hugo Nigro Mazzilli apresenta uma espécie de classificação dos interesses difusos, ou seja, divide esses interesses em classes:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como os dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como o interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto os aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).<sup>276</sup>

Ada Pellegrini Grinover destaca a importância dos interesses difusos, cuja tutela pelo ordenamento denota uma nova forma de racionalização do poder:

Reconhecer a existência dos interesses difusos, pretender sua tutelabilidade e, ainda, criar o instrumental necessário à sua efetiva proteção significa, evidentemente, acolher novas formas de participação, como instrumento de racionalização do poder.<sup>277</sup>

---

<sup>275</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 99.

<sup>276</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

<sup>277</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado, Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 68.

Os interesses difusos consistem nos interesses transindividuais, de natureza individual, que seja pertinente a um grupo de pessoas indeterminadas, ligadas por mera circunstância de fato, ou seja, não há qualquer vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo.

Os interesses difusos representam uma nova perspectiva na tendência de coletivização das relações sociais e jurídicas, com repercussões no campo da tutela jurídica e jurisdicional, redimensionando as perspectivas científicas e metodológicas do fenômeno jurídico.

#### **5.4.2 Interesse Coletivo Stricto Sensu**

Interesse coletivo stricto sensu é o interesse determinado, doutrinária e legalmente, em função das circunstâncias estabelecidas como interesses de um grupo de pessoas identificáveis, definidas dentro da sociedade, que se delimitam claramente a um núcleo que comunga da mesma essência.

A definição do direito positivo brasileiro, acerca dos interesses coletivos stricto sensu, está consubstanciada no inciso II do parágrafo único do Art. 81 do CDC, como sendo os “interesses transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

São características dos interesses coletivos stricto sensu: (i) em caráter subjetivo, a existência de uma relação jurídica base entre os membros do

grupo, ou, entre eles e a parte contrária, e a determinabilidade dos elementos do grupo; (ii) do ponto de vista objetivo, a indivisibilidade do bem jurídico tutelado.

Assim, não é correto afirmar que o interesse coletivo se identifica com a soma das relações jurídicas base, pois elas apenas representam um ponto de referência para determinar o grupo, classe ou categoria que possui o interesse coletivo, haja vista ser ela preexistente à lesão ou à ameaça de lesão ao bem coletivo, que por sua vez é indivisível. As relações jurídicas base, por si só, não caracterizam o interesse coletivo, mas apenas o ponto distintivo do qual se extrai a necessidade de defesa do bem coletivo. Na verdade, o interesse coletivo pode ser caracterizado pela relação jurídica base sem, contudo, se confundir com ela, isto é, não implica a titularidade de interesses individuais somados, mas sim circunstância que o torna mais restrito que o interesse difuso, em virtude da determinabilidade dos membros do grupo.

Nos interesses coletivos, a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão do bem coletivo, diferentemente da lesão individual que enseja o direito subjetivo de cada indivíduo. As pessoas são determináveis, têm uma relação jurídica base com a parte contrária e/ou entre si, e o bem jurídico tutelado (o interesse) é indivisível, porque não fruível individualmente.

Nesse sentido, interessante o entendimento de Eduardo Arruda Alvim:

O Código de Defesa do Consumidor delimita o universo possível dessas pessoas, ou seja, devem pertencer a um mesmo grupo, categoria ou classe; assim, uma coletividade perceptível por vínculos, não havendo desordenamento ou profusão na titularidade. Não se permite a

identificação dos titulares pela indivisibilidade, mas pelo grupo ou coletividade, mantendo-se a indivisibilidade do direito.<sup>278</sup>

A particularidade dos interesses coletivos decorre do vínculo jurídico que une os membros do grupo, representada pela existência de uma relação jurídica base.

Diferem, pois, por esse aspecto, dos interesses difusos e dos interesses individuais homogêneos. O interesse coletivo, embora possa afetar cada um dos membros do grupo, não pode ser confundido com o interesse individual homogêneo, seja porque este decorre de origem comum, seja porque o interesse coletivo não caracteriza a soma de interesses individuais agrupados.

### 5.4.3 Interesse Individual Homogêneo

Os interesses individuais homogêneos são, em princípio, interesses divisíveis de pessoas determinadas que o ordenamento jurídico permite serem tratados englobadamente por derivarem de uma origem comum.<sup>279</sup>

É uma categoria de interesse coletivo lato sensu, que se origina de circunstâncias de fato comum, cujos titulares são determinados ou determináveis, sendo que o dano ou a responsabilidade se caracteriza pela extensão divisível, ou individualmente variável; ou seja, consiste em interesses decorrentes de origem comum.

---

<sup>278</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 30.

<sup>279</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses*. In: *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2005, p. 666-671.

O inciso III do parágrafo único do Art. 81, do CDC define os interesses individuais homogêneos como os decorrentes de origem comum. Todavia, essa definição singela traz problemas para sua interpretação, visto ser o tipo de interesse que mais controvérsia acarreta.

O interesse individual homogêneo representa a síntese de direitos individuais. Tem como características, no aspecto subjetivo, a origem comum e a determinabilidade dos componentes do grupo. No aspecto objetivo, é característica do interesse individual homogêneo a indivisibilidade do bem jurídico. É justamente a questão da indivisibilidade do interesse que surge a polêmica doutrinária.

Quanto à determinabilidade dos sujeitos e a origem do vínculo, nada de particular a acrescentar.

Já em relação ao objeto, verifica-se divergência na doutrina.

Rizzatto Nunes, na esteira da doutrina majoritária, afirma que o interesse é divisível, porque o resultado real da violação é diferente para cada membro do grupo:

Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados do Direito Individual Homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível (esse aspecto, como se verá, gera discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para propositura de ação coletiva de proteção aos Interesses Individuais Homogêneos).<sup>280</sup>

Existe, porém, entendimento contrário, no sentido de ser o interesse individual homogêneo indivisível. Luiz Fernando Bellinetti entende serem os interesses individuais homogêneos indivisíveis, já que não se

---

<sup>280</sup> NUNES, Rizzatto. *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. In: . In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 92.

confundem com os interesses individuais dos membros do grupo<sup>281</sup>; não se trata de soma de interesses individuais puros, mas de sua síntese e, por isso, são indivisíveis.

A síntese dos interesses individuais puros caracteriza o interesse individual homogêneo, mas o dever jurídico a ser cumprido é imposto pelo ordenamento não como forma de reparação do interesse individual, mas do grupo como um todo, por isso interesse coletivo.

José Carlos Barbosa Moreira trata os interesses individuais homogêneos de interesses “acidentalmente coletivos” porque seu objeto é divisível e seus titulares determináveis. Assim, o caráter coletivo dessa espécie de interesse se revela na maneira como são tutelados, ou seja, o interesse individual homogêneo assume um impacto de massa, já que atinge diversas pessoas, reclamando, por isso uma solução coletiva.<sup>282</sup>

Em que pese a discussão doutrinária, entende-se como apropriado afirmar que o interesse individual homogêneo é indivisível. A sentença proferida em ação para a defesa dessa espécie de interesse será uniforme para todos os titulares, no sentido de reconhecer o dever de indenizar, com a condenação do causador do dano. Não seria de todo adequado asseverar que a possibilidade de o efeito prático da decisão (talvez o quantum da condenação) ser diferente para os membros do grupo constitua fator determinante na delimitação da (in)divisibilidade do interesse.

---

<sup>281</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Definição de interesses*. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p. 666-671.

<sup>282</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações Coletivas na Constituição de 1988*. Repro n° 61. São Paulo: RT, p. 188-189.

Note-se ainda que, embora a origem do interesse individual homogêneo esteja em situação de fato, após a lesão surge uma relação jurídica base que une, efetivamente, os membros do grupo e permite sua determinação. No interesse coletivo, a relação jurídica base é preexistente à lesão ou ameaça de lesão, e os membros do grupo são determináveis. No interesse difuso, no entanto, não há relação jurídica base, e os componentes do grupo são indeterminados. Quanto ao interesse individual puro, este consiste no interesse individual de cada membro do grupo, que se liga ao seu direito subjetivo, sendo a relação jurídica estabelecida com a parte contrária.

De modo a facilitar a compreensão do tema, segue abaixo um quadro comparativo das espécies de interesses:

DIFUSOS	COLETIVOS STRICTO SENSU	INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS
Liame de fato	Liame jurídico	Liame de fato
Pessoas indeterminadas	Pessoas determináveis	Pessoa determináveis
Interesses indivisíveis	Interesses indivisíveis	Interesses (in)divisíveis

Quadro 1 – Espécies de interesses coletivos e suas características.

Delimitadas as noções das espécies de interesses coletivos, impende agora verificar quais ações se destinam à sua defesa, ao menos as ações típicas.

## 5.5 AÇÕES COLETIVAS TÍPICAS

Ação coletiva é o gênero das ações cíveis propostas por qualquer dos co-legitimados autorizados por lei, na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A Constituição Federal de 1988 conferiu proteção a todos os interesses de dimensão coletiva. Estabeleceu a possibilidade de representação judicial e extrajudicial para as entidades associativas (Art. 5º, inciso XXI); o mandado de segurança coletivo (Art. 5º, inciso LXX); a ação popular (Art. 5º, inciso LXIII); a defesa do consumidor (Art. 5º, XXXII); a defesa dos direitos individuais e coletivos das categorias representadas pelas entidades sindicais (Art. 8º, inciso III); e a ação civil pública pelo Ministério Público (Art. 129, inciso III).

Ação coletiva não é só aquela proposta pelo Ministério Público, mas também a proposta pelos demais legitimados ativos estabelecidos em lei, como no Art. 5º da Lei nº 7.347/85 e no Art. 82 do CDC.

Assim sendo, são ações coletivas: a **ação civil pública**, que se destina a todos os interesses; a **ação popular**, destinada basicamente aos interesses difusos; **mandado de segurança coletivo**, que para uns é proteção para os interesses coletivos e individuais homogêneos, para outros envolve apenas interesses coletivos, havendo ainda quem diga destinar-se aos interesses difusos, conforme se verá adiante. São também ações coletivas as ações do CDC, que defendem interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos,

como a **ação de responsabilidade** de fornecedor de produtos e serviços, e **ação de interesse individual homogêneo**.

Essas são as ações tradicionalmente conhecidas como coletivas no ordenamento jurídico nacional, às quais este estudo fará breves referências<sup>283</sup>.

### 5.5.1 Ação Popular

A origem remota da Ação Popular está no Direito Romano.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> Caso fosse eleita a legitimidade, como entende Hugo Nigro Mazzilli (*A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69-70), para ajuizar a demanda, como fator de identificação de uma ação coletiva, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, também deveriam ser consideradas espécies de ações coletivas. Entretanto, esse critério para conceituação é inapropriado, pois, se assim fosse, dever-se-ia denominar "coletiva" toda ação civil da qual originasse a formação de litisconsórcio "multitudinário", conforme explorado no início deste Capítulo. Essas ações, por outro lado (ADIn, ADC, Mandado de Injunção e ADPF), analisadas em suas particularidades e tendo como referência a teoria das ações coletivas poderão, sim, ser inseridas no âmbito destas. Cite-se como exemplo a ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade), que se destina ao controle concentrado de constitucionalidade das leis, cuja decisão tem eficácia *erga omnes* obrigatória, retirando a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato normativo. É de competência originária do STF e pode ser ajuizada pelos legitimados estabelecidos no Art. 103 da Constituição Federal. Sua decisão possui natureza declaratória e seu objeto é o pedido de declaração da certeza jurídica da (in)existência de um direito ou relação jurídica. Assim, o pedido imediato constitui-se na declaração da inconstitucionalidade de uma norma incompatível com a Constituição Federal e o pedido mediato é a certeza jurídica de que a referida norma desconforme não mais será aplicada. É evidente, então, que a decisão proferida na ADIn a todos aproveita, inferindo-se daí um interesse coletivo, em princípio. Necessário ainda analisar o bem protegido pela norma considerada inconstitucional para, efetivamente, verificar se pode ser ela considerada uma ação coletiva. Caso a referida norma se relacione ao meio ambiente ou ao consumidor, certo é que a ADIn poderá ser considerada uma ação coletiva. Diante dessas considerações, verifica-se que a ADIn pode ser considerada uma ação coletiva, no âmbito da tutela jurisdicional dos interesses coletivos, mas sempre haverá a dependência da identificação do bem tutelado pela norma questionada, razão pela qual não se insere, de forma genérica, a ADIn na esfera das ações coletivas. O mesmo raciocínio pode ser utilizado com as demais ações (ADC, Mandado de Injunção e ADPF). Entretanto, esse tema merece estudo específico e se distancia do estudo deste trabalho, razão pela qual não será o tema abordado.

<sup>284</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso (*Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37-39) afirma que na Roma antiga não havia uma noção de Estado bem delineada e, justamente, por isso, o que havia era um 'forte vínculo natural' entre o cidadão e a 'gens', o que justificava que cada cidadão romano se sentisse legitimado a pleitear em juízo em defesa da 'universitas pro

No Brasil, a Ação Popular, mesmo sem regulamentação específica, era admitida desde as Ordenações, e tinha como finalidade restrita a defesa das coisas públicas, podendo ser intentadas por qualquer pessoa do povo.<sup>285</sup>

Foi a Constituição do Império, de 1824, que introduziu no ordenamento nacional a expressão "ação popular", como forma de reprimir o abuso de poder e prevaricação dos juízes de direito e oficiais de justiça, no exercício de suas funções. A Ação Popular foi abolida pela Constituição de 1891, tendo reaparecido na Constituição de 1934, mas novamente extinta pela Constituição de 1937, reaparecendo somente na Constituição de 1946, com a ampliação de seu campo de incidência, quando passou-se a admitir a Ação Popular também para a defesa do patrimônio das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.

Em 1965 foi editada a Lei nº 4.717, que regulamenta especificamente a Ação Popular.

Em 1967, a Constituição Federal promoveu substancial alteração no regime da Ação Popular, com a utilização da expressão genérica "patrimônio de entidades públicas", como objeto. E a Emenda Constitucional de 1969 manteve o instituto.

---

indiviso', isto é, em defesa da coletividade romana. Existiam diversas espécies de ações populares romanas, não havendo consenso doutrinário quanto a uma classificação específica. A maioria tinha natureza penal, com cominação pecuniária; outras objetivavam a realização de uma atividade de polícia e, ainda, havia aquelas que se assemelhavam à atuais ações cominatórias e aos interditos proibitórios. Eram, portanto, ações populares civis e penais.

<sup>285</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 700.

Mas foi somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a Ação Popular ganhou roupagem e contornos grandiosos, com nova ampliação de seu campo de abrangência, dispondo o Art. 5º, LXXIII que:

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.<sup>286</sup>

Trata-se de uma ação que pode ser intentada por qualquer cidadão (assim considerado aquele que seja portador do título de eleitor) contra ato lesivo ao patrimônio público, em geral. Revela-se instrumento de participação popular na racionalização e forma de controle do poder, engrandecendo a democracia social. Vem ao encontro, também dos ideais do Estado Democrático de Direito.

Hely Lopes Meirelles conceitua a Ação Popular afirmando:

[...] é o meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos - ou a estes equiparados - ilegais e lesivos do patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos.<sup>287</sup>

Sobre o conceito e objeto da Ação Popular, Rodolfo de Camargo

Mancuso assim se manifesta:

No Direito positivo brasileiro contemporâneo deve-se considerar 'popular' a ação que, intentada por qualquer do povo (mais a condição de ser cidadão eleitor, no caso da ação popular constitucional), objetive a tutela judicial de um dos interesses metaindividuais previstos especificamente nas normas de regência, a saber: a) a moralidade administrativa, o meio ambiente, o patrimônio público 'lato sensu' (erário e valores artísticos, estéticos, históricos ou turísticos), no caso da ação popular constitucional, como resulta da conjugação dos arts. 5º, LXXIII da CF e 1º, § 1º e art. 4º da LAP; pensável, também, sua utilização na área do consumo, como instrumento de defesa dos interesses 'difusos' de consumidores; b) anulação de ato de naturalização, objeto da ação

<sup>286</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1.988.

<sup>287</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18ª ed. (atualizada por Arnold Wald). São Paulo: RT, 1997, p. 87.

popular prevista no art. 35, § 1º da Lei 818, de 18.09.1949, embora [...] entenda que essa lei já se encontra revogada.<sup>288</sup>

Para Alexandre de Moraes, a Ação Popular, juntamente com outros instrumentos constitucionais, constitui forma de exercício da soberania popular:

A ação popular, juntamente com o direito de sufrágio, direito de voto em eleições, plebiscitos e referendos, e ainda a iniciativa popular de lei e o direito de organização e participação de partidos políticos, constituem formas de exercício da soberania popular (CF, arts. 1º e 14), pela qual, na presente hipótese, permite-se ao povo, diretamente, exercer a função fiscalizatória do Poder Público, com base no princípio da legalidade dos atos administrativos e no conceito de que a `res' pública (República) é patrimônio do povo. A ação popular poderá ser utilizada de forma `preventiva' (ajuizamento da ação antes da consumação dos efeitos lesivos) ou 'repressiva' (ajuizamento da ação buscando o ressarcimento do dano causado).

Assim sendo, a finalidade da ação popular é a defesa de interesses difusos, reconhecendo-se aos cidadãos `uti cives' e não `uti singuli', o direito de promover a defesa de tais interesses.<sup>289</sup>

A Ação Popular obedece ao procedimento ordinário previsto no CPC, com as particularidades estabelecidas pelos Arts. 9/12 da LAP. Observe-se que há mitigação com relação à teoria da substanciação, aplicando-se então a teoria da individualização, visto que o juiz não fica adstrito aos limites da ação, conforme apresentado pelo autor, podendo ser o pedido interpretado de forma ampla.

O pedido divide-se em mediato (o bem da vida) e o imediato (provimento jurisdicional). Pode ser objeto do pedido imediato qualquer provimento de anulação ou nulidade dos atos lesivos aos bens tutelados no Art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, assim como qualquer pedido reparatório ou preventivo. O reparatório pode ser reintegratório, ressarcitório ou constitutivo. O pedido preventivo pode ser satisfativo ou não satisfativo, que se divide em

---

<sup>288</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 57-58.

<sup>289</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 166.

interinal ou cautelar. Quanto ao pedido mediato, verifica-se que basicamente se referirá a interesses difusos, pela própria natureza da ação popular.

O Art. 5º da LAP determina que a ação popular será proposta no local da qual emanou o ato lesivo. Entretanto, nos casos que envolvam mais de um ente político, deve ser competente o local no qual está o ente mais proeminente. A lei estabelece ainda a regra de prevenção, segundo a qual será prevento o juízo que primeiro conhecer a ação.

Em tese, qualquer cidadão tem legitimidade ativa para propor a Ação Popular, desde que esteja no gozo de seus direitos políticos, ou seja, possa votar e ser votado. A LAP, em seu Art. 9º, estabelece que, se o cidadão abandonar a ação popular, o Ministério Público poderá assumir sua titularidade.

Com relação ao interesse processual, quando houver necessidade de provimento jurisdicional para tutelar o direito, ainda que o pedido não seja tão adequado, caberá ao juiz dar o provimento correto. No que pertine à possibilidade jurídica do pedido, observa-se que ele deve ser permitido no ordenamento jurídico brasileiro.

A decisão proferida na Ação Popular tem natureza “desconstitutiva-condenatória, visando tanto à anulação do ato impugnado quanto a condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos.”<sup>290</sup>

Como efeitos da sentença de procedência, têm-se, então, a invalidade do ato impugnado, a condenação dos seus agentes e beneficiários em perdas e danos, às despesas processuais e honorários advocatícios, e a coisa

---

<sup>290</sup> Cf. Alexandre de Moraes (*Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 169), citando Edson Aguiar Vasconcelos, In: Instrumento de defesa da cidadania na nova ordem constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 120.

julgada opera *erga omnes*. Sobre os efeitos da decisão proferida na Ação Popular, quando de sua procedência, Alexandre de Moraes aponta as seguintes conseqüências: (i) invalidade do ato impugnado; (ii) condenação dos responsáveis e beneficiários em perdas e danos; (iii) condenação dos réus às custas e despesas com a ação, bem como honorários advocatícios; e (iv) produção de efeitos de coisa julgada *erga omnes*.<sup>291</sup>

Sendo a ação julgada improcedente, porém, seus efeitos divergem. Se infundada a ação, também produz coisa julgada *erga omnes*; se improcedente por deficiência probatória, a decisão não fará coisa julgada *erga omnes*, podendo ser ajuizada nova ação. Em ambos os casos o ato permanecerá válido.

Interessante acrescentar que, sendo o objeto da Ação Popular a anulação/invalidade de ato lesivo ao patrimônio público, poderá o pedido estar respaldado em questão de inconstitucionalidade do ato, verificando-se, assim, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade. Com efeito, pode-se pedir a anulação de um ato ou contrato porque contrário aos ditames constitucionais, oportunidade em que o julgador, inevitavelmente, analisará a conformidade do ato impugnado com a Constituição Federal.

Em casos como esse, a questão de inconstitucionalidade suscitada será determinante para o acolhimento do pedido da parte autora; e a invalidação do ato terá como fundamento sua inconstitucionalidade.

---

<sup>291</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 170.

### 5.5.2 Ação civil pública

A Ação Civil Pública é um instrumento processual para a defesa dos interesses coletivos, disciplinado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com respaldo do Art. 129, III, da Constituição Federal, que pode ser proposta pelo Ministério Público e demais legitimados previstos na esfera constitucional e infraconstitucional.<sup>292</sup>

Com a LACP, restou compensada a deficiência subjetiva do pólo ativo da ação popular, uma vez que a legitimidade para o ajuizamento da demanda coletiva foi conferida ao Ministério Público e às entidades estatais e associações com representatividade social, não se limitando ao cidadão. A ação civil pública abarca a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e à ordem econômica e à economia popular.

O supedâneo constitucional da Ação Civil Pública está no Art. 129, III, que legitima o Ministério Público a propor a ação para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Com efeito, a Constituição Federal inovou a

---

<sup>292</sup> Édis Milaré afirma que "a incorporação ao ordenamento positivo da Lei n. 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública, como é conhecida -, além de ensejar à Ciência Jurídica passo de inegável progresso, sobremodo alargou as lindes jurídicas da sociedade civil. É que esta, face à institucionalização dos interesses difusos, e à correlata legitimação processual outorgada a entes habilitados à patrociná-la em Juízo, abriu novos horizontes que inalienáveis valores socioculturais passassem a ser tutelados perante a Justiça. Ministério Público e Poder Judiciário, instituições imanentemente agregadas ao Estado de Direito e à democracia, galgaram, desde então, novo patamar de participação no debate em que se lançam e se renovam os fundamentos da nacionalidade. De 1985 a 1995, nesse interregno de dez anos, a aplicação da Lei n. 7.347/85 revelou o acerto do gesto de promulgá-la, que a prática processual desde logo referendou, paralelamente a rico filão doutrinário, elaborado pelos doutores da lei." (Cf. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 83).

matéria ampliando sobremaneira o campo de atuação da Ação Civil Pública para a defesa do patrimônio público e social e “outros interesses difusos ou coletivos”.

A conceituação da Ação Civil Pública não é pacífica, divergindo a doutrina. Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli afirma que a “ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público.”<sup>293</sup>

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a conceituação da Ação Civil Pública deve ter como critério seu objeto e não a legitimidade, aduzindo:

Então, parece que se deve 'desfocar' o critério que permite caracterizar essa ação como 'pública': passando do aspecto concernente à legitimação ativa (já que o Ministério Público, 'parte pública', não o legitimado exclusivo), para o aspecto respeitante ao seu 'objeto': a proteção de interesses metaindividuais, relativos ao meio ambiente, patrimônio cultural, consumidores.<sup>294</sup>

No mesmo sentido, Edis Milaré:

Até há pouco, entendíamos que quando se falava em 'ação civil pública' se queria em verdade referir ao problema da legitimação, e não ao direito substancial discutido em juízo. Ação civil pública, então, era aquela que tinha como titular ativo uma 'parte pública'- o Ministério Público. [...] Agora, porém, com a edição da Lei 7.347/85, que conferiu legitimidade para a ação civil pública de tutela de alguns interesses difusos não só ao Ministério Público, mas também às entidades estatais, autárquicas parastatais e às associações que especifica (art. 5º), novo posicionamento se impõe diante da questão. [...] Podemos, assim, em termos simples, mas não definitivos, conceituar a ação civil pública como o direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional.<sup>295</sup>

Considerando-se que a Ação Civil Pública não é de titularidade exclusiva do Ministério Público e que seu objeto não é o interesse público (etimologicamente), mas os interesses coletivos, conforme visto anteriormente, a conclusão sugerida por Rodolfo de Camargo Mancuso se apresenta adequada:

---

<sup>293</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 69.

<sup>294</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 19.

<sup>295</sup> MILARÉ, Edis. *O Ministério Público e a ação ambiental*. Cadernos Informativos. São Paulo: APMP, 1988, p. 33.

A conclusão razoável, a respeito desse aspecto terminológico, parece-nos a seguinte: a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos 'difusos' e dos 'coletivos em sentido estrito', aos quais na seqüência se agregaram aos 'individuais homogêneos' (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa não é 'pública' 'porque' o Ministério Público pode promovê-la, a par de outros co-legitimados, mas sim porque ela apresenta um largo espectro social de atuação, permitindo o acesso à justiça de certos interesses metaindividuais que, de outra forma, permaneceriam num certo 'limbo jurídico'. Para mais, trata-se de locução já consagrada em vários textos legais, inclusive na Constituição Federal (art. 129, III), sendo que a jurisprudência e a doutrina especializada a empregam normalmente, levando-nos a crer que esse 'nomen juris' - ação civil pública - já está assentado na experiência jurídica brasileira.<sup>296</sup>

Os objetivos da Ação Civil Pública são os de prevenção, reparação e ressarcimento dos danos causados aos interesses coletivos. A ação civil pública terá seu procedimento delineado pelo CPC e CDC, conforme dispõem os Arts. 19 e 21 da LACP<sup>297</sup>. Sobre o procedimento dessa ação, Moutari Ciochetti de Souza afirma:

A ação civil pública não possui, um rito processual específico. Ela poderá assumir a forma de ações ordinárias, sumárias, de liquidação de sentença, de execução, coletivas e procedimentos especiais previstos no CPC ou em legislação extravagante com a peculiaridade de acrescentar aos ritos comuns os princípios da Lei Federal nº 7345/85.<sup>298</sup>

Os requisitos a serem observados na petição inicial da ação civil pública são os previstos no artigo 282 do CPC. Adota-se a teoria da individualização em que o juiz não fica adstrito aos limites colocados na proposta, cabendo análise ampla do pedido.

<sup>296</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.21-22.

<sup>297</sup> Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Redação dada pelo artigo 117, da Lei nº 8.078, de 11.09.1990)

<sup>298</sup> SOUZA, Moutari Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Policial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

A ação civil pública tem como objeto<sup>299</sup>, tanto imediato como mediato, o provimento jurisdicional e o bem da vida que se quer tutelar, respectivamente. O objeto imediato tem caráter reparatório e preventivo, dentro do qual salienta-se preventivo satisfativo ou não satisfativo. O primeiro, pedido inibitório, visa impedir a prática de um ato e o segundo, pedido cautelar ou interinal. Objeto mediato, por sua vez, é qualquer interesse difuso, coletivo e, relativamente, os individuais homogêneos.

Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que os Arts. 3º e 11 da LACP sintetizam o objeto da Ação Civil Pública:

Quanto à ação civil pública, é de especial interesse o disposto no art. 3º da Lei 7.347/85: 'A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.' Resulta claro, nesse enunciado, que o pedido 'imediato' terá, em geral, natureza 'condenatória, lato sensu'. Sua compreensão, porém, é melhor alcançada com o que está disposto no art. 11: 'Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.'<sup>300</sup>

As condições da ação, para a ação civil pública, são aquelas de qualquer ação: **legitimidade das partes**, observando-se que há uma pequena variação quanto ao legitimado ativo, que na ação civil pública não se confunde com a idéia de titularidade, pois o legitimado ativo será aquele indicado pela lei,

---

<sup>299</sup> A partir da promulgação do 'texto padrão' - Lei 7.347/85 - a doutrina e a jurisprudência vieram sinalizando novas tendências no campo que constitui o largo objeto da ação civil pública: 'erário público' (Lei 8.429/92); 'meio ambiente' (Lei 6.938/81 e textos complementares); 'consumidores' (Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor); 'patrimônio cultural, lato sensu' (CF, art. 216 e §1º); 'ordem econômica' (Lei 8.884/94); 'deficientes físicos' (Lei 7.853/89); 'infância e juventude' (Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente); 'idosos' (CF, art. 230; Lei 8.842/94; Dec. Federal 1.948/96); 'comunidades indígenas' (CF, art. 232); 'mercado de capitais' (Lei 7.913/89); 'patrimônio genético' (Lei 8.974/95); 'loteamentos' (Lei 6.766/79); recursos hídricos (Lei 9.433/97); e, de modo geral, a questão das 'minorias sociais' (os ditos 'excluídos') e as vítimas de preconceito, enfim, 'qualquer outro interesse difuso ou coletivo', como alude o art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, inserido pela Lei 8.078/90. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular...* Ob.cit., p. 11)

<sup>300</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 30.

enquanto que o legitimado passivo pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, causadora do dano, ou mesmo aquele que tinha o dever jurídico de evitar a lesão ao interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo; **interesse de agir**, que é a necessidade de adequação do pedido à preservação dos bens ou valores tutelados; e a **possibilidade jurídica do pedido**, identificando-se com a noção do pedido que em tese seja admitido pelo ordenamento jurídico.

É o instrumento processual que mais tem sido usado para defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Convém lembrar a integração entre as normas da LACP com as regras do CDC e CPC, sendo que as normas do CDC e LACP são recíprocas e se completam, formando um micro-sistema, conforme anteriormente mencionado.

Da mesma forma como ocorre na Ação Popular, também na Ação Civil Pública, o pedido formulado por um dos co-legitimados pode envolver a questão da inconstitucionalidade de uma norma, esta fundamentadora do dano causado à coletividade. Exemplo dessa hipótese foi amplamente conhecido dos consumidores paranaenses, quando a APADECO - Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores ajuizou uma ação civil pública, requerendo a devolução dos valores pagos a título de empréstimo compulsório sobre os combustíveis. O fundamento do pedido foi justamente a inconstitucionalidade da norma que instituiu o referido tributo, cuja decisão foi favorável aos consumidores paranaenses, que tiveram resguardado o interesse no ressarcimento dos valores gastos com um tributo inconstitucional.

Importante acrescentar que o STF acatou Agravo Regimental interposto pela União para desconstituir acórdão da Ação Civil Pública acima

referida. A decisão reconhece a ilegitimidade ativa da APADECO para a defesa dos consumidores no caso vertente, tendo em vista que não existe relação de consumo entre o Poder Público e os contribuintes do empréstimo compulsório. Deu provimento ao recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória. O inteiro teor da decisão está encartado no Anexo E. De qualquer forma, esse é um exemplo de ação civil pública fundamentada em questão de inconstitucionalidade.

Assim, novamente, verifica-se a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, cuja decisão pode beneficiar toda uma coletividade.

### **5.5.3 Mandado de Segurança Coletivo**

O mandado de segurança coletivo é uma ação coletiva, garantida constitucionalmente, no inciso LXX do Art. 5º, que visa a proteger direito líquido e certo e “pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.<sup>301</sup>

Trata-se de grande novidade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, dos interesses coletivos. Luiz Fernando Bellinetti afirma

---

<sup>301</sup> BRASIL. Constituição Federal, 1988, Art. 5º, LXX.

que “o mandado de segurança coletivo não se confunde com o mandado de segurança individual, embora a natureza da tutela seja a mesma”<sup>302</sup>, destacando que a noção de ação coletiva decorre da própria Constituição, quando utiliza a expressão “defesa dos interesses de seus membros ou associados.”<sup>303</sup>

Parte da doutrina entende que o mandado de segurança coletivo não tem por finalidade proteger os interesses coletivos *lato sensu*, mas sim defender os direitos subjetivos individuais, num simples litisconsórcio ativo, porque não haveria síntese de interesses, mas tão-somente soma de tais interesses, com a presença da figura da representação ou substituição processual (legitimidade extraordinária).<sup>304</sup> Contrariamente, há outra corrente que defende a tese de que o mandado de segurança coletivo é instituto novo, que visa a proteger interesses coletivos *lato sensu*, os quais podem ser difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para esses autores, o mandado de segurança coletivo é uma autêntica ação autônoma.<sup>305\_306</sup>

Diante dessa polêmica, André Ramos Tavares sustenta que:

Tendo em vista que a Constituição exige, para a propositura do mandado de segurança, direito líquido e certo, alguns autores entendem que não é

---

<sup>302</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 198.

<sup>303</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Ibid.*, p. 198.

<sup>304</sup> São defensores dessa teoria, Ovídio Batista, Atos Gusmão Carneiro, J.J. Calmon de Passos e Cretella Junior.

<sup>305</sup> Defendem essa teoria, entre outros, o Min. Carlos Velloso, José da Silva Pacheco, Celso Agrícola Barbi, Nelson Nery Junior, Ada Pellegrini Grinover. Luiz Fernando Bellinetti também comunga dessa teoria aduzindo que a função do mandado de segurança coletivo é a defesa de um dever líquido e certo que esteja sendo desrespeitado, conforme será apresentado.

<sup>306</sup> Antônio Gidi (*Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 79) afirma que “é intuitivo que o termo ‘coletivo’ empregado na denominação do novo mandado de segurança não possui o mesmo sentido em que o empregam os arts. 129, III da CF, ou 81, parágrafo único, II do CDC. Da mesma maneira que é incorreto dizer que ‘ação coletiva’ é aquela que defende apenas ‘direito coletivo’, não parece ser adequado vincular o ‘nomen iuris’ do mandado de segurança coletivo ao direito que através dele se pode defender. Mesmo porque seria inconcebível que se criassem, ao lado de um mandado de segurança coletivo, um ‘mandado de segurança individual homogêneo’!!”

cabível o instituto quanto aos meros interesses, especialmente os difusos.

Alguns, contudo, excluem tanto os chamados interesses difusos como os coletivos e os individuais homogêneos, entendendo que a medida cabe apenas para os direitos individuais.

Assim, o mandado de segurança coletivo seria apreciável apenas na tutela de interesses coletivos (em sentido estrito), excluindo-se todos os demais, numa interpretação gramatical dos termos em que o instituto consagrou-se constitucionalmente. É a posição de Rogério Cruz e Tucci.

Contudo, como bem pondera Hermes Zaneti Junior, 'pode o mandado de segurança tutelar o direito difuso (...) visto ser a expressão 'direito líquido e certo' de cunho eminentemente processual, referente à prova pré constituída e não à qualidade do direito objetivo deduzido em juízo.<sup>307</sup>

Com efeito, como a Constituição Federal não afasta a hipótese de utilização do mandado de segurança coletivo para defender-se direitos coletivos, é possível entender que o mandado de segurança coletivo se apresenta como instrumento novo, através do qual é possível a tutela dos mesmos direitos e interesses protegidos pelo mandado de segurança individual, mas sob o enfoque de uma coletividade, contra ilegalidade ou abuso de poder, destacando-se a necessidade da demonstração da certeza e liquidez.

A Lei nº 1533/51 - Lei de Mandado de Segurança (LMS) -, não faz previsão específica sobre a petição inicial no mandado de segurança coletivo, aplicando-se, portanto, e subsidiariamente, a regra estabelecida para o mandado de segurança individual (Art. 6.º), no que não conflita com o mandado de segurança coletivo; ou seja, devem ser observados os requisitos dos Arts. 282 e 283 do CPC e atendidas as particularidades da LMS e do inciso LXX do Art. 5º da Constituição Federal, que o instituiu.

O objeto imediato do mandado de segurança coletivo é o provimento jurisdicional com tutela diferenciada, ordenando ao agente estatal ou

---

<sup>307</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 683-684.

assemelhado a observância de determinado dever jurídico. Em relação ao objeto mediato, há divergência doutrinária e jurisprudencial, existindo quatro correntes:

- 1) o objeto mediato é o direito subjetivo individual de cada indivíduo separadamente, representado ou substituído processualmente;
- 2) podem ser objeto mediato tanto o interesse individual homogêneo quanto o difuso e o coletivo;
- 3) a terceira corrente entende que o mandado de segurança coletivo somente pode defender interesses difusos e coletivos, e não individuais homogêneos, pois estes não são efetivamente interesses coletivos;
- 4) a quarta corrente sustenta que podem ser objeto mediato do mandado de segurança coletivo os interesses coletivos e o individual homogêneo, por derivação do texto constitucional, que determina quais são os legitimados ativos em defesa de seus membros ou associados.

Parece razoável afirmar-se que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado para a defesa de todas as espécies de interesses coletivos, já que se trata da imposição de um dever jurídico ao Poder Público, cuja conduta lesou interesse de um grupo. Esse grupo poderá ser destacado por qualquer dos interesses coletivos, a depender da dimensão da conduta lesiva e do bem jurídico atingido, mas, ressalva-se que, “no mandado de segurança coletivo sempre há

uma redução do alcance da tutela jurisdicional para grupos específicos, conforme a dicção constitucional.”<sup>308</sup>

A Constituição Federal, no artigo 5º, LXX, "d", limita o âmbito do mandado de segurança coletivo, determinando que somente pode ser usado para defender interesses de um grupo que mantém entre si uma relação jurídica base. Nesse sentido, Luiz Fernando Bellinetti afirma ser o objeto do mandado de segurança coletivo mais restrito que o das demais ações coletivas:

É uma ação coletiva. Porém, o seu objeto é mais restrito que outras ações coletivas.

Observe-se que nos interesses coletivos `stricto sensu' a relação jurídica base tanto pode existir entre os membros do grupo como entre a parte contrária e aqueles que formam o grupo.

No caso do mandado de segurança coletivo, em função da regra que delimita os que tem legitimidade para a sua propositura, há uma limitação somente para hipóteses de relação jurídica base entre os membros do grupo, excluída a hipótese de relação jurídica com a parte contrária.<sup>309</sup>

A legitimidade passiva é atribuída a qualquer agente estatal ou assemelhado, lembrando-se que a pessoa jurídica será sempre litisconsorte necessário. O interesse processual é verificado quando há a necessidade e utilidade do mandado de segurança coletivo. É necessário lembrar que aqui não se aplica a teoria da substanciação, pois, mesmo quando o pedido não é inteiramente adequado, o juiz tem o dever de dar o provimento jurisdicional pertinente. A possibilidade jurídica do pedido é averiguada quando ele é admitido pelo ordenamento jurídico, ao menos abstratamente.

Com relação ao procedimento, aplicam-se subsidiariamente as regras estabelecidas nos Arts. 6 a 11, da LMS individual, bem como as regras procedimentais estabelecidas pela Lei nº 4.348, de 03 de julho de 1964.

---

<sup>308</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 235.

<sup>309</sup> BELLINETTI, Luiz Fernando. *Ibid.*, p. 236.

Destaque-se que a decisão do mandado de segurança, que nega provimento ao pedido, não faz coisa julgada, conforme dispõe o Art. 15 da LMS.

A sentença do mandado de Segurança Coletivo é um provimento que impõe à autoridade coatora e à pessoa jurídica (litisconsorte necessária) o dever jurídico de respeito ao interesse tutelado, observadas as especificidades do caso. É, na verdade, o provimento mais adequado a satisfazer o interesse individual homogêneo ou coletivo perpetrado. Os beneficiários da decisão proferida no mandado de segurança coletivo serão todos os associados (membros do grupo impetrante) que estiverem na situação apresentada na impetração.

Eduardo Arruda Alvim aponta a possibilidade de controle de constitucionalidade difuso, em sede de mandado de segurança coletivo:

Há possibilidade de veiculação de temas constitucionais, incidentere tantum, no mandado de segurança coletivo, hipótese que configurará controle concreto ou difuso e não se confunde, em linha de princípio, com os casos de controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade. Todavia, a possibilidade de veicular, incidentalmente, questões de índole constitucional nas ações coletivas - como, de resto, em qualquer outra ação - demanda sempre a existência de um caso concreto, ainda que a idéia de caso concreto, na esfera das ações coletivas seja algo distinta da concepção do que seja caso concreto no plano das ações individuais.<sup>310</sup>

Conforme visto, no mandado de segurança coletivo, que tem por objeto assegurar direito líquido e certo de determinado grupo de pessoas, em face de ilegalidade ou abuso de poder, é evidente a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, já que tanto a ilegalidade como o abuso de poder podem estar relacionados a uma norma inconstitucional.

---

<sup>310</sup> ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 50.

#### 5.5.4 Ação Coletiva Para a Defesa dos Direitos/Interesses Previstos no CDC

A relação de consumo consiste numa relação jurídica que tem como sujeitos o consumidor e o fornecedor, em posições contrastantes. Pode se estabelecer de forma efetiva ou, no caso da propaganda, de forma potencial. Assim, para se aperfeiçoar uma relação jurídica de consumo, não é necessário que o fornecedor concretamente venda bens ou preste serviços, mas sim, que pelo menos, mediante oferta, já os ponha à disposição de consumidores potenciais. Dessa forma, a finalidade da relação de consumo é que o consumidor se utilize do produto ou serviço como destinatário final.

Fala-se em ações inominadas para a defesa dos interesses dos consumidores porque o Art. 83 do CDC admite a interposição de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”<sup>311</sup>

A legitimação ativa defere-se apenas às pessoas indicadas no Art. 82 do CDC, ou seja: o Ministério Público; a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; e as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear.

---

<sup>311</sup> BRASIL. Lei nº 8.078/90.

Nessas ações coletivas, qualquer pedido pode ser formulado, de acordo com o que dispõe o Art. 83 do CDC, desde que adequado à tutela dos direitos do consumidor, porém não impera o princípio da substanciação e, conforme o Art. 84 do CDC, a tutela pode ser específica. Segundo o Art. 87, as ações coletivas estão dispensadas das custas, honorários e quaisquer outras despesas, salvo comprovada a má-fé. É vedada a denunciação da lide nos casos do Art. 13, parágrafo único, do CDC, quando a reclamação decorre de acidente e evento danoso, de acordo com o Art. 88 do mesmo diploma legal.

Um dos princípios basilares das ações do CDC, tanto individuais quanto coletivas, é a regra de inversão do ônus da prova, imposta pelo Art. 6º, inciso VIII, do CDC, presumindo-se a culpa do fornecedor até prova em contrário, considerando-se a hipossuficiência em seu sentido jurídico.

Segundo dispõe o Art. 90, do CDC, aplicam-se às ações previstas nesta legislação as normas do CPC e da LACP, por responsabilidade por danos causados ao consumidor. Assim, a petição inicial deve obedecer os requisitos dos Arts. 282 e 283 do CPC. A competência para a propositura de ação coletiva visando tal interesse é, conforme o Art. 93 do CDC, da Justiça Estadual quando o dano for de âmbito local e portanto processado no local do evento danoso, e no foro da Capital, ou no Distrito Federal, sendo de âmbito nacional ou regional, salvo as hipóteses da Justiça Federal, quando figurar no pólo passivo ou como litisconsorte qualquer órgão ou pessoa da esfera federal.

O procedimento segue o rito comum ordinário. Pela própria dicção do Art. 81 e seguintes do CDC, especialmente pela regra do Art. 83, todos os tipos de pedido/tutela jurisdicional podem ser formulados para defesa.

O CDC especifica 03 (três) tipos de procedimentos específicos.

1) ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos, cuja regulamentação é feita nos Arts. 91 a 100 do CDC. Seguem a mesma procedibilidade da Ação Civil Pública, conforme Art. 90 do CDC. Todas as espécies de provimento jurisdicional possíveis em uma Ação Civil Pública são admitidos como objeto dessa ação, reparatório ou preventivo, relacionados a qualquer interesse individual homogêneo. Será muito comum em uma ação desse tipo que o pedido envolva tanto a preservação de interesse individual homogêneo como o interesse difuso ou coletivo. A competência é estabelecida no Art. 83 do CDC; regra geral, o local do dano. Haverá interesse processual sempre que o provimento pleiteado for adequado e necessário para a proteção dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. Aplica-se o princípio da individualização e é perfeitamente possível a antecipação da tutela neste tipo de ação (Arts. 82 e 83 do CDC).

Dado importante é a hipótese da reparação fluida - *fluid recovery* - Art. 100, do CDC. Ocorre geralmente nos casos em que os danos são insignificantes em sua individualidade.

A LACP outorgou ao Ministério Público a possibilidade de instaurar o inquérito civil para apurar infrações civis quanto a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, permitindo que requisite, de qualquer órgão, informações e documentos. É um instrumento importante para a defesa dos interesses coletivos. Está previsto no Art. 8º, I da LACP, e aplica-se também às ações do CDC.

2) ação civil coletiva de responsabilidade do fornecedor (Art. 101 do CDC). Trata-se de qualquer ação que tenha nexo de causalidade com produto e com dano. O CDC oferece uma faculdade para o autor da ação, podendo este propô-la em seu domicílio ou no domicílio do réu; permite ainda que seja chamado ao processo o segurador do fornecedor; porém, é vedada a denunciação da lide ao IRB (Instituto de Resseguro do Brasil). Existe ainda a possibilidade de o autor da ação acionar diretamente a seguradora, em caso de falência da empresa.

3) ação preventiva à circulação de produtos (Art. 102 do CDC), que postula provimento que ordene ao Poder Público a adoção da medida necessária para preservar os interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. É uma ação de natureza mandamental, vez que se dirige ao Poder Público, determinando a execução de medidas.

Nas ações previstas no CDC, também é possível o controle difuso de constitucionalidade, evidenciando a verificação da compatibilidade formal entre a norma referente a uma relação de consumo e a Constituição Federal e seus princípios, o que poderá facilitar a demonstração do dano.

## **5.6 EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA NAS AÇÕES COLETIVAS**

Em função da regra do Art. 2º da LACP e do Art. 90 do CDC, que formam um sistema de intercomunicação, a sentença nas ações coletivas tem a

finalidade de constituir uma norma genérica, estabelecendo o cumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse coletivo, *lato sensu*. Nos casos dos interesses difusos ou coletivos, as normas fazem uma imposição a alguém; já nos interesses individuais homogêneos, as normas reconhecem o interesse a alguém.

A liquidação/execução da sentença de ação coletiva será promovida pelo próprio interessado, assim como pelos legitimados enumerados no Art. 82 do CDC. Será, portanto, individual ou coletiva, esta na conformidade do Art. 98 e seguintes do CDC, que lhe disciplina a competência.

Destaca-se que a sentença faz coisa julgada formal e material. A coisa julgada formal é a preclusão máxima do processo, ou seja, significa que aquele processo terminou e nenhum ato pode ser revisto nele; impede a interposição de recurso. A coisa julgada material é “a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (...) nem à remessa necessária do CPC 475 (...)”.<sup>312</sup>

É em relação à delimitação da coisa julgada material que existem controvérsias nas ações coletivas, eis que apresenta diferenças em relação ao processo individual, porquanto depende do evento ou resultado do julgamento, podendo ou não ocorrer, conforme o conteúdo da decisão.

---

<sup>312</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003, p. 787.

“A coisa julgada é uma necessidade do próprio sistema jurídico de conferir estabilidade às soluções judiciais, evitando que o vencedor permaneça eternamente com a espada de Dâmocles.”<sup>313</sup>

Trata-se de garantia da segurança jurídica em relação à manifestação do Poder Judiciário.

Diante de todas as considerações apresentadas neste trabalho, não resta qualquer dúvida de que o processo civil coletivo é dotado de particularidades que requerem tratamento diferenciado, em relação ao sistema processual tradicional, tendo em vista o objetivo de dar efetividade aos interesses de grupos. E, mais, considerando que o grupo representado na ação coletiva nem sempre é identificável, resta clara a inadequação do sistema da coisa julgada, do processo civil tradicional, para tratar da ação coletiva.

A indivisibilidade do interesse comum a todos os membros do grupo, que caracteriza a relação jurídica de direito material apresentada em juízo, é fundamento para o tratamento diferenciado do regime da coisa julgada nas ações coletivas, conforme anota José Roberto dos Santos Bedaque:

Nessa medida, verifica-se a profunda alteração nos limites subjetivos da coisa julgada em demandas versando interesses indivisíveis, que acabam alcançando pessoas que não participaram do contraditório instaurado perante o juiz. Tal ocorre pelo simples fato de haver o direito material instituído essa categoria de direitos, denominados difusos e coletivos. A indivisibilidade do bem implica tratamento uniforme, o que afasta a possibilidade de decisões diferentes. Daí a necessidade de o disposto na sentença tornar-se imutável para todos. É, pois, a indivisibilidade do objeto da demanda que determina a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*.<sup>314</sup>

---

<sup>313</sup> FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, competência e coisa Julgada*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo* MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 74.

<sup>314</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 117.

No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel afirma que a amplitude dos efeitos da sentença coletiva é devida à indivisibilidade dos interesses em jogo:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a um a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.<sup>315</sup>

Na ação popular, conforme Art. 18 da LAP, a sentença faz coisa julgada ultra partes, *erga omnes*, em caso de procedência ou improcedência, com a ressalva de não fazer coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas. Na ação civil pública, a sentença faz coisa julgada conforme disposição do Art. 16 da LACP, combinado com o Art. 103, § 3º do CDC. No mandado de segurança coletivo, aplica-se subsidiariamente a LACP e o CDC, levando-se em conta as peculiaridades do mandado de segurança (dever líquido e certo), que não inibe a ação contra o Estado com cognição plena.

O CDC, ao tratar da coisa julgada nas ações coletivas, o fez de forma cautelosa, para evitar conflito com o sistema do CPC, segundo o qual a coisa julgada somente atinge as partes que participaram do litígio.

No sistema do CDC, a matéria vem regulamentada pelo Art. 103. Assim, no caso de interesses difusos, a sentença faz coisa julgada ultra partes, *erga omnes*, em caso de procedência ou improcedência (Art. 103, inciso I), porém, com a ressalva de não fazer coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas, e ainda em relação aos interesses individuais dos integrantes do grupo (§1º). No caso de interesses coletivos, a sentença faz coisa

---

<sup>315</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 258-259.

julgada *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe, em caso de procedência ou improcedência (Art. 103, inciso II), porém com a ressalva de não fazer coisa julgada em caso de improcedência por insuficiência de provas, e, ainda, com a ressalva de não fazer coisa julgada em relação aos interesses individuais (§1º). E, no caso de interesses individuais homogêneos, a sentença faz coisa julgada *ultra partes*, *erga omnes* (mas limitada à classe de pessoas), em caso de procedência do pedido (*secundum eventum litis e in utilibus*) – Art. 103, III, – e *inter partes*, em caso de improcedência, abrangendo todos os litisconsortes (§2º).

No sistema tradicional, o alcance subjetivo da coisa julgada vai até as pessoas que participaram do processo, o que não ocorre no âmbito coletivo, já que a coisa julgada deve atingir todos os membros do grupo, ligados por um interesse comum. É, pois, o Art. 103 do CDC que define quais as entidades ou pessoas serão alcançadas pela autoridade da sentença transitada em julgado, além de determinar a ampliação do processo da ação coletiva, mediante o transporte do julgado coletivo, *in utilibus*, às ações individuais.

Conforme anotado, a coisa julgada opera com particularidades para cada espécie de interesse coletivo.

Em relação aos interesses difusos, a coisa julgada vai além da relação fática simplesmente considerada, atingindo todos, exatamente porque uma única lesão afetou a todos, salvo no caso de improcedência da ação por insuficiência de provas, em que a coisa julgada material não ocorrerá, não

havendo, portanto, eficácia *erga omnes* (Art. 81, I do par. ún., c/c Art. 103, I, ambos do CDC).<sup>316</sup>

Para os interesses coletivos *stricto sensu*, o sistema da coisa julgada é fixado pelo Art. 81, parágrafo único, inciso II<sup>317</sup>, combinado com art. 103, II, do CDC.<sup>318</sup>

Aqui, a coisa julgada opera *ultra partes*: alcança todas as pessoas que integrem o grupo, pessoas determinadas ou ao menos determináveis, que estão na relação jurídica base. A exceção também diz respeito à hipótese de improcedência do pedido: se for por insuficiência de provas, não haverá coisa julgada material.

A ação poderá voltar a ser promovida por qualquer legitimado, inclusive por quem tenha participado da que foi julgada, desde que amparado em nova prova.

Ressalte-se que o sentido de nova prova não é o de contemporaneidade, mas de oportunidade. Prova nova é considerada aquela que, por qualquer razão, não teve sua análise oportunizada na ação extinta. Sobre o tema, Ricardo de Barros Leonel apresenta argumentos interessantes:

A viabilidade da reformulação da demanda depende de identificação da insuficiência probatória como fundamento da improcedência anterior. A

---

<sup>316</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81.

Art. 81, Parág. único, I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

<sup>317</sup> Art. 81, parágrafo único, II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

<sup>318</sup> Art. 103, II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso 11 do parágrafo único do art. 81.

concepção de 'deficiência probatória' que melhor atende ao processo coletivo é calcada no critério 'substancial': o que importa não é a dicção do 81 magistrado na sentença, mas o conteúdo ou modo pelo qual o feito se encerrou. Se a discordância diz respeito a questões de fato que possam receber demonstração diversa da pretérita, inclusive em função do avanço tecnológico nos meios de prova, será possível a reformulação da ação já julgada. Quanto às questões de direito, não há espaço para a dúvida: se na primeira demanda os fatos eram incontroversos e a divergência relacionava-se somente ao mérito, i.é, ao direito, a repositura da ação está definitivamente vedada.<sup>319</sup>

O sentido da exceção é evitar o risco de iniciativas que busquem a obtenção de sentença de improcedência, através de ações mal propostas, ou mal instruídas, ou mesmo daquelas deduzidas em conluio, vinculativa de toda a comunidade portadora ou titular do interesse difuso em discussão.

A coisa julgada opera nas ações envolvendo interesses individuais homogêneos, com eficácia *erga omnes* (*rectius= erga vítimas*), ultra partes, conforme previsto no inciso III do Art. 103 do CDC, combinado com o inciso III do parágrafo único do Art. 81, do mesmo diploma legal<sup>320</sup>. Isto significa que, em havendo uma condenação genérica, mesmo quem não participou do processo pode executar a sentença, por força da transferência *in utilibus* da coisa julgada.

Trata-se de um sistema similar ao da sentença penal condenatória, que torna certa a reparação do dano *ex delicto*, e permite a execução direta da sentença penal condenatória, precedida da liquidação, como título executivo judicial. Assim, a sentença de procedência, na ação em defesa de

---

<sup>319</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 274.

<sup>320</sup> Art. 103, III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. Art. 81, parágrafo único, III - interesses individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

interesses individuais homogêneos, serve como título executivo judicial para indenização do dano individual.<sup>321</sup>

E aqui reside outro ponto fundamental de diferença entre o sistema tradicional da coisa julgada e o da tutela coletiva: essa transferência *in utilibus* da coisa julgada se opera mesmo que isto não tenha constado do dispositivo da sentença. É que a tutela coletiva, mais do que a individual, permite a sentença genérica, e ainda mitiga fortemente o princípio da congruência, salvo a observância do pedido imediato, o que viabiliza o alargamento da prestação jurisdicional.<sup>322</sup>

Ainda em se tratando de interesses individuais homogêneos, também aqui há outra exceção: em caso de improcedência, a coisa julgada opera *inter partes*, abrangendo inclusive litisconsortes. Mas não impede que quem não participou do processo ajuíze uma ação individual para tutelar o seu interesse individual.<sup>323</sup>

A própria lei permite que um autor, que esteja promovendo individualmente uma ação, possa pedir a sua suspensão, a fim de aguardar uma eventual sentença favorável na ação coletiva, porventura tramitando também,

---

<sup>321</sup> Art. 103, § 30. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

<sup>322</sup> Art. 84 Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 4º. O Juiz poderá, na hipótese do § 3º. ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente do pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

<sup>323</sup> Art. 103, § 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

com o objetivo dela se beneficiar.<sup>324</sup> Esta possibilidade se transforma em obrigação, caso o autor da ação individual tenha ciência inequívoca da existência de ação coletiva, a significar que, se souber e não requerer a suspensão da sua ação individual, não poderá se aproveitar do benefício eventualmente conferido pela ação coletiva.

A coisa julgada ganha contornos diferenciados também naquelas ações da qual promanam sentenças homologatórias.

Numa ação individual, ocorrendo transação, a coisa julgada abrange todo o objeto do processo, isto é, todo o pedido, porque o objeto do processo é balizado pelo pedido do autor: é ele que traça o limite objetivo do processo. Como visto, a ação civil pública admite a transação, desde que não importe em renúncia ou prejuízo ao interesse difuso ou coletivo: ela visa a integral reparação do dano. Mas nela, o limite objetivo da coisa julgada *erga omnes* é o conteúdo do acordo homologado, e não o objeto do processo, em face da indisponibilidade do interesse tutelado. A sentença que homologa a transação fará coisa julgada *erga omnes ou ultra partes*, porém o fenômeno se dará *secundum eventus litis*, beneficiando, portanto, somente os indivíduos membros do grupo, vinculados por interesse difuso ou coletivo envolvido na transação, caracterizando, assim, o limite subjetivo. Existe ainda um limite objetivo, revelado pelo fato de que só fará coisa julgada a sentença homologatória em relação às obrigações constantes do acordo homologado.

---

<sup>324</sup> Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A expressão coisa julgada *secundum eventum litis* é utilizada para demonstrar que a decisão proferida em ação coletiva não faz coisa julgada material, quando a ação for julgada improcedente por falta de provas, evitando que os efeitos da decisão de improcedência atinjam negativamente pessoas por ato do autor (negligência), ou até mesmo do juiz da causa.

O fato de a tutela coletiva tratar de interesses difusos, coletivos *strito sensu* ou individuais homogêneos, aliado à ampliação da eficácia da coisa julgada para atingir o maior número de pessoas possível, implica a constatação de que a pessoa se sujeita aos efeitos dessa coisa julgada, sem poder exercitar plenamente a defesa de seu direito individual. Na verdade, a pessoa fica sujeita ao desempenho daquele que ajuizou a ação coletiva, legitimado por lei e por ela fixado como seu representante. Então, se o autor da ação coletiva não tiver um bom desempenho, ou um desempenho adequado, o direito individual de quem for atingido pela eficácia da coisa julgada será prejudicado.

Esse tratamento diferenciado da coisa julgada, nas ações coletivas, não fere direitos do causador do dano, nem viola preceitos constitucionais sobre o processo; ao contrário, evidencia o princípio da igualdade das partes, substancialmente em situações econômicas distintas.

Nesse contexto, interessante o entendimento de Ricardo de Barros Leonel:

Recorde-se, também, que os autores de lesões aos interesses metaindividuais são normalmente dotados de maior potencial econômico, como as pessoas jurídicas de direito público ou privado (poder público e empresas). Considerando-se o descompasso existente na condição real entre os responsáveis pela lesão e os lesados (coletividade), é razoável carrear-se maior ônus àqueles que têm melhores condições de enfrentar as vicissitudes de uma demanda judicial.

Se a extensão do julgado, em qualquer hipótese (improcedência ou procedência), a todos os indivíduos, significa provavelmente negativa de

acesso à Justiça às pessoas isoladamente consideradas, a extensão do julgado só quando da procedência não configura negativa de acesso ao responsável pela lesão, mas só encargo eventual de suportar nova demanda sobre o mesmo assunto. Se algum preço deve ser 'pago' para o alcance da economia processual e da pacificação rápida e uniforme dos conflitos coletivos, que seja o preço menor: onera menos o sistema a sujeição do responsável pela lesão a nova demanda, que a inviabilização do acesso à justiça por parte do indivíduo interessado.<sup>325</sup>

A sentença proferida em ação coletiva consiste na entrega da prestação jurisdicional pertinente à demanda deduzida, adequada a cada situação concreta verificada, para a melhor solução da crise no direito material e a pacificação dos conflitos supra-individuais.<sup>326-327</sup> Consiste na máxima efetividade da tutela jurisdicional, embora exista certa mitigação do princípio da congruência entre a demanda e o provimento judicial, na sentença concessiva da tutela específica, obrigação de fazer ou de não fazer, ou medidas que assegurem o resultado prático equivalente, visto que o sistema "confiou ao prudente arbítrio do juiz a indicação, no comando da sentença, da forma pela qual deverá o réu proceder".<sup>328</sup>

A mitigação do princípio da correlação ou atenuação do princípio da congruência, contudo, não é absoluta ou ilimitada: existe e deve ser aplicada dentro da espécie de tutela pretendida pelo autor ao propor a ação. Nesta seara, oportuna a manifestação de Ricardo de Barros Leonel:

Aforada a demanda com pedido cominatório, o magistrado poderá determinar o adimplemento da obrigação ou das medidas equivalentes de forma a melhor atender à defesa do interesse supra-individual.

---

<sup>325</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 265.

<sup>326</sup> Neste sentido, confira-se Ricardo de Barros Leonel. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 302-303.

<sup>327</sup> As sentenças podem ser de natureza condenatória, constitutiva, cautelar, executiva, mandamental, inibitória, conforme seja a classificação adotada para a sistematização dos provimentos jurisdicionais. A maior incidência, porém, será de provimentos cominatórios, pela própria natureza dos interesses tutelados; a tutela específica ou a concessão de medidas equivalentes melhor atendem à pacificação de tais conflitos. Mesmo a sentença meramente declaratória, em tese admissível, na prática dificilmente terá utilidade isoladamente.

<sup>328</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 145-146.

Entretanto, não será cabível a concessão de provimento de natureza absolutamente diversa, como, v.g., de cunho constitutivo ou desconstitutivo, seja porque inadequado à hipótese concreta, seja porque fora dos limites genéricos da tutela pretendida pelo autor. Mesmo a concessão de provimento condenatório, quando pretendida inicialmente a tutela específica, só poderá ocorrer se houver expressão opção do demandante, ou se for absolutamente impossível o cumprimento da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.<sup>329</sup>

É por isso que o § 1º do Art. 84, do CDC, estabelece que a conversão da obrigação em perdas e danos só é admissível se por elas optar o autor, ou se impossível a tutela específica; ou a obtenção de resultado prático equivalente.

Por outro lado, há, ainda, flexibilização do princípio da demanda em relação à fixação de multa de ofício (as astreintes), que funciona como instrumento de coerção e independe de pedido do autor. Cite-se, como exemplo, o Art. 11 da LACP que determina a possibilidade de fixação de multa diária para garantir o cumprimento da obrigação, independente de requerimento da parte.<sup>330</sup>

No contexto dos efeitos da sentença coletiva, não se pode deixar de destacar a questão referente à eficácia natural da sentença, ou seja, a energia obrigatória da resolução judicial, a força e o efeito da sentença.<sup>331</sup>

A eficácia natural da sentença envolve, no caso, a segurança jurídica e a efetividade da tutela coletiva, valores que devem ser equilibrados, em vista da dimensão e a natureza dos interesses em jogo, assim como a repercussão da solução jurisdicional.

---

<sup>329</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 303-4.

<sup>330</sup> Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

<sup>331</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 3, p. 97.

Nas ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, pode ser prolatada sentença genérica<sup>332</sup>, não tendo aplicabilidade integral o disposto no art. 460 do CPC. Por outras, sendo julgada procedente a ação, a sentença condenatória será genérica, cabendo aos interessados habilitarem-se na execução, comprovando seu direito à parte do benefício constante da sentença genérica.

O enfoque da coisa julgada, em matéria de interesses coletivos, rompe a estrutura do sistema jurídico tradicional para emprestar-lhe efetividade.

Questão relevante, envolvendo a coisa julgada em sede de ação coletiva, refere-se ao conteúdo do Art. 16 da LACP, segundo o qual "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência do órgão prolator".

A maior crítica a esse dispositivo deve-se ao fato de que a coisa julgada não é um efeito, mas uma qualidade da sentença, que se agrega a determinado efeito.

Referido dispositivo tem como finalidade restringir os efeitos da sentença, mas a coisa julgada não é um efeito da sentença, como o é sua eficácia natural.

Enrico Túlio Liebman<sup>333</sup> distingue a eficácia natural da sentença, da coisa julgada, no sentido de que a coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade especial da sentença, que, em determinada circunstância, a torna imutável. Esclarece que a eficácia natural vale para todos (como ocorre com

---

<sup>332</sup> Art. 81, parágrafo único, III, e Art. 91 e seguintes, do CDC.

<sup>333</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale di diritto processuale civile. Vol 1. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

qualquer ato jurídico), mas a autoridade da coisa julgada atua apenas para as partes.

O conteúdo do Art. 16 da LACP é equivocado, visto que o parâmetro da sentença é o conteúdo do pedido formulado pelo autor, e não a competência territorial do órgão jurisdicional; assim, os efeitos concretos da sentença se operam, independentemente da vontade do legislador, acompanhando os sujeitos do conflito judicial, onde quer que estejam. Ademais, a limitação imposta pela regra acima confronta com os princípios norteadores do sistema das ações coletivas, que é justamente a efetividade do processo visando à realização de interesses de diversas pessoas.

Esse entendimento é manifestado por Américo Bedê Freire Júnior, oportuno e adequado:

Uma outra questão relevante refere-se aos efeitos da coisa julgada para além do limite territorial do órgão prolator da sentença.

O artigo 16 da lei de ação civil pública foi alterado para trazer essa equivocada dicção de que a coisa julgada somente produzirá efeitos nos limites da competência territorial do órgão prolator, deveras, tal proposição é absurda, pois:

a) A coisa julgada incidirá sobre o conteúdo pedido pelo autor, ora o que servirá de parâmetro para a sentença é o pedido e não a competência do órgão judicial; b) a medida conspira contra toda a lógica do sistema das ações coletivas, pois provocará a repetição de inúmeras demandas de conteúdo idêntico, podendo provocar ainda decisões contraditórias para relações de direito material incindíveis; c) fere o princípio da proporcionalidade em seu sub-princípio da adequação, porque a restrição causada não é compatível com nenhum interesse público primário.<sup>334</sup>

Diante dessas considerações, a doutrina sugere a ineficácia do Art. 16 da LACP. Em ADIn, porém, o Supremo Tribunal Federal manteve a constitucionalidade do referido dispositivo.

---

<sup>334</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, competência e coisa Julgada*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 77.

De toda sorte, é importante ter em mente que a sentença irradia eficácia vinculante para todos os membros do grupo, e também para o futuro, enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais se estabeleceu o juízo de certeza. A questão da coisa julgada é de fundo prático, propondo-se a atingir um grande universo de pessoas, sendo, por isso, fundamental a comunicação da existência da ação coletiva, conforme preceitua o Art. 94 do CDC, que prevê o chamado direito de *opt in*, ou seja, proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial sobre sua existência, permitindo que interessados intervenham no processo como litisconsorte.

A ineficácia prática dessa regra requer aperfeiçoamento do sistema, para incluir o dever de informação.

Esse dever de informação, como garantia da eficácia do sistema da coisa julgada, poderá contribuir para o sistema das ações coletivas como um todo, visto que estas permitem uma efetiva paridade no embate judicial, na medida em que as lesões que atingem direitos metaindividuais são, geralmente, cometidas por quem possui condições de sustentar um pleito judicial durante anos, sem maiores preocupações, ao menos econômicas, porque detentor de poder, como ocorre nas relações de consumo: consumidor contra uma grande empresa (até mesmo multinacional), para reparação de dano.

Verificados os efeitos da sentença proferida em ação coletiva, bem como as particularidades da ação coletiva, é possível, agora, analisar, de forma direta a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em seu bojo.

## 6 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA

### 6.1 POSSIBILIDADE DE CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA

A ação coletiva é uma ação com pedido de tutela jurisdicional coletiva, isto é, uma ação que veicula pedido de prestação de tutela jurisdicional para um grupo de pessoas legitimamente representado.

O controle difuso de constitucionalidade é sistema de fiscalização – de índole infraconstitucional – da compatibilidade das normas e comportamentos com a Constituição Federal, realizado por todos os órgãos jurisdicionais quando da análise de um caso concreto, servindo a inconstitucionalidade como prejudicial de mérito e de fundamento da decisão, cujos efeitos atingirão apenas as partes da demanda.

Em princípio, verifica-se uma dificuldade aparente em relação à possibilidade de exercer-se o controle *difuso* de constitucionalidade, em *ação coletiva*, se examinados os efeitos dos dois institutos. Isso porque, regra geral, a decisão proferida em ação coletiva produz efeitos *erga omnes*, quer dizer, atinge a todos os membros do grupo, que podem estar ligados tanto por uma relação jurídica, como por uma situação de fato, sendo, pois, determináveis ou não. Por outro lado, a pronúncia de inconstitucionalidade pelo sistema difuso tem como característica a produção de efeitos *inter partes*, isto é, somente vincula as partes litigantes, pois a norma argüida continua em vigor.

Sustenta-se, ainda, existir o risco de os efeitos da ação coletiva ampliar aqueles da declaração de inconstitucionalidade de forma difusa, caso em que a norma ou comportamento considerado inconstitucional poderia deixar de ter eficácia social, na medida da dimensão do grupo beneficiado.

É justamente aqui que se instala a celeuma em relação à possibilidade de aplicação do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, preparando o campo para o questionamento principal que é a possível usurpação de competência do STF, visto que, como guardião da Constituição Federal, a ele compete, com exclusividade, a declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, com a interrupção da eficácia e aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico.

A doutrina e a jurisprudência manifestam entendimentos divergentes, o que torna o tema envolvente e de extrema importância no quadro jurídico atual.

A análise dos argumentos expendidos nos entendimentos, favoráveis ou contra, é imprescindível para a conclusão que se pretende. Mas de fato, basicamente a questão reside em 03 (três) aspectos importantes, que distinguem: a) o objeto da ação coletiva (pedido); b) a sistemática do controle difuso de constitucionalidade; e c) a tutela jurídica dos direitos coletivos (fundamentais) e os efeitos jurisdicionais dessa tutela.

Esses aspectos já foram analisados anterior e separadamente, mas agora serão considerados de forma sistêmica, para oferecer as respostas buscadas.

O entendimento contrário à possibilidade do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva é comungado, entre outros, por Gilmar Ferreira Mendes, Alexandre de Moraes, Arnaldo Wald, Ives Gandra da Silva Martins, Arruda Alvim, entre outros, com respaldo na jurisprudência do STJ, que apresenta julgados com ambos entendimentos.<sup>335-336</sup>

Importante destacar que a doutrina trata do assunto limitado à ação civil pública e à ação popular, mas os argumentos aqui apresentados podem ser estendidos a todas as ações coletivas, já que aquelas são espécies desta, considerando-se ainda seu regime geral, apresentado no capítulo anterior. Aliás, o enfoque sobre a ação coletiva, em geral e não a uma ou outra espécie, é importante para o estabelecimento dos contornos jurídicos que envolvem a temática, sem, contudo, defini-la.

---

<sup>335</sup> Entendimento favorável: 116203687 - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS - 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer Leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à Resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portando, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da Lei ou ato normativo impugnado. 4. Embargos de divergência providos. (STJ - ERESP 200201447450 - (305150 DF) - 1ª S. - Relª Min. Eliana Calmon - DJU 30.05.2005 - p. 00201).

<sup>336</sup> Entendimento contrário: 116229089 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - COBRANÇA DE TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - INIDONEIDADE DA VIA ELEITA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA - PRECEDENTES - I - A ação civil pública não se presta como instrumento de controle de constitucionalidade, não substituindo a Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetivando declaração de inconstitucionalidade de Lei Municipal. II - O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública visando obstar a cobrança de tributos, por se tratar de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, que devem ser postulados por seus próprios titulares. III - Agravo Regimental improvido. (STJ - AGRESP 200401778949 - (710847 RS) - 1ª T. - Rel. Min. Francisco Falcão - DJU 29.08.2005 - p. 00192).

Gilmar Ferreira Mendes diz que a ação civil pública é inidônea para exercer o controle de constitucionalidade, “seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.”<sup>337</sup>

Alexandre de Moraes sustenta que, num primeiro momento, não existe impedimento para a realização do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, mas, ao se considerar a possibilidade de seus efeitos serem *erga omnes*, surge a vedação, porque estaria ela a usurpar a competência do STF como único órgão responsável pelo controle concentrado. Assim afirma o autor:

O controle de constitucionalidade difuso, conforme já estudado, caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, poderá analisar a constitucionalidade ou não de lei ou do ato normativo – seja ele municipal, estadual, distrital ou federal. Dessa forma, em tese, nada impedirá o exercício do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, seja em relação às leis federais, seja em relação às leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição Federal (por ex.: O Ministério Público ajuíza uma ação civil pública, em defesa do patrimônio público, para anulação de uma licitação baseada em lei municipal incompatível com o art. 37 da Constituição Federal. O juiz ou Tribunal – CF, art. 97 – poderão declarar, no caso concreto, a inconstitucionalidade da citada lei municipal, e anular a licitação objeto da ação civil pública, sempre com ‘efeitos somente para as partes e naquele caso concreto’).

Ocorre, porém, que se a decisão do Juiz ou Tribunal, em sede de ação civil pública, declarando a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo – seja municipal, estadual, distrital ou federal -, em face da Constituição Federal gerar efeitos ‘*erga omnes*’, haverá usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a ‘interpretação concentrada da Constituição Federal’.

Nesses casos, não se permitirá a utilização de ação civil pública como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, a fim de exercer controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo.<sup>338</sup>

---

<sup>337</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC e Celso Bastos Editor, 1999, p. 356.

<sup>338</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 641-642.

Esse argumento pode ser questionado, com a devida *venia*, com o entendimento de que coisa julgada *erga omnes* não atinge a todos indistintamente, mas apenas os titulares do interesse lesado ou ameaçado e a norma continua integrando o ordenamento jurídico. Adequado, portanto, o entendimento de José Adonis Callou de Araújo Sá, para quem a indeterminação dos membros do grupo não é fator essencial para concluir que a ação coletiva interfere na competência do STF:

Parece-nos, assim, que a indeterminação dos titulares dos interesses difusos ou, ainda, a extensão numérica dos membros da coletividade beneficiada não são condições essenciais para concluir-se que a decisão em ação civil pública, com controle incidental de constitucionalidade, usurpária a competência do Supremo Tribunal Federal. Reitere-se que o reconhecimento incidental da inconstitucionalidade da norma não a retira do sistema, mas apenas afasta a sua aplicação nas situações concretas que constituem o objeto da ação.<sup>339</sup>

Assim, é importante levar-se em conta que o controle difuso de constitucionalidade não tem o poder de retirar a norma do ordenamento, podendo ela ser aplicada em outras situações.

O efeito da declaração concreta de inconstitucionalidade é a não aplicação da lei ou ato normativo ao caso concreto. A norma continua vigente, critério diferenciador do sistema abstrato de controle de constitucionalidade que retira a norma do ordenamento jurídico.

Cite-se como exemplo, a decisão do STF na Reclamação nº 602/SP<sup>340</sup> que condenou o Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA a

---

<sup>339</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte; Del Rey, 2002, p. 139.

<sup>340</sup> Inteiro teor no Anexo D.

Rcl 602 / SP - SÃO PAULO

RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 03/09/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 14-02-2003 PP-00059 EMENT VOL-02098-01 PP-00049

Parte(s)

complementar os rendimentos das cadernetas de poupança, porque considerou o índice aplicado incompatível com a Constituição Federal.

O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC ajuizou ação civil pública contra a referida instituição financeira alegando a inconstitucionalidade de regras da Lei nº 7.730 de 31 de janeiro de 1989, que instituiu o cruzado novo, determinou o congelamento dos preços, regras de desindexação da economia e outras providências, requerendo a complementação dos rendimentos das cadernetas de poupança de seus correntistas, com efeito *erga omnes* para todo o território nacional. A ação civil pública foi julgada procedente, com efeitos *erga omnes* para todo o território nacional a todos que tenham caderneta de poupança junto ao Banco Mercantil de São Paulo S/A, independente de serem associados do IDEC. Não satisfeito, a instituição financeira ajuizou a Reclamação nº 602/SP no STF invocando decisões que negavam à ação civil pública a veiculação de questão incidental de controle de constitucionalidade porque estaria a usurpar a competência do STF.

Conforme voto do Ministro Ilmar Galvão, relator da reclamação, o pedido da ação civil pública foi:

---

RECLTE. : BANCO MERCANTIL DE SÃO PAULO S/A - FINASA

ADVDS. : ARNOLD WALD E OUTROS

RECLDO. : PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Ementa

EMENTA: RECLAMAÇÃO. DECISÃO QUE, EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, CONDENOU INSTITUIÇÃO BANCÁRIA A COMPLEMENTAR OS RENDIMENTOS DE CADERNETA DE POUPANÇA DE SEUS CORRENTISTAS, COM BASE EM ÍNDICE ATÉ ENTÃO VIGENTE, APÓS AFASTAR A APLICAÇÃO DA NORMA QUE O HAVIA REDUZIDO, POR CONSIDERÁ-LA INCOMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PREVISTA NO ART. 102, I, A, DA CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo reclamado em sede de controle in abstracto de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela Corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação.

[...] creditar a seus correntistas a diferença da correção monetária alusiva ao mês de janeiro de 1989, ocasião em que, não obstante haja a inflação atingindo o percentual de 71,13%, a respectiva atualização foi feita à base de apenas 22,97%, com flagrante descumprimento do pacto que fora ajustado entre eles, com fundamento no Decreto-Lei nº 2.284/86 e na Resolução nº 1.396/87, vigentes à época, resultando em prejuízo de 48,16% do valor dos depósitos existentes à época.<sup>341</sup>

O fundamento do pedido acima é a violação de ato jurídico perfeito e direito adquirido (At. 5º, XXXVI, CF), pela aplicação da Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89, às cadernetas de poupança com aniversário entre 1º e 15 de fevereiro.

Esse exemplo prático e real clarifica o argumento apresentado pela não confusão entre o efeito *erga omnes* da ação coletiva e o efeito *inter partes* da declaração concreta de inconstitucionalidade. É que no caso apresentado, embora os efeitos da decisão proferida na ação civil pública sejam *erga omnes*, somente atinge aqueles que tenham caderneta de poupança no Banco acionado. Observe-se: o efeito é *inter partes*, porque somente atingiu as pessoas com vínculo contratual com o Banco Mercantil de São Paulo S/A, em todo o território nacional, por isso *erga omnes*. A Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/89 somente deixou de ser aplicada aos contratos existentes entre consumidores e a instituição financeira integrante da lide.

Situação diversa ocorreria em sede de controle abstrato de constitucionalidade, em que a declaração de desconformidade da lei com a Constituição Federal retiraria a norma do ordenamento jurídico e ensejaria a complementação dos rendimentos de cadernetas de poupança de correntistas de todas as instituições financeiras, não só daquela inserida na relação processual.

---

<sup>341</sup> BRASIL. STF. Reclamação nº 602-6/SP. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 14 fevereiro 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 31 mai 2006.

Nesse caso, sim, trata-se de situação com eficácia *erga omnes* que vincula a todos, diferentemente do que aconteceu no caso concreto analisado.

Nesse contexto, inconfundível os efeitos e perfeitamente cabível o controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva.

Além do argumento de que o controle de constitucionalidade difuso, em sede de ação civil pública (e ação coletiva, de modo geral), ocasionaria usurpação da competência do STF, a doutrina acrescenta outro, segundo o qual, o objeto da ação civil pública estaria sendo desvirtuado, ou seja, a pretexto de defesa de um interesse coletivo, o ajuizamento da ação teria, na verdade, como finalidade precípua, o controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido é o pensamento de Arruda Alvim<sup>342</sup>:

[...] não incomumente, propõem-se ações civis públicas, de forma desconectada de um verdadeiro litígio, com insurgência, exclusivamente, contra um ou mais de um texto legal, e, o que se pretende na ordem prática ou pragmática é que, declarada a inconstitucionalidade de determinadas normas, não possam mais, elas virem a ser aplicadas, no âmbito da jurisdição do magistrado ou do Tribunal a esses sobrepostos. Ou, se, lingüisticamente, não se diz isso, é o que, na ordem prática resulta de uma tal decisão. Ora, se se pretende que determinados textos não possam vir a ser aplicados, dentro de uma dada área de jurisdição, disto se segue trata-se efetivamente de declaração *in abstracto*, da inconstitucionalidade, ainda que possa ter sido nominado de pedido de declaração *incidenter tantum*.<sup>343</sup>

Contudo, o mesmo autor admite que, caso houvesse um litígio definido e baseado em fatos concretos, seria admissível o controle difuso de constitucionalidade na ação coletiva:

---

<sup>342</sup> José Adonis Callou de Araújo Sá (*Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 130) faz referência ao entendimento de Arruda Alvim, assim afirmando: [...] argumenta Arruda Alvim que, em muitas ações civis públicas comumente ajuizadas, pretendendo a inaplicabilidade de uma lei tida por inconstitucional, o provimento judicial pela procedência, com eficácia *erga omnes*, por força do disposto no art. 16 da Lei n. 7.347/85, implicaria a inaplicabilidade da lei em toda jurisdição do Juízo ou até nacionalmente, o que significaria verdadeiro controle abstrato de constitucionalidade, que é da exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal.

<sup>343</sup> ALVIM, Arruda. *Ação Civil Pública*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 1995, p. 157.

No tema em questão, se houvesse um litígio definido e lastreado em fatos históricos ou fatos concretos, efetivamente ocorridos, suscetíveis de serem provados, possível seria resolver-se a questão da inconstitucionalidade, *como fundamento desse litígio*, dado que, concretamente, só seriam afetadas as situações históricas espelhadas nos fatos descritos e acontecidos.<sup>344</sup>

Destarte, a insurgência do autor tem como pressuposto o fato de que a ação coletiva – no exemplo citado, ação civil pública –, não evidenciaria um litígio concreto, o que implicaria tratar-se de um falso controle difuso, com o propósito de mascarar o controle concentrado. Contudo, nesses casos, com o devido respeito ao notório conhecimento do autor, a argumentação pode ser rebatida com a adequada consideração do pedido de ação coletiva *in concreto*, tarefa a ser desenvolvida pelo juiz, no momento da análise da petição inicial. Se o fato for manifestamente evidente, ou seja, se o pedido da parte autora se referir a um caso concreto, nenhuma implicação haverá. Esse é o caso do exemplo das poupanças, apresentado acima: ação apresenta litígio concreto e delimitado.

Claro que não será possível admitir pedido específico de declaração de inconstitucionalidade em tese, tratando-se de ação coletiva, posto que pretensão não admitida legalmente nesse tipo de ação, já que reservada à ADIn. Assim, é claro que, versando o pedido a possibilidade de não aplicação da norma no futuro, para qualquer caso, evidente que o juiz deve indeferir a inicial, com fundamento no Art. 295, V do CPC, isto é, “quando o tipo de procedimento, escolhido pelo autor, não corresponder à natureza da causa, ou ao valor da ação; caso em que só não será indeferida, se puder adaptar-se ao tipo de procedimento legal”.<sup>345</sup>

---

<sup>344</sup> ALVIM, Arruda. *A declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 484.

<sup>345</sup> BRASIL. Lei nº 5.869/73.

Justifica-se a conduta judicial aplicada nesse caso específico, pois, uma vez caracterizado que o objeto da ação coletiva se limita ao pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, resta claro que a parte autora não escolheu o procedimento correto para a ação, já que pretensão e procedimento estão em desacordo, contrariando expressa determinação legal, impondo-se o indeferimento da inicial, caso não seja possível a correção. É nesse sentido o ensinamento de Nelson Nery Junior:

[...] Quando o autor escolher para a ação o procedimento inadequado, vale dizer, em desconformidade com o que prescreve a lei para o caso, o juiz deve intimá-lo para que emende a petição inicial (CPC 284). Somente depois dessa providência, não havendo requerimento do autor para adequar-se ao procedimento legal, o juiz indeferirá a petição inicial. O indeferimento liminar, sem dar-se oportunidade ao autor para emendar a inicial, caracteriza cerceamento de defesa.<sup>346</sup>

Anote-se ainda o poder que deve exercer o juiz, quando da análise da petição inicial de uma ação coletiva, não só em relação à legitimidade ativa (adequada representatividade), mas também em relação aos demais aspectos formais da ação, o que inclui a verificação da possibilidade de recebimento ou indeferimento “in limine” da exordial, caso não seja possível sua emenda.

Considerando a ausência de um sistema bem estruturado e delimitado para as ações coletivas, o juiz deveria ser dotado de poderes mais amplos para a ação coletiva, a exemplo do que ocorre nas denominadas *class action*, nas quais o magistrado tem discricionariedade para aferir a adequada representação<sup>347</sup>, podendo decidir se a recebe, bem como se julga de forma

---

<sup>346</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: 2003, p. 679, nota 11.

<sup>347</sup> Nas *class actions*, ao juiz são conferidos amplos poderes (“defining function”) para a análise do cabimento de uma ação coletiva, devendo ele apreciar se a mesma deve ser julgada como ação individual ou coletiva; se as partes estão adequadamente representadas (adequacy of representation); tem ainda o juiz poder amplo na colheita de provas e de fiscalização das ações.

coletiva ou individual, a fim de evitar que a parte autora se beneficie de escolhas que prejudiquem o grupo, ou desvirtue o objeto e a finalidade da ação coletiva. O juiz exerce, portanto, papel ativo nas ações coletivas.

No ordenamento brasileiro, diante da controvérsia, os poderes do juiz poderiam ser aplicados para verificar cuidadosamente o objeto da ação coletiva, se tentativa de controle concentrado de constitucionalidade ou efetiva fiscalização difusa. O tratamento adequado da ação evitaria questionamentos e prejuízos para as partes. A reforma legislativa também colocaria fim à discussão. Essa é a proposta do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que será apresentado em tópico adiante. Dar efetividade ao processo civil e ao princípio do acesso à justiça requer, muitas vezes, providências imediatas, sob pena de a demora na adaptação da legislação gerar insegurança jurídica ou, mais grave, não oferecer resposta para os conflitos coletivos, caso não haja aperfeiçoamento da lei e a postura do operador do direito se mantenha através da visão individualista do processo civil.

Assim, o juiz passa a exercer papel relevante no contexto das ações coletivas, deixando de ser o expectador que recebe a ação e as provas, passando a atuar mais diretamente, também de forma política.

Sergio Cruz Arenhart enobrece essa função judicial, qualificando-a de papel político:

Deveras, no atuar o Direito em ações coletivas, o magistrado frequentemente é levado a não apenas 'aplicar o direito ao fato' (como se isso fosse possível), mas a conceber, em realidade, uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merecer maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser

limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.<sup>348</sup>

Nessa nova postura, o juiz deve equilibrar os princípios de Direito e a realidade social, composta pelos conflitos de massa. O juiz – assim como todo operador do direito e cientista –, deve visualizar os institutos do processo civil por enfoque distinto, sem se limitar aos conceitos de *ação*, *relação jurídica* ou *coisa julgada*. Todos esses conceitos, tomados em conjunto, impõem a aceitação dos instrumentos tradicionais com nova roupagem, o que significa afirmar que a possibilidade do controle difuso de constitucionalidade, em sede de ação coletiva, não surge no cenário atual para tirar a eficácia do controle concentrado ou usurpar a competência exclusiva do STF, como guardião da Constituição Federal. Ao contrário, o controle difuso de constitucionalidade, numa ação coletiva, funciona como em qualquer outra ação individual: refere-se a um caso concreto, como questão prejudicial de mérito, e atingirá apenas os membros do grupo, muito embora não estejam presentes no pólo ativo da demanda e possam estar dispersos pelo país.

Também com entendimento contrário, manifesta-se André Ramos Tavares, para quem não há justificativa para se conceber o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública, posto que sua utilização ampla acarretaria os mesmos efeitos que só podem ser produzidos através do controle concentrado de constitucionalidade, ou seja:

[...] não se pode conceber que se tenha engendrado um sistema próprio, criado pela Constituição, com uma instituição também própria (Supremo

---

<sup>348</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 506-507.

Tribunal Federal) para tratar da questão da constitucionalidade das leis com decisões *erga omnes* e, paralelamente, admitir que qualquer órgão da Justiça realize, por via da ação civil pública, essa tão delicada tarefa, muitas vezes fazendo-o também em abstrato, ou seja, sem qualquer referibilidade a um caso concreto específico (tal como deveria ocorrer apenas no exercício da jurisdição constitucional concentrada). Assim, embora se possa afirmar que, teoricamente, não há usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal, já que o objeto da ação civil pública não é propriamente a declaração de inconstitucionalidade, na prática, admitir-se de modo amplo a possibilidade de controle difuso em virtude de ação civil pública pode desembocar em situações que só se deveriam alcançar por força das ações de controle concentrado da constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>349</sup>

Entretanto, conforme já demonstrado, a decisão proferida em ação coletiva imporá ao causador do dano o cumprimento de um dever jurídico em benefício de um grupo de pessoas, mas não excluirá do ordenamento a norma questionada. Nos termos o Art. 1º da LACP<sup>350</sup>, seu objeto é a imposição de responsabilidade por danos materiais e morais causados a interesses coletivos nele especificado. Essa previsão legal já impede o questionamento abstrato de constitucionalidade, somente podendo servir como fundamento para o pedido de responsabilização.

---

<sup>349</sup> TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 287.

<sup>350</sup> Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.06.1994):

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - à ordem urbanística; (NR) (Inciso acrescentado pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, DOU 11.07.2001, com efeitos a partir de 90 dias da publicação)

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; (Inciso acrescentado pela Lei nº 8.078, de 11.09.1990, DOU 12.09.1990 e renumerado pela Lei nº 10.257, de 10.07.2001, DOU 11.07.2001)

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada ao inciso pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

VI - à ordem urbanística. (Inciso acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (NR) (Parágrafo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.08.2001, DOU 27.08.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001)

Assim, embora respeitando, cumpre discordar do entendimento de André Ramos Tavares, acima transcrito, de que na prática o efeito do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva desembocaria em situações que somente poderiam ser obtidas pelo controle concentrado. Aliás, no exemplo das cadernetas de poupança restou demonstrado que na prática esses efeitos são diversos.

Por seu lado, a doutrina destaca também a impossibilidade, quando tenta aproximar o controle concentrado e o controle difuso em ação coletiva, especificamente quanto ao procedimento, no que concerne ao estabelecimento do quorum de votação de questão de inconstitucionalidade nos tribunais, conforme preceitua o Art. 97 da Constituição Federal.<sup>351</sup>

Lênio Luiz Streck defende que a regra do Art. 97 da Constituição Federal “não tem o condão de transformar a declaração de inconstitucionalidade incidental em sede de ação civil pública em sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade”<sup>352</sup>, desde que a questão de inconstitucionalidade suscitada seja prejudicial de mérito, valendo-se do entendimento de decisões proferidas pelo STF. Assim afirma o autor:

Já nos Tribunais de Segunda Instância (Tribunais de Justiça dos Estados-Membros, no âmbito da Justiça Comum; Tribunais Regionais Federais, no âmbito da Justiça Federal) o controle difuso se estabelece com a instalação do incidente de inconstitucionalidade, ocasião em que o processo fica suspenso, e a questão constitucional é remetida ao Órgão Especial do Tribunal, acompanhado do respectivo acórdão. O quorum exigido para declaração da inconstitucionalidade é o de maioria absoluta. (art. 97 da CF).<sup>353</sup>

---

<sup>351</sup> Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão aos tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>352</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 384-385.

<sup>353</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Ibid.*, p. 363-364.

José dos Santos Carvalho Filho também é de entendimento contrário, por considerar que o controle difuso é realizado na defesa de interesses individuais, diferentemente do objeto da ação civil pública, que é a defesa de interesses coletivos, razão pela qual, a argüição de inconstitucionalidade não seria admissível.<sup>354</sup> *Data venia*, esse entendimento não aparece adequado, pois o controle de constitucionalidade objetiva a defesa dos direitos fundamentais, conceito no qual se insere tanto o direito individual como o interesse coletivo. Cite-se como exemplo a defesa do consumidor, consagrada no Art. 5º, XXXII da Constituição Federal. O fato de a defesa do consumidor ser feita por meio de ação coletiva não lhe retira o caráter de direito fundamental.

A argumentação apresentada tem como fundamento o fato de que o controle difuso deve ser admitido em caso concreto, isto é, em face de um litígio definido, que não estaria presente, em certas situações, nas ações coletivas.

Efetivamente, é preciso distinguir e delimitar qual o objeto da ação coletiva, pois isso seria resposta para todos os argumentos contrários aqui apresentados. A delimitação do pedido em uma ação coletiva constitui resposta para todos os questionamentos, inclusive para uma possível usurpação de competência do STF, conforme será estudado a seguir.

É possível afirmar, sem maiores delongas, que a ação coletiva, como instrumento de defesa dos interesses de um grupo de pessoas, deverá apresentar sempre um caso concreto, ou seja, um conflito de interesses que objetivamente está prejudicando o interesse do grupo. Por exemplo, quando, em uma ação coletiva, se pede a restituição dos valores descontados do benefício

---

<sup>354</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 86 seq.

dos aposentados que recebam 01 (um) salário mínimo – porque inconstitucional a norma que estabelece tal tributação –, não se está questionando em abstrato essa norma. Existe, de fato, um conflito concreto de interesses que não se resume no desconto inconstitucional, mas no prejuízo real para os aposentados, cuja renda irrisória está longe da realidade do custo de vida e dos medicamentos de que necessita, principalmente num país onde o sistema público de saúde não cumpre satisfatoriamente seu mister constitucional. É evidente que, no caso, a tributação tem caráter confiscatório, pois *qualquer* desconto no minguado benefício mínimo supera o razoável. Da mesma forma, no exemplo anterior existe um caso concreto apresentado para julgamento.

Note-se que o conceito de caso concreto em sede de ação coletiva precisa ser contemplado de forma harmônica com um sistema coletivo, desvinculado da postura individualista. O contrário disso significa resignar-se a um sistema estagnado no tempo.

A suposta ausência de um caso concreto objetivamente apresentado, porém, não é fundamento suficiente para declarar-se a impossibilidade do controle difuso de constitucionalidade na ação coletiva, como regra geral, pois, novamente, tal argumento é facilmente afastado com a atividade do juiz quando da análise da situação posta “sub judice”. Em vez de obstaculizar o manejo de ações coletivas sempre que houver pedido de controle difuso de constitucionalidade, cumpre verificar o efetivo objeto da ação e promover o julgamento dentro de seus limites. Se o pedido estiver limitado à declaração de inconstitucionalidade, a ação não poderá prosseguir, mas se esse pedido for cumulado com outro, cumpre ao juiz indeferir a inicial quanto a esse pedido e, havendo possibilidade, prosseguir a ação quanto ao outro.

No exemplo dos aposentados, é a condenação ao ressarcimento dos valores retidos indevidamente que terá eficácia *erga omnes*. A parte ré terá de cumprir o comando da sentença em relação ao grupo, que pode estar disseminado por todo o território brasileiro. Certo que o fundamento dessa decisão, entre outros, foi o da inconstitucionalidade, mas isso não significa que a ação coletiva esteja usurpando a competência do STF, ou os efeitos da decisão sejam equivalentes ao de uma ADIn. Na verdade não são, pois a norma continuará em vigor, mas não poderá ser aplicada ao caso vertente. Sobre ela poderá haver novos questionamentos, inclusive a inconstitucionalidade abstrata por ADIn ou sua constitucionalidade por Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

Suponha-se que incidentalmente a tributação de benefício de aposentados seja declarada inconstitucional com devolução dos valores retidos, tendo a decisão transitada em julgado. Ainda assim será possível discutir a (in)constitucionalidade da norma, pois em se tratando de controle difuso, a questão prejudicial não sofre incidência da coisa julgada, nos termos do Art. 469, III do CPC. Ao menos em tese, portanto, admite-se o ajuizamento de uma ADIn ou ADC sobre o tema. No primeiro caso, a declaração de inconstitucionalidade retirará a norma do ordenamento jurídico produzindo efeitos *erga omnes* e *ex tunc* (retroativo). No segundo caso, havendo declaração de constitucionalidade da norma, seus efeitos também serão *erga omnes* e *ex tunc*, situação que afirmará a validade da tributação do benefício dos aposentados. Via de consequência, a cobrança poderá novamente ser feita.

Pode acontecer ainda de a ADIn ser julgada improcedente com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, ocasião que reconhece a constitucionalidade da lei

(porque não houve procedência do pedido de declaração inconstitucionalidade). Nesse caso, a situação também se altera. Como consequência, sendo a tributação constitucional, sua cobrança poderá ser efetuada. Mas uma ressalva deve ser feita: a tributação somente poderá atingir as aposentadorias concedidas a partir do trânsito em julgado da decisão, sob pena de ofensa ao direito adquirido e coisa julgada, nos termos do Art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.<sup>355</sup>

No caso das cadernetas de poupança a situação é análoga. A decisão determinou o reajuste nas contas dos correntistas do Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA, fundamentada da declaração incidental de inconstitucionalidade da lei que estabeleceu o índice de correção. A decisão somente é válida para os correntistas daquele banco, embora disseminados por todo o território brasileiro.

Posteriormente, poderia ser ajuizada uma ADIn que tendo decisão favorável produziria efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, caso em que todos os titulares de cadernetas de poupança de todos os bancos do país teriam direito à correção, não somente os correntistas do Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA. Por outro lado, sendo a ADIn julgada improcedente ou sendo ajuizada uma ADC com decisão de procedência, a lei seria declarada constitucional e, portanto, os titulares de cadernetas de poupança não teriam direito à correção. Nesse caso, porém, a decisão somente encontraria limitação na coisa julgada e o direito adquirido dos correntistas do Banco Mercantil de São Paulo S/A – FINASA.

---

<sup>355</sup> Art. 5º - [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Nesses casos não se verifica, portanto, usurpação de competência do STF, nem perda da finalidade do controle abstrato. Acredita-se que a questão toda se torna simples, se adequadamente considerada.

Com efeito, a situação deve ser regulamentada, pois merece atenção não apenas da doutrina, mas também do legislador, considerando-se que a jurisprudência tem feito seu papel quando, ao se deparar com diversos casos envolvendo a temática, apresenta entendimentos conflitantes. O Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos, que será analisado no tópico 6.4, precisa ser aprovado, eis que fundamental para a efetividade da legislação processual. Isso configurará um passo importante para o Direito brasileiro.

Glauco Gumerato Ramos afirma que a jurisprudência pacificou o entendimento pela possibilidade do controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública<sup>356</sup>, mas é possível encontrar decisões recentes em sentido contrário, como a abaixo transcrita, emitida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

132062352 – CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM – 1. A ação civil pública não se presta a viabilizar a insurgência contra Lei em tese que deverá restar manifestada pela via excepcional da Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. O controle incidental de constitucionalidade não tem abrigo na ação civil pública, em face dos efeitos erga omnes desta. 3. Extingue-se o processo sem avanço sobre o mérito, por carência de ação, por ilegitimidade ativa do órgão ministerial. (TJDF – APC 20020110774859 – 5ª T.Cív. – Rel. Des. Asdrubal Nascimento Lima – DJU 09.06.2005 – p. 351)

Cite-se, por outro lado, uma decisão favorável, proferida pelo TRF da 1ª Região:

---

<sup>356</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Jurisdição constitucional e reconhecimento incidenter tantum de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 501.

133496961 – CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESERVAÇÃO DO CONJUNTO URBANÍSTICO DE BRASÍLIA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA DESCARACTERIZADA – POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA SEM USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – SENTENÇA ANULADA – APELAÇÃO PROVIDA – 1. Declaração de inconstitucionalidade de norma, se em caráter incidental, não constitui objeto da ação civil pública, e sim questão lógica a priori que se impõe transpor para que seja apreciado o *meritum causae*, no caso, possível ofensa ao conjunto urbanístico de Brasília com a construção de coberturas nos edifícios residenciais do plano piloto. 2. "O objeto da ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado pela ordem jurídica, podendo ter como fundamento a inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, posta como questão prejudicial, premissa necessária ao julgamento da questão de mérito. O objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade é a própria declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, com a retirada destes do sistema." (José Adonis Callou de Araújo Sá, in "Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade") 3. A declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma, como questão prejudicial, na ação civil pública como em outra qualquer via processual, não faz coisa julgada, conforme a regra do art. 469, III, do CPC. A decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade possui hoje, além de eficácia erga omnes, também efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, por força da Lei nº 9.868/99. 4. A sentença proferida na ação civil pública, com fundamento em inconstitucionalidade de Lei ou outro ato normativo, e que faça coisa julgada erga omnes ou ultra partes, não está imune ao exame do Supremo Tribunal Federal, pela via do Recurso Extraordinário. Vale dizer, mesmo no controle difuso de constitucionalidade no âmbito da ação civil pública ou outra ação coletiva, o julgamento definitivo será do Supremo Tribunal Federal. 5. Na ação civil pública ou em outras ações coletivas, o sistema da coisa julgada é *secundum eventus litis*. Significa dizer que no nosso sistema a coisa julgada atinge os ausentes do processo apenas quando os beneficia. Em regra, a improcedência do pedido formulado na ação coletiva não impede a ação individual. A declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, em qualquer das duas vias de ação direta no Supremo Tribunal Federal, possui eficácia contra todos e efeitos vinculantes relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo. 6. A declaração de inconstitucionalidade de Lei ou de ato normativo, proferida na ação civil pública, ou qualquer outro instrumento de controle difuso, apenas afasta a incidência da norma sobre as situações concretas em julgamento, e não prejudica o exame da mesma questão na Ação Direta de Inconstitucionalidade ou na ação direta de constitucionalidade." (grifos ausentes no original, fls. 106/107 e 168/169). 7. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a possibilidade Jurídica da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa de quaisquer atos ou Leis do Poder Público, desde que a questão constitucional não se identifique como o único objeto da demanda, mas mera questão prejudicial, lógica e necessariamente anterior ao juízo de mérito da lide principal. 8. É juridicamente possível que a inconstitucionalidade de norma seja alegada como causa de pedir em ação individual ou coletiva. 9. É lícito promover, *incidenter tantum*, o controle difuso de constitucionalidade de normas se o objeto da ação civil pública é o julgamento de relação jurídica de efeitos concretos e não a apreciação da validade constitucional de Lei em tese, conforme o estabelecido pelo Supremo

Tribunal Federal na apreciação da Reclamação nº 2724/PA, Relator Ministro Celso de Mello e demais precedentes. 10. Apelação do Ministério Público Federal provida. (TRF 1ª R. – AC 200234000409203 – DF – 5ª T. – Relª Desª Fed. Selene Maria de Almeida – DJU 13.06.2005 – p. 59) JCPC.469 JCPC.469.III

É certo que afloram argumentos contrários ao controle difuso de constitucionalidade, mas sua defesa também é bem estruturada e fundamentada.

O Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no julgamento da Reclamação nº 597-6-SP<sup>357</sup> manifestou entendimento favorável em relação ao controle difuso de constitucionalidade em uma ação civil pública, nos seguintes termos:

É crucial que o exercício por qualquer outro órgão jurisdicional do controle difuso e incidente de constitucionalidade – no nosso difícil e complexo sistema de convivência quase paralela entre controle concentrado e o controle difuso – não usurpa a competência do Supremo Tribunal para o controle direto e abstrato mediante ação direta de inconstitucionalidade. Raras vezes temos afirmado tal obviedade, mas tivemos oportunidade de fazê-lo na Reclamação nº 410, de 11/92, Relator o Ministro Moreira Alves (RJT 144/713). **A meu ver, com todas as venias, nada no sistema permite afirmar, e a minha inteligência não alcança onde estaria a fonte de proibição – que, numa ação civil pública de natureza condenatória – que se distingue, ademais, da ação direta de inconstitucionalidade, de um lado, pela legitimação para agir, de outro, pelos efeitos da coisa julgada – esteja vedado o controle incidente da constitucionalidade da lei que constitua questão prejudicial do provimento condenatória que se postula.**<sup>358</sup>  
(grifo nosso)

Parece muito razoável esse entendimento. A leitura da decisão conjugada com os fundamentos que estão sendo aqui apresentados permite arriscar o palpite de que a delimitação adequada do objeto de uma ação coletiva tem crucial importância no êxito da demanda e, sobretudo, na tomada de posição. Aliás, esse tema será melhor explorado adiante.

<sup>357</sup> Conforme consulta de acompanhamento processual no site do STF (<http://www.stf.gov.br>), a referida Reclamação foi concluída para o Ministro Nelson Jobim para lavratura do acórdão em 17 de novembro de 2005, não existindo até o presente momento informação sobre seu inteiro teor.

<sup>358</sup> Cf. STREK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 385. Conforme nota anterior, o inteiro teor do acórdão da referida Reclamação não está disponível para consulta.

Do ponto de vista dos efeitos práticos desses sistemas, é preciso adotar uma postura neutra, mas objetiva, reconhecendo a necessidade de se analisar esses institutos também sobre outra vertente, como se faz com o tradicional processo civil (individual).

Enquanto a legislação não se aperfeiçoa, o operador do Direito deve utilizar as regras já existentes de forma adequada - o micro-sistema de ações coletivas representado pelo CDC e LACP. Os institutos processuais, sejam constitucionais ou não devem se harmonizar e o ordenamento oferece mecanismos para isso, no presente caso, os princípios do acesso à justiça, efetividade processual e segurança jurídica.

A opção deve ser feita pelo operador do Direito, conforme aponta Ricardo de Barros Leonel:

Urge ao exegeta e ao aplicador do direito fazer a opção: ou mantém o pensamento inflexível e rejeita definitivamente as crescentes possibilidades desta vertente do instrumentalismo substancial, o processo coletivo, satisfazendo-se com a insuficiência do sistema individual para o equacionamento de problemas de massa; ou moderniza seu pensamento, tornando-o permeável à evolução e aos novos conceitos, que são propícios a dar à coletividade que tem 'direitos' supra-individuais tudo aquilo que deve receber por meio da tutela jurisdicional.<sup>359</sup>

Essa postura já está sendo adotada no sistema brasileiro através da doutrina e jurisprudência, que tem feito trabalho primordial para tornar efetiva a tutela jurisdicional coletiva. Exemplo disso são os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais aqui apresentados.

Voltando à ação coletiva, já foi demonstrado que uma ação coletiva não terá, e não pode ter como objeto, única e exclusivamente, um pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mormente em

---

<sup>359</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002, p. 399.

tese, seja porque dogmaticamente não corresponde à sua finalidade, seja porque a lei não permite a formulação de pedido dessa espécie. O sistema das ações coletivas do ordenamento brasileiro, formado pelo CDC e LACP, dispõe sobre os pedidos que podem ser veiculados nessas ações, enquanto regras específicas ou distintas regulamentam a ADIn e outros instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Os exemplos oferecidos demonstram essa premissa: no caso das cadernetas de poupança, o pedido da ação civil pública era a correção das contas, com fundamento em inconstitucionalidade de lei; e na hipótese dos aposentados, a restituição de valores pagos a título de tributo, considerado inconstitucional.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, objetiva e sinteticamente, exteriorizam esse entendimento:

O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC, e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a conseqüente retirada da lei, declarada inconstitucional, do mundo jurídico por intermédio da eficácia erga omnes da coisa julgada. Assim, o pedido na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como causa de pedir a inconstitucionalidade de lei, enquanto o pedido na ADIn será a própria declaração de inconstitucionalidade da lei.<sup>360</sup>

O controle de constitucionalidade concentrado fiscaliza a compatibilidade vertical de lei ou ato normativo com a Constituição Federal em tese; por outro lado, em sua modalidade difusa, o controle de constitucionalidade leva em consideração os fatos que envolvem o caso concreto. Nesse contexto, os valores sociais têm relevância e essa questão axiológica deve subsidiar a postura jurídica na solução da temática aqui analisada. Sob o aspecto formal ou

---

<sup>360</sup> NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. São Paulo: RT, 2003, p. 1309.

procedimental é inquestionável a diferença entre as formas de controle de constitucionalidade ainda que se compare uma ADIn e uma ação coletiva.

Essa discussão em torno da possibilidade ou não de controle difuso de constitucionalidade em sede de ação civil pública é muito oportuna, mas o conflito em si é mais aparente do que real, visto que uma leitura adequada dos institutos permite estabelecer a forma e os limites de realização do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, com proveitos para o sistema.

O fundamento contrário a esse tipo de controle está fundamentado em questões que deságuam na suposta usurpação da competência exclusiva do STF para o controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual sua análise é imprescindível.

## **6.2 AÇÃO COLETIVA E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. A SUPOSTA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE**

Conforme anteriormente destacado, a resistência quanto ao exercício do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva deságua na suposta usurpação de competência do STF para o controle concentrado.

Os Arts. 102 e 103 da Constituição Federal definem a competência do STF, atribuindo-lhe no Art. 102, I, 'a', competência exclusiva e originária para processar e julgar a "ação direta de inconstitucionalidade de lei ou

ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”.<sup>361</sup>

O controle concentrado de constitucionalidade é realizado pelo STF, pela análise de lei em tese, dispensando, portanto, a apresentação de um conflito de interesses concreto (conforme exigido para o controle difuso). A verificação da lei é feita sem considerações concretas, mas apenas diante do universo constitucional. Constatada a inconstitucionalidade, a declaração retira a norma do ordenamento, vinculando **indistintamente** todos, produzindo, assim, eficácia *erga omnes*; no que também se diferencia do controle difuso, em que a decisão é apenas para as partes, ainda que proferida em ação coletiva, já que atingirá somente os membros do grupo e não todos indistintamente.

A inconstitucionalidade em tese de lei ou ato normativo deve ser objeto de ADIn, que será analisada em única instância. Isso porque a “função precípua do Supremo Tribunal Federal é de Corte de Constitucionalidade, com a finalidade de realizar o controle concentrado de constitucionalidade no Direito Brasileiro”.<sup>362</sup> A ADIn tem por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal e objetiva a expulsão da norma do ordenamento, tão-somente isso, ou, nas palavras de Alexandre de Moraes:

O autor da ação pede ao STF que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual *em tese* (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

---

<sup>361</sup> BRASIL. Constituição Federal. 1988.

<sup>362</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 489. Anota ainda o autor: “A EC nº 45/04 reforçou o papel do Supremo Tribunal Federal no controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, passando a entender como conflito de competência entre entes federativos a recusa de cumprimento de execução de lei federal e, conseqüentemente, prevendo como competência do Pretório Excelso, e não mais do Superior Tribunal de Justiça, o processo e julgamento de ações propostas pelo Procurador-Geral da República nessas hipóteses (CF, art. 36, III)”.

A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso". (pág. 656). Tavares: "O pedido no sentido mediato é a preservação da ordem jurídico-constitucional com a restituição ao estado de coisas anterior. É a desconstituição do ato impugnado."<sup>363</sup>

Sua finalidade, pois, como instrumento do controle concentrado/abstrato, é a retirada da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, diferentemente do que ocorre no controle difuso, cuja decisão apenas determina a inaplicabilidade da norma em determinado caso concreto.

A pronúncia de inconstitucionalidade por via de ADIn (controle concentrado) reconhece a nulidade *ab initio* do ato impugnado, razão pela qual seus efeitos são retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo toda sua eficácia e as conseqüências dele derivadas.<sup>364</sup>

Destaca-se aí, novamente, a diferença entre o controle concentrado e difuso, posto que neste a norma declarada inconstitucional não será retirada do ordenamento jurídico, salvo manifestação do Senado Federal, por meio de Resolução que suspende a execução da norma, nos termos do art. 52, X da Constituição Federal.

Em sede de ação coletiva, a questão de inconstitucionalidade poderá chegar ao STF através de recurso e, vindo a ser confirmada, o ato normativo inconstitucional terá sua execução suspensa por ato do Senado Federal. Evidente também que a questão de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva não se submete ao regime da coisa julgada porque, sendo questão

---

<sup>363</sup> MORAES, Alexandre de. *Ibid.*, p. 273.

<sup>364</sup> Alexandre de Moraes (*Ibid.*, p. 677) destaca: "Note-se que, no controle concentrado de inconstitucionalidade, a lei ou ato normativo declarado inconstitucional saem do ordenamento jurídico com a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal...".

prejudicial de mérito, integrará os motivos da sentença e não seu dispositivo. Neste caso, conforme disposição do Art. 469, III do CPC<sup>365</sup>, não faz coisa julgada.

Ainda que se admita que a decisão proferida em uma ação coletiva produza efeito *erga omnes* em todo território nacional, como ocorreu na Reclamação nº 600-0/190-SP<sup>366</sup>, é preciso considerar que a norma somente

---

<sup>365</sup> Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

<sup>366</sup> Inteiro teor no Anexo C. Na oportunidade, apresenta-se o acórdão:

Rcl 600 / SP - SÃO PAULO

RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 03/09/1997 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 05-12-2003 PP-00019 EMENT VOL-02135-01 PP-00006

Parte(s)

RECLTE. : BANCO SUDAMERIS BRASIL S/A

ADV(DOS) : ARNOLD WALD E OUTROS

RECLDO. : PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA: - Reclamação. 2. Ação civil pública contra instituição bancária, objetivando a condenação da ré ao pagamento da "diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês, correção sobre o saldo, devendo o valor a ser pago a cada um fixar-se em liquidação de sentença". 3. Ação julgada procedente em ambas as instâncias, havendo sido interpostos recursos especial e extraordinário. 4. Reclamação em que se sustenta que o acórdão da Corte reclamada, ao manter a sentença, estabeleceu "uma inconstitucionalidade no plano nacional, em relação a alguns aspectos da Lei nº 8024/1990, que somente ao Supremo Tribunal Federal caberia decretar". 5. Não se trata de hipótese suscetível de confronto com o precedente da Corte na Reclamação nº 434-1 - SP, onde se fazia inequívoco que o objetivo da ação civil pública era declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/1992, do Estado de São Paulo. 6. No caso concreto, diferentemente, a ação objetiva relação jurídica decorrente de contrato expressamente identificado, a qual estaria sendo alcançada por norma legal subsequente, cuja aplicação levaria a ferir direito subjetivo dos substituídos. 7. 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

deixará de ser aplicada no caso concreto analisado, que envolve um grupo de pessoas, mas não todos os brasileiros (ainda que os membros do grupo não sejam determináveis).

O caso da Reclamação nº 600-0/190-SP é semelhante ao da Reclamação nº 602-SP. Seu pedido versou sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 8024/90, que instituiu o cruzeiro, de âmbito nacional, que somente poderia ser decretada pelo STF e não pelo Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. A ação civil pública que serviu como fundamento para a reclamação foi ajuizada também pelo IDEC, como na Reclamação nº 602-SP, contra o Banco Sudameris Brasil S/A, que teve como pedido a correção de cadernetas de poupança pela “diferença entre a inflação do mês de março de 1990, apurada pelo IBGE, e o índice aplicado para crédito nas cadernetas de poupança, com vencimento entre 14 a 30 de abril de 1990, mais juros de 0,5% ao mês.”<sup>367</sup>

Na ementa do acórdão da Reclamação nº 600-0/190-SP existe o reconhecimento de que a lide versa sobre caso concreto bem definido com fundamento em inconstitucionalidade incidental e que a decisão não escapa ao controle pelo STF em sede recursal.

[...] 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.<sup>368</sup>

---

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.

<sup>367</sup> BRASIL. STF. Reclamação nº 600-0/190-SP. Ministro Relator: Néri da Silveira. Brasília, 05 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 mai 2006.

<sup>368</sup> BRASIL. STF. Reclamação nº 600-0/190-SP. Ministro Relator: Néri da Silveira. Brasília, 05 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 mai 2006.

Observe-se que a situação muito se assemelha ao primeiro exemplo das cadernetas de poupança. Seu objeto é o reajuste das cadernetas de poupança com creditamento de diferenças inflacionárias, mas em período e índices distintos dos versados no outro exemplo. Por outro lado, a situação teve a mesma solução e a aqui se aplicam os mesmos argumentos: a decisão atingiu a todos os membros do grupo, ou seja, os correntistas do Banco Sudameris Brasil S/A de todo o território nacional, mas não a todos os titulares de cadernetas de poupança do Brasil.

Da mesma forma, aqui poderia ser ajuizada ADIn ou ADC e o reconhecimento da constitucionalidade da lei impediria o questionamento da correção face a outros bancos, embora impusesse o dever de respeito ao ato jurídico perfeito e coisa julgada.

Considerar equivalentes os efeitos da ADIn com o de uma ação coletiva com eficácia *erga omnes* não implica concluir pela usurpação de competência do STF, posto que, na ação coletiva, o que efetivamente terá eficácia *erga omnes* é o dispositivo da sentença, fundamentado na declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, o qual determinará o cumprimento de um dever jurídico pelo causador do dano (como por exemplo uma condenação a reparação de dano ou ressarcimento de pagamento indevido), este sim o verdadeiro pedido de uma ação coletiva, conforme anota José Adnis Callou de Araújo Sá:

Todavia, cabe esclarecer que, nas ações civis públicas em que a causa de pedir repousa na argumentação de inconstitucionalidade de ato normativo, o objeto continua a ser a defesa dos bens e interesses tutelados na Constituição Federal e na legislação específica. A questão de constitucionalidade de lei ou ato normativo não figura como objeto da ação civil pública, porém é posta como prejudicial à decisão de mérito, no caso concreto.

Em outros termos, a questão de constitucionalidade na ação civil pública é posta como prejudicial de mérito, porquanto configura premissa necessária à conclusão do raciocínio do juiz, expresso no dispositivo da sentença. Como questão prejudicial, influencia o mérito da causa e bem por isso deve ser decidida antes.<sup>369</sup>

O fato de, na prática, os efeitos *parecerem* semelhantes, não é fundamento conclusivo para caracterizar usurpação de competência do STF, até mesmo porque os sistemas são distintos e sua comparação já comprovou a diferença dos efeitos de uma ação coletiva e os efeitos do controle abstrato de constitucionalidade.

A questão de usurpação da competência do STF não pode ser colocada para tolher a possibilidade do controle de constitucionalidade em ação coletiva. Não é por esse motivo que o controle concentrado perderia sua função. ▬

Embora a sociedade seja complexa e as relações sociais dêem origem a conflitos de massa, os interesses coletivos não constituem fundamento unânime para a declaração de inconstitucionalidade.

Não é demais ressaltar que a inconstitucionalidade suscitada em ação coletiva é questão prejudicial de mérito e somente servirá como fundamento para a decisão, não incidindo sobre ela a coisa julgada (Art. 469, III do CPC), que recai sobre o pedido da ação (por exemplo, uma condenação), sobre o dispositivo da sentença. Sobre o tema, colham-se os argumentos de Lênio Luiz Streck, citando Paulo de Tarso Brandão:

Como bem assinala Paulo de Tarso Brandão, o juiz nunca 'declara' inconstitucionalidade, mas, sim, o conteúdo de sua decisão recai sempre sobre a relação jurídica; por isso, não há nenhum problema de a coisa julgada ter efeito *erga omnes*, pois esse efeito diz respeito à relação jurídica e não *erga omnes*, pela inexistência (porque retirada pela declaração que somente ocorre nas hipóteses de controle concentrado e nas hipóteses do efeito decorrente do incidente de inconstitucionalidade

---

<sup>369</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 128.

e de sua eventual dispensa – art. 481, § único do CPC) do texto de incidência.<sup>370</sup>

Não parece adequado falar-se em usurpação da competência do STF no controle da constitucionalidade, quando a ação coletiva, como instrumento de controle difuso, poderá vir a sujeitar-se ao crivo daquela Corte, em decorrência da cadeia recursal estabelecida pela legislação processual, e em respeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O controle concentrado atua sobre a norma em tese, sem a consideração dos fatos ou dos casos concretos, contrariamente ao controle difuso que tem estes como pressupostos. A invasão de competência não ocorre quando bem delimitado o pedido da ação coletiva, o que pode ser feito pelo magistrado quando da análise da inicial.

João Batista de Almeida sustenta que “a questão dos efeitos *erga omnes* da sentença nenhuma influência terá na competência privativa do STF, ao ponto de invadi-la, porque de competência não se trata. A questão é meramente de limites subjetivos da coisa julgada”.<sup>371</sup> A eficácia *erga omnes* da ação coletiva não constitui obstáculo, definitivamente, ao controle difuso de constitucionalidade, como amplamente demonstrado nos exemplos analisados.

Ainda que concretamente a declaração incidental de inconstitucionalidade possa ser considerada de efeitos semelhantes aos do controle abstrato, como no caso da tributação de benefício dos aposentados (caso em que todos os aposentados do Brasil teriam direito à restituição dos valores pagos), a questão continua passível de apreciação pelo STF que poderá,

---

<sup>370</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362-363.

<sup>371</sup> ALMEIDA, João Batista de. Apud SÁ, José Adnois Callou Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 142.

como já afirmado, declarar a constitucionalidade da lei e autorizar a cobrança do tributo, desde que respeitada a coisa julgada.

A existência do controle difuso de constitucionalidade no ordenamento nacional autoriza sua utilização em nome do exercício da jurisdição constitucional, como bem observa Glauco Gumerato Ramos:

Sendo o controle difuso uma realidade viva no Brasil, é evidente que declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade na ação civil pública torna-se perfeitamente possível, seja em nome do exercício jurisdição constitucional, seja como consequência da inafastabilidade do controle jurisdicional, onde uma das principais derivações é o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada, mesmo que seja para conjurar a inconstitucionalidade que fundamenta o pedido contido na ação coletiva.

O reconhecimento *incidenter tantum* de inconstitucionalidade como fundamento para decidir a ação civil pública ganha um significado especial quando o pedido formulado na ação coletiva estiver fundamentado na incompatibilidade de lei ou ato normativo municipal em relação à Constituição Federal. Se fosse negado ao juiz reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade nesses casos, estaríamos diante da impossibilidade de afastar a aplicação da lei ou ato normativo municipal incompatível com a Constituição Federal.<sup>372</sup>

Do ponto de vista formal, é imprescindível a diferenciação de uma ADIn e uma ação coletiva, de qualquer espécie.

A ADIn tem como pedido a declaração de inconstitucionalidade; a ação coletiva tem como pedido, por exemplo, a imposição de um dever jurídico (condenação). A ADIn tem como causa de pedir a própria inconstitucionalidade da lei, sua desconformidade com a Constituição Federal; a ação coletiva, nesse caso, tem como causa de pedir também a inconstitucionalidade. A decisão proferida na ADIn será pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da lei, expulsando-a do ordenamento; a sentença na ação coletiva será pela procedência do pedido para determinar que a parte ré cumpra o dever legal, ou para condená-la ao ressarcimento do dano causado ao grupo, não

---

<sup>372</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Jurisdição constitucional e reconhecimento incidenter tantum de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 494.

aplicando a norma inconstitucional somente ao caso concreto, porque permanecerá vigente.

Ação / Elementos	ADIn	Ação Coletiva
Pedido	Declaração de inconstitucionalidade	Condenação, cumprimento de dever jurídico
Causa de Pedir	inconstitucionalidade	Inconstitucionalidade
Sentença	declaração de inconstitucionalidade	Condenação, imposição de dever jurídico
Efeitos	<i>Erga omnes</i> – valendo para todos indistintamente	<i>Erga omnes</i> – valendo para todos os membros do grupo
Conseqüência	Retirada da norma do ordenamento jurídico – nunca mais será aplicada ou questionada	Inaplicabilidade da norma para aquele caso, mas a norma continuará no ordenamento e poderá ser novamente questionada

Quadro 2 – Quadro comparativo de elementos de uma ADIn e uma ação coletiva.

Na ação coletiva, o conflito de interesses deve estar objetivamente definido, e normalmente o é. Sua visualização, de forma ampla, não lhe pode retirar esse caráter de caso concreto, sob o argumento de que na ação não estaria sendo narrada a situação concreta de cada um dos membros do grupo. Tal exigência é inconcebível e contrária aos princípios da tutela coletiva, pois, em vez de permitir a efetividade processual, está a contribuir para um processo longo e complexo; uma ação plúrima, mascarada.

Antes de se falar em suposta usurpação de competência do STF, tem-se que considerar, além de todos os argumentos já apresentados, que o

controle difuso de constitucionalidade na ação coletiva contribui para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, bem como para sua efetividade, ampliando o acesso à justiça, ao contrário do que vem ocorrendo atualmente, em que diversas leis são editadas com a finalidade exclusiva de restringir o acesso aos órgãos jurisdicionais superiores, como, por exemplo, a limitação relativa ao cabimento do recurso extraordinário<sup>373</sup>, e a recentíssima alteração de sistema do recurso de agravo no CPC, transformando-o em retido<sup>374</sup>.

A ADIn não deixará de ter eficácia porque possível o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva. Evidente que algumas questões sobre inconstitucionalidade não podem nem poderão ser veiculadas em ação coletiva, mas somente por via dos instrumentos de controle abstrato, como a ADIn. Aceitar e referendar essa forma de controle difuso de constitucionalidade não é prejudicar instrumentos já existentes, mas tornar o sistema mais efetivo.

---

<sup>373</sup> Trata-se do § 3º, acrescentado ao Art. 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que tem a seguinte redação: § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

<sup>374</sup> A Lei nº 11.187 de 19 de outubro de 2005, conferiu nova disciplina no cabimento dos recursos de agravo retido e de instrumento. Cite-se como exemplo, para ilustrar a referência, a nova redação do caput do Art. 522 do CPC: “Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.”

### **6.3 CONTRIBUIÇÕES DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE NA AÇÃO COLETIVA E O ACESSO À JUSTIÇA**

No plano do controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva, a via de acesso do cidadão à jurisdição constitucional é facilitada.

No momento em que se procura desenvolver meios para evitar a proliferação de recursos nos tribunais, especialmente, no STF, parte da doutrina questiona a (im)possibilidade do controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, especialmente na ação civil pública, ao argumento central de que isso ocasionaria usurpação da competência exclusiva do STF para o controle concentrado de constitucionalidade, e este perderia a eficácia.

O controle de constitucionalidade, em qualquer de suas modalidades, tem como finalidade a defesa da supremacia da Constituição Federal e caracteriza a chamada jurisdição constitucional. É preciso amadurecer esse conceito de jurisdição constitucional para reconhecer a importância do controle difuso de constitucionalidade na ação coletiva, que está a contribuir também para disseminar a superioridade da Constituição Federal no controle da conduta humana.

Glauco Gumerato Ramos tem entendimento consentâneo:

O amadurecimento do conceito de jurisdição constitucional leva-nos à conclusão de que através dela garante-se a supremacia da Constituição pelos mais diversos órgãos do Poder Judiciário, seja pelo controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, seja pela afirmação dos

direitos fundamentais quando salvaguardados pela respectiva decisão jurisdicional.<sup>375</sup>

Seguindo o entendimento do autor, verifica-se que os obstáculos postos ao controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, ao contrário de usurpar competência do STF e tornar um instituto ineficaz (controle abstrato), estaria a ampliar os mecanismos de garantia da supremacia constitucional, fato este que amplia a sensação de segurança jurídica para os cidadãos.

Em uma democracia representativa, como o Brasil, isso é tornar concreto a previsão constitucional de que todo “poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Art. 1º, parágrafo único).

A ação coletiva é uma forma de participação popular no poder, muito embora o autor da ação não seja os titulares do direito (interesse), mas um legitimado autônomo, eis que este age por determinação legal, mas o resultado obtido na ação será aproveitado pelos sujeitos ou membros do grupo representado. O interesse é de todos os membros do grupo. A ação, no entanto, do legitimado autônomo.

Marcos Antônio Striquer Soares, ao analisar o parágrafo único do Art. 1º da Constituição Federal, manifesta entendimento baseado no mesmo raciocínio. Observe-se:

A Constituição de 1988 consagrou o povo como titular do poder do Estado, determinando seu exercício através de representantes. “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes (...)”, conforme os termos do art. 1º, parágrafo único. Neste sentido a representação popular traduz, pela expressão representação, a idéia de ação de quem não é titular do direito; e pela expressão popular, a idéia

---

<sup>375</sup> RAMOS, Glauco Gumerato. *Jurisdição constitucional e reconhecimento incidenter tantum de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005, p. 494.

do sujeito, ou melhor dos sujeitos representados, pressupondo, então, ser este o titular do direito.<sup>376</sup>

Na democracia representativa, o povo, titular do poder, é representado pelos governantes por ele eleitos. A “representação está inserida na nossa Constituição como um dos pilares do nosso sistema jurídico. É fundamental para o princípio democrático e para o princípio republicano.”<sup>377</sup>

Seguindo esse mesmo raciocínio, afirma-se que a representação, no caso a legitimidade, para a defesa dos interesses coletivos está prevista na Constituição Federal, como por exemplo, no Art. 129, III, que legitima o Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos. O instrumento para a defesa desses interesses é a ação coletiva, “exercida” pelo representante dos titulares que são os membros do grupo. Assim, não há como negar à ação coletiva a qualidade de mecanismo de atuação do povo no poder do qual é titular.

J.J. Calmon de Passos defende que o próprio processo deve ser concebido como instrumento de realização dos direitos individuais e coletivos, sendo, por isso, forma de participação popular, pois o Estado Democrático de Direito elevou o processo à condição de garantia constitucional.<sup>378</sup> Evidente também que essa participação popular amplia o acesso à justiça.

Ação pertence a todos que tenham seu direito lesado ou ameaçado. O acesso à justiça, ou o princípio da inafastabilidade, garante ao cidadão o direito a uma tutela jurisdicional adequada à realidade fática do conflito apresentado para julgamento. Da mesma forma, os conflitos coletivos decorrentes

---

<sup>376</sup> SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 26.

<sup>377</sup> SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 26.

<sup>378</sup> PASSOS, J.J. Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: RT, 1988, p. 95.

de interesses de grupos devem receber do Estado uma tutela adequada, pois o direito de ação também pertence ao grupo. O direito de ação não é limitado, não havendo distinção no Art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que estabelece o acesso à justiça, razão pela qual a norma constitucional deve assegurar o exercício e defesa dos interesses coletivos que tutela.

Como direito fundamental, o acesso à justiça deve ser pleno, sem óbices aos cidadãos, sejam legais, sejam econômicos, ou estruturais, garantindo a eficácia do Art. 5º, XXXV c/c § 1º da Constituição Federal. Ou, como afirma José Adonis Callou de Araújo Sá:

[...] no tocante ao aspecto normativo, de acordo com uma concepção contemporânea do constitucionalismo, os preceitos constitucionais têm efetiva força vinculante, podendo ser exigidos na via jurisdicional, o que se evidencia pelas disposições que consagram instrumentos processuais próprios para a exigência de seu cumprimento.<sup>379</sup>

Sem a pretensão de usurpar a competência do STF ou limitar a função do controle concentrado, a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade está a contribuir para a efetividade processual e, sobretudo, para o acesso à justiça, impedindo a sobrevivência, ao menos, de alguns óbices.

A tutela jurídica e jurisdicional dos interesses coletivos tem respaldo constitucional, conforme amplamente narrado. A ela deve ser aplicado o princípio da máxima efetividade que, segundo J.J. Gomes Canotilho, informa que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.”<sup>380</sup>

Toda essa polêmica teve início quando se estabeleceu o debate acerca da **suposta usurpação de competência do STF**, em razão do exercício

---

<sup>379</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 46.

<sup>380</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra, p. 227.

do controle difuso de constitucionalidade através de ações civis públicas. Mas se, atentando-se para os objetivos colimados na tutela dos interesses coletivos, o ângulo de visão for mudado, passar-se-á então a questionar a flagrante limitação da eficácia da ação coletiva, como instrumento de defesa desses interesses, caso o controle difuso lhe venha a ser negado. Agora é o controle difuso de constitucionalidade que corre o risco de perder sua função. E, como consequência lógica, o acesso à justiça estará abalado em grau intenso.

Nenhum questionamento sobre inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderia ser utilizado para fundamentar um pedido de tutela jurisdicional atinente a interesses coletivos. E isso, certamente, ocasionaria reflexos danosos para as relações de massa que originam conflitos da mesma espécie. Em termos práticos, essa situação seria muito mais grave do que aquela já estabelecida, pois os danos ou o perigo de dano não seriam individuais, mas coletivo.

Isso não pode ser concebido, pois todo órgão jurisdicional realiza o controle de constitucionalidade em toda e qualquer ação, independentemente de haver questionamento sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Na atividade interpretativa da norma para sua aplicação ou não, ao caso concreto, existe, tácita ou implicitamente, verificação da compatibilidade da norma com a Constituição Federal. Não fosse assim, não haveria fundamento para a hierarquia das leis e muito menos para a supremacia constitucional.

Observe-se o que anota Lênio Luiz Streck:

De pronto é necessário deixar claro que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional. O juiz sempre faz jurisdição constitucional. É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Nesse sentido há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido pelos tribunais. Ao

contrário dos tribunais, o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo; deixa de aplicá-lo.<sup>381</sup>

A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo é a “matéria de ordem pública mais relevante”<sup>382</sup>, razão pela qual pode-se afirmar ser inconstitucional limitar seu questionamento, inclusive em sede de ação coletiva.

Não parece razoável obstaculizar o controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva por todos os argumentos já apresentados, mas o ato também não se justifica diante da própria realidade brasileira, especificamente a estrutura judiciária nacional, exatamente a cumulação de processos nos diversos órgãos jurisdicionais. Além da ampliação do acesso à justiça, porque muitas pessoas são representadas em uma única ação tendo solução para seu conflito, há a efetivação do princípio da economia processual, ou seja, uma única decisão beneficiará todo um grupo, cujos membros podem estar disseminados por todo o país.

Tudo isso contribui para o respeito à dignidade da pessoa humana, consagrado no Art. 1º, III da Constituição Federal, que estaria abalado, com a manutenção da postura individualista e limitada sobre o tema apresentado, e isso também desestruturaria o Estado Democrático de Direito, no qual “há um vínculo indissociável entre Constituição e Justiça Constitucional”<sup>383</sup>. A Constituição Federal não seria a “força ativa transformadora” a que se refere José Adonis Callou de Araújo Sá, ao afirmar que:

[...] desse ponto de vista, pode-se dizer que a Constituição tem que ser força ativa transformadora, fundada nos superiores valores nela consagrados, tendo como núcleo a dignidade da pessoa humana que deve orientar toda interpretação das normas inferiores, exigindo portanto

---

<sup>381</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 362.

<sup>382</sup> TRECK, Lênio Luiz. *Ibid.*, p. 365.

<sup>383</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Ibid.*, p. 361.

rigoroso controle de compatibilidade vertical para a aplicação destas. A forma normativa das normas constitucionais traduz-se na força vinculante delas relativamente aos poderes públicos, cabendo a exigência de cumprimento na via processual perante o Judiciário.<sup>384</sup>

Deve haver proporcionalidade e razoabilidade na postura do jurista para compreender a dimensão do princípio da dignidade da pessoa humana e de todos os seus corolários na construção, manutenção e aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, tomando como “norte” os princípios fundamentais, não só individuais, mas também coletivos. Tem cabimento aqui a tese de Lênio Streck sobre esses princípios:

Assim, o fundamento constitucional dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade se confunde com os fundamentos dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de excesso, da proibição do desvio de finalidade da lei, da reserva legal, da igualdade, do devido processo legal, enfim, todos os princípios que estão umbilicalmente vinculados aos direitos fundamentais. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa um *plus* normativo/democrático em relação às formas anteriores de Estado de Direito, *o princípio da proporcionalidade vem a ser o suporte da própria concepção de proibição de violação dos direitos e da realização/efetivação dos direitos fundamentais.*<sup>385</sup>

Talvez a argumentação que sustenta a impossibilidade do controle difuso de constitucionalidade, em sede de ação coletiva – porque estaria a *usurpar* a competência exclusiva do STF para declarar a inconstitucionalidade de lei –, tenha por objetivo tornar-se mais um instrumento destinado a dificultar o acesso à justiça, chocando-se assim com o anseio social de gozar, efetivamente, de um processo justo e efetivo.

Quando se fala em reforma do Poder Judiciário, é preciso ter em mente que ela deve ser não só estrutural, mas também legislativa, no sentido de criar normas que permitam o acesso à justiça e torne o processo mais efetivo, mas não o contrário, ou seja, prosseguir na edição de regras que restringem o

---

<sup>384</sup> SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002, p. 46.

<sup>385</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 410.

acesso à justiça, seja por limitar a atuação dos advogados, seja pelo aumento do custo processual sem retorno compatível de estrutura, visto que, entre outros, não são criados novos cargos de magistrados e auxiliares de justiça.

Essa postura tradicional e individualista em relação ao controle concentrado de constitucionalidade não se harmoniza com a realidade atual.

Diante desses e outros fundamentos, foi tomada iniciativa notável para a melhoria do ordenamento brasileiro quanto às ações coletivas, com a elaboração de um Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos, que proporcionará grandes resultados no âmbito da tutela jurisdicional dos interesses coletivos. Esse mesmo anteprojeto aguçou o desenvolvimento de novas idéias na construção deste trabalho.

#### **6.4 ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE AÇÕES COLETIVAS E PROPOSTA DE REFORMA LEGAL.**

Diante da atualidade e importância que o tema “ações coletivas” tem apresentado, bem como perante a controvérsia em torno da legislação processual aplicável, foi elaborado o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>386</sup> por Ada Pellegrini Grinover, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

---

<sup>386</sup> O texto integral do Anteprojeto de Código Brasileiro de Ações Coletivas está no Anexo A.

O anteprojeto traz respostas satisfatórias para questões polêmicas sobre a efetividade das ações coletivas, inclusive, para o tema desenvolvido neste trabalho.

É dividido em 07 (sete) capítulos, sendo o primeiro com disposições gerais aplicáveis a todas as espécies de ações reguladas pelo projeto. Os capítulos 02 (dois) a 06 (seis) tratam das ações em espécies e seus respectivos procedimentos e o capítulo 07 (sete), as disposições finais. No Art. 1º verificam-se os instrumentos de exercício da tutela jurisdicional coletiva:

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva - A tutela jurisdicional coletiva é exercida por intermédio da ação civil pública (Capítulo II, Seções I e II), da ação coletiva passiva (Cap. III), do mandado de segurança coletivo (Capítulo IV), do mandado de injunção coletivo (Capítulo V) e das ações populares (Capítulo VI, Seções I e II), sem prejuízo de outras ações a serem criadas por lei.<sup>387</sup>

A disciplina desses processos e ações põe fim a controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a tutela jurisdicional coletiva, algumas estudadas neste trabalho. Sua contribuição e importância são inquestionáveis.

Em que pese essas qualidades, neste tópico far-se-á uma análise panorâmica de **algumas** novidades oferecidas pelo Anteprojeto, referente à matéria apresentada no Capítulo 5, enfatizando apenas os aspectos atinentes ao tema principal do trabalho, pois um parecer completo sobre o anteprojeto constitui tema para outro trabalho científico. Por esse motivo, está disponibilizado no Anexo A o texto integral do referido anteprojeto.

O Art. 3º do Anteprojeto disciplina o objeto da tutela coletiva, definido as espécies de interesses coletivos, apresentando modificações quanto à definição de interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais

---

<sup>387</sup> O texto integral do Anteprojeto de Código Brasileiro de Ações Coletivas está no Anexo A.

homogêneos, feita anteriormente pelo parágrafo único do Art. 81 do CDC.

Manteve apenas a definição de interesse difuso, conforme quadro abaixo.

Interesse/Direito	Definição do CDC	Definição Anteprojeto
Difuso	Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.	Interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.
Coletivo	Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base.	Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por <b>circunstâncias de fato*</b> ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.
Individual homogêneo	Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.	Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os <b>direitos subjetivos*</b> decorrentes de origem comum.

\* Expressão acrescida pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

### Quadro 3 – Definição das espécies de interesses/direitos coletivos no CDC e no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Em síntese, o Anteprojeto inclui na definição de interesse ou direito coletivo a expressão “circunstâncias de fato” que não existia da definição do CDC, que estabelecia como vínculo entre os membros do grupo somente a

relação jurídica base. Em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, foi acrescentada a expressão “direitos subjetivos”, tratando-os como espécie de interesse divisível, confirmando o entendimento doutrinário majoritário apresentado no item 5.4.3 que tratou da definição dessa espécie de interesse, o que não significa, porém, definitividade científica.

Visualizando a proposta de modificação, tem-se que é favorável à tutela coletiva, especialmente quanto interesse coletivo (*stricto sensu*), pois deu amplitude à sua definição, para nela inserir maior número de situações fáticas.

Aliado a isso, o Art. 4º determina, no *caput*, a interpretação extensiva da causa de pedir da ação coletiva, o que torna efetiva as novas definições propostas. Em seu § 2º, permite ao juiz a “ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.”<sup>388</sup>

No Art. 10 encontra-se previsão de aplicação do princípio da celeridade processual com a determinação de dar prioridade no processamento da ação coletiva, “salvo quando não haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”<sup>389</sup>, o que colabora para a efetividade processual.

São admitidos todos os meios de prova, produzidos por meios lícitos, inclusive prova de estatística e amostragem. O ônus probante é da parte que tiver conhecimento técnico, informações específicas sobre os fatos ou facilidade de sua demonstração, sendo facultado ainda ao juiz rever a distribuição do ônus da prova quando surgir modificação de fato ou de direito relevante para o

---

<sup>388</sup> Cf. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos constante do Anexo A.

<sup>389</sup> Cf. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos constante do Anexo A.

julgamento da ação, sempre com observância ao contraditório, nos termos do Art. 11 do referido Anteprojeto.

Sobre a coisa julgada, dispõe o § 1º do Art. 13 que sendo julgada improcedente a ação coletiva por insuficiência de provas produzidas nova ação poderá ser intentada com o mesmo fundamento “no prazo de 2 (dois) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”<sup>390</sup>

Outra contribuição para a efetividade processual está no Art. 18 que determina sejam as ações coletivas processadas e julgadas, sempre que possível, em juízos especializados, concedendo à União o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para criação e instalação de órgãos especializados em primeira e segunda instância para esse fim, dever que é estendido aos Estados.

Essas regras são gerais e aplicam-se a todas as espécies de ação coletiva regulamentadas pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

O Anteprojeto revoga a LACP, conforme disposição do Art. 59, e amplia a legitimação ativa no Art. 21, para:

- a) qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos;
- b) o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos;

---

<sup>390</sup> Cf. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos constante do Anexo A.

- c) o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social;
- d) as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos relacionados às suas funções;
- e) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
- f) as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;
- g) os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.
- h) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste Código, dispensada a autorização assemblear.

As pessoas descritas nas alienas 'a' e 'b' ampliam sobremaneira a utilização da Ação Civil Pública, tornando mais fácil a defesa dos interesses coletivos. Ressalte-se que o cidadão somente tem legitimidade para a propositura

de ação popular para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público. Com o Anteprojeto, o cidadão terá legitimidade também para a Ação Civil Pública e para o Mandado de Injunção Coletivo, conforme autorização do Art. 48.

Para essas ações, outra novidade legislativa importante foi acrescentada: a figura da “representatividade adequada”, inserida no inciso I do Art. 20 do referido Anteprojeto, aplicada ao Mandado de Injunção Coletivo, por força do Art. 48 do Anteprojeto. Nos termos do Art. 20, são requisitos para a Ação Civil Pública: (i) a adequada representatividade do legitimado e (ii) a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas; os quais deverão ser aferidos pelo juiz em decisão motivada, considerando-se os seguintes critérios, fixados pelo § 1º do referido artigo:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Esses requisitos poderão ser verificados a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o juiz, ainda, em caso de inexistência inicial ou

superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, notificar o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação, conforme autorização do Art. 20, § 3º combinado com o Art. 21, § 4º, ambos do Anteprojeto.

Sobre a adequada representatividade, houve referência no item 5.3 deste trabalho, quando da análise da legitimidade para as ações coletivas. Constitui requisito das *class action* norte-americanas, sendo controlada pelo juiz, que tem o poder de decidir se recebe a ação como coletiva ou não, diferentemente do que acontece no sistema brasileiro atual, no qual a legitimidade decorre de determinação legal. O controle feito pelo juiz nas *class actions* sobre a adequada representatividade tem como finalidade a delimitação da coisa julgada, decidindo o juiz se os efeitos da sentença incidirão sobre todos os membros do grupo, quando receber a ação como coletiva, ou não, caso receba a demanda como individual.

Trata-se de um poder discricionário conferido ao juiz norte americano para fiscalizar a utilização das *class action* a fim de evitar prejuízos para o demandado. Legalmente, não possui o juiz brasileiro esse poder, mas pode ele efetuar o controle da representatividade fundamentado nas regras processuais brasileiras, especialmente as que disciplinam a legitimidade para as ações coletivas e as que tratam das condições da ação.

Com a proposta do Anteprojeto o juiz, passa, então, a ter ampliados seus poderes na ação coletiva, controlando a “adequada representatividade” e fiscalizando a “adequada utilização” das ações coletivas.

É evidente que o juiz passa a atuar mais ativamente no processo, o que é perfeitamente aceitável e conveniente tendo em vista os valores resguardados pelos interesses objetos das ações coletivas. Todo cuidado e atenção devem ser conferidos às ações coletivas, pois a decisão (favorável) produzirá efeitos sobre todo o grupo e cominará grande responsabilidade para o demandado.

A tutela coletiva existe para a defesa dos interesses de grupo, mas as ações coletivas não podem ser utilizadas para proveito de poucos ou em prejuízo de terceiros (ou do demandado). A atuação do juiz no controle da “adequada representatividade” tem a função de tornar efetiva a tutela coletiva. A necessidade desse controle é imprescindível para assegurar a igualdade processual das partes.

Embora a tutela coletiva exista para a defesa dos interesses coletivos, o grupo também pode ser demandado, o que é regulamentado expressamente pelo Anteprojeto, cujos Arts. 39/42 disciplinam a Ação Coletiva Passiva que promovida contra o grupo, categoria ou classe, desde que tenha como objeto um interesse coletivo e se revista de interesse social.

Questão interessante sobre a Ação Coletiva Passiva diz respeito à coisa julgada, disciplinada pelos Arts. 40 e 41 do Anteprojeto, segundo os quais, em se tratando de interesse coletivo e difuso a coisa julgada será *erga omnes* e vinculará todo o grupo; no caso de interesses individuais homogêneos, a coisa julgada será *erga omnes* no plano coletivo, “mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da

decisão na sua esfera jurídica individual”<sup>391</sup>, ou seja, ainda que a sentença seja desfavorável para o grupo, seus membros poderão promover ações individuais e/ou defender-se no processo de execução para afastar os efeitos da decisão. Essa possibilidade decorre do tratamento dispensado pelo Anteprojeto aos interesses individuais homogêneos, definindo-os como direitos subjetivos decorrentes de origem comum. No parágrafo único do Art. 41, porém, existe uma exceção quanto à coisa julgada nos interesses individuais homogêneos. Trata-se da coisa julgada em ação promovida pelo sindicato na defesa dos interesses da respectiva categoria, como substituto processual desta, caso em que “a coisa julgada terá eficácia erga *omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido”.

Dessa forma, verifica-se que a possibilidade de o grupo também poder ser demandado, ressalta a importância do controle da adequada representatividade. A tutela jurisdicional coletiva proferida contra o grupo tem como finalidade a defesa de um interesse coletivo de relevância social, que deverá ser respeitado pelo grupo. Trata-se de medida adequada (e acertada) ao sistema brasileiro.

O Anteprojeto traz ainda outras inovações importantes, como as alterações legislativas<sup>392</sup>, mas sua apreciação ultrapassa a alçada do presente

---

<sup>391</sup> Cf. Art. 41 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, constante do Anexo A.

<sup>392</sup> Promoverá alterações ainda as seguintes alterações legislativas, cujos respectivos fundamentos podem ser visualizados no Anexo A deste trabalho:

a) modificará o Art. 273 do CPC e acrescentará os Arts. 273-A, 273-B, 273-C e 273-D ao mesmo código;

b) alterará a redação do Art. 7º, I, "a", da LAP;

c) acrescentará ao Art. 18 da LAP um parágrafo único;

d) alterará a redação do inciso VIII do Art. 6º do CDC;

e) acrescentará ao Art. 17 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º e 3º como 3º, 4º e 5º;

f) modificará a redação do Art. 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

trabalho, por isso a limitação às questões apresentadas, embora uma última observação deve ser feita.

Voltando, então, a atenção para o tema do presente trabalho, o parágrafo único do Art. 19 do anteprojeto oferece contribuição significativa para tentar colocar o fim na celeuma instaurada. Dispõe referido dispositivo que “Não se admitirá ação civil pública que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.”

Essa redação põe termo à controvérsia sobre o cabimento ou não de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública. A mesma regra não é prevista para as demais ações, embora elas possam veicular questões incidentais de inconstitucionalidade, pelos motivos já apresentados. Não parece ser adequado limitar essa disposição à ação civil pública, pois todas as espécies de ação coletiva possuem a mesma sistemática, sobretudo quanto à extensão de seus efeitos (*erga omnes*).

Já era assim antes do anteprojeto e este assim dispõe no Art. 13, *caput* e § 5º, *in verbis*:

Art. 13. Coisa julgada - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.  
[...]

---

g) revogará a LACP; os Art. 81 a 104 do CDC; o § 3º do Art. 5º da LAP; os Arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989 (apoio aos portadores de deficiência); o Art. 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989 (ação civil pública por dano causado aos investidores do mercado de valores); os Arts. 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990 (ECA); o Art. 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997 (tutela antecipada contra a Fazenda Pública); e os Arts. 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).

Par. 5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada erga omnes de índole nacional ou regional.<sup>393</sup>

Se antes não havia questionamento quanto ao cabimento ou não de controle difuso de inconstitucionalidade em outras espécies de ação coletiva que não a ação civil pública, agora ele pode surgir.

Exatamente. Nos termos do dispositivo acima, os efeitos da decisão proferida em qualquer ação coletiva serão *erga omnes* e não estarão limitados à jurisdição do órgão julgador, podendo, conforme o caso, recair sobre todo o território nacional.

Essa regra é geral e aplica-se a todas as espécies de ação coletiva. Mas a norma do parágrafo único do Art. 19, ao contrário, só se aplica à ação civil pública, deixando espaço para novas discussões.

Tendo em vista a proposta deste trabalho em estudar a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, é possível sugerir uma reforma ao anteprojeto para evitar questionamentos e torná-lo mais efetivo.

Diante do cenário apresentado, é interessante que o parágrafo único do Art. 19 do anteprojeto seja aplicado às demais ações coletivas. E mais, para evitar brechas para novas discussões estabelecer uma regra específica sobre recursos cabíveis nessas espécies de ações também parece razoável.

Considerando que a discussão circunda a suposta usurpação de competência do STF para o controle concentrado, inserir uma regra determinando a remessa obrigatória da decisão para as instâncias superiores até apreciação

---

<sup>393</sup> O texto integral do Anteprojeto de Código Brasileiro de Ações Coletivas está no Anexo A.

pelo STF, em respeito à cadeia recursal, para emitir a última resposta acabaria toda discussão e na prática os resultados seriam mais satisfatórios.

Um eventual problema poderia surgir nesse contexto que é o fator tempo, ou seja, a demora na definição da decisão.

Talvez essa questão possa ser mais aparente do que real. Admitem-se nas ações coletivas instrumentos de antecipação dos efeitos da tutela e mecanismos de garantia do resultado útil do processo (a tutela antecipada e a medida cautelar), sem esquecer da tutela específica da obrigação ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento buscado na ação coletiva.

Tem-se o fator tempo contra a segurança e estabilidade das relações sócio-jurídicas. E nessa disputa a segurança e estabilidade das relações é mais importante, especialmente diante dos valores tutelados através das ações coletivas e da dimensão subjetiva da ação (membros do grupo).

Permitir que o STF manifeste-se nas ações coletivas é mecanismo de ampliação do acesso à justiça, principalmente à jurisdição constitucional e esse fato trará maior segurança jurídica para as partes.

Por esses motivos este trabalho estimulou a confecção de um anteprojeto de reforma do Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos para acrescentar as sugestões aqui indicadas, como forma de contribuir para a melhoria do ordenamento, apresentado na íntegra no Anexo B.

Em síntese, são dois os dispositivos criados por ele:

1) inserir um § 2º ao Art. 12 e transformar o parágrafo único em § 1º: “§ 2º. As sentenças proferidas nas ações coletivas de que trata este código e nas quais existam questionamento incidental de constitucionalidade, estão sujeita a recurso necessário, em trâmite ordinário, até decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

2) transformar o parágrafo único do Art. 19 em § 1º e acrescentar um § 2º: “§ 2º. O disposto no parágrafo anterior aplica-se a todas as ações coletivas de que trata este código.”

Acredita-se que essa sugestão possa tornar o sistema de ações coletivas mais eficaz.

Conforme visto no item 6.2, a questão não se limita na simples admissibilidade ou não de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, mas reside substancialmente na possibilidade de usurpação da competência exclusiva do STF para o controle concentrado de constitucionalidade.

Visto sob esse enfoque, parece que a previsão do parágrafo único do art. 19 do Anteprojeto necessita de complemento que lhe garanta efetividade.

De fato, se a preocupação de parte da doutrina é com a suposta usurpação de competência do STF, além da autorização legal para questionar incidentalmente a constitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública, admitindo esse questionamento também em outras espécies de ações coletivas, conveniente estabelecer previsão de remessa necessária e obrigatória para o STF da decisão que declara incidentalmente a inconstitucionalidade nessas espécies de ação para que possa haver efetiva apreciação pela Corte superior nesses casos.

Essa sugestão tem caráter complementar à brilhante iniciativa do Anteprojeto de Código Brasileiro de Ações Coletivas, pois parece haver margem ainda para discussão sobre o tema.

O novo dispositivo diz que a ação civil pública pode versar sobre questão de inconstitucionalidade de forma incidente, mas não veicular pedido de declaração de inconstitucionalidade, o qual somente pode ser formulado nas ações para o controle concentrado de constitucionalidade. Num caso concreto, a ação civil pública que contenha pedido de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo deverá ser extinta sem julgamento de mérito, não mais por indeferimento da inicial pela escolha de procedimento incompatível com a natureza da causa, como sustentado, mas por carência de ação, face à impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI do CPC, visto que existe, através do anteprojeto, vedação a formulação de pedido da espécie.

Vindo a ser admitida, a ação poderá ser julgada procedente ou improcedente, casos que poderão ensejar recursos que podem ou não chegar ao STF. Dessa forma, a garantia de apreciação pelo STF de recurso nas ações coletivas que versem sobre questão de inconstitucionalidade incidente oferece maior segurança jurídica para os cidadãos e eventual manifestação do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo poderá ensejar ato do Senado suspendendo a execução da lei.

Parece interessante e adequado esse entendimento.

Em síntese, acredita-se que o Anteprojeto oferece importantes e definitivas contribuições para o sistema da tutela coletiva e, sobretudo, para sua efetividade. E como forma de contribuir no aperfeiçoamento do ordenamento

brasileiro, fundamentando no estudo desenvolvido e no entendimento apresentado, mas também enaltecendo o trabalho efetuado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, é que se formulou a sugestão de alteração legislativa acima.

Tudo isso porque acredita-se que a tutela jurisdicional coletiva, além de solucionar os conflitos coletivos, é forma de satisfação dos interesses dos cidadãos, ainda que reunidos em grupo, e contribui para o cumprimento do disposto no inciso III do Art. 1º da Constituição Federal que determina como fundamento da república Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana.

## 7 CONCLUSÃO

Com base na análise dos institutos da teoria da Constituição, controle de constitucionalidade disciplinado pelo ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de proteção à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito; bem como no sistema das ações coletivas, e sua proposta de efetividade processual com ampliação do acesso à justiça, foi possível realizar um estudo sobre o controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema. Diante do exposto neste ensaio, é possível extrair-se as seguintes constatações:

1. A Constituição é a Lei Fundamental de um país, orientando a produção de todas as demais normas do sistema, de tal forma que estas, buscando sua validade naquela, não a podem contrariar, sob pena de invalidade.

2. A inconstitucionalidade é a situação de desconformidade de uma norma ou ato normativo hierarquicamente inferior frente às normas e princípios constitucionais.

3. O controle de constitucionalidade é o defensor da supremacia constitucional e evidencia sua rigidez.

4. O Direito brasileiro adota o sistema misto de controle de constitucionalidade: o concentrado-abstrato, de competência do Supremo Tribunal Federal; e o difuso-concreto, acometido a todos os juízes em qualquer grau de jurisdição, sendo esta a espécie estudada neste trabalho.

5. O controle difuso-concreto, objetiva subtrair alguém dos efeitos de uma lei ou de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade, quando a norma deixa de ser aplicada ao caso concreto em que a questão de inconstitucionalidade foi suscitada de forma incidental.

6. A inconstitucionalidade pela via difusa gera efeitos, portanto, *inter partes* e não retira a norma do ordenamento. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade na via de defesa devem operar em relação ao caso concreto, e só em relação a ele, retroativamente, destruindo, desta forma, os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, nos limites da *litis* principal. Não tem qualquer efeito de coisa julgada material ou eficácia vinculante, podendo os tribunais divergir sobre a interpretação constitucional.

7. As ações coletivas são figura jurídica de relevância na atualidade, constituindo-se em pretensões com dimensão coletiva, na qual a tutela jurisdicional pleiteada visa a defender e satisfazer interesses atinentes a um grupo de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato ou por relação jurídica. Tem como pedido o respeito ou cumprimento de um dever jurídico, que pode estar exteriorizado por obrigação de fazer ou não fazer, condenação, entre outros, mas não a declaração de inconstitucionalidade, que é fundamento do pedido e sobre ela não recai a coisa julgada.

8. A decisão proferida em ação coletiva deve aproveitar a todos os integrantes do grupo legítima e adequadamente representado, sejam eles determináveis ou não. Produz, portanto, efeitos *erga omnes*, regra geral, ou seja, atinge a todos os membros do grupo.

9. O controle difuso de constitucionalidade em sede de ação coletiva funciona, efetivamente, como em qualquer outra ação. O fato de os membros do grupo interessado não serem determináveis e os efeitos produzidos pela sentença proferida em ação coletiva serem *erga omnes* não implica em usurpação de competência do STF para o controle concentrado, nem transforma o controle difuso em controle abstrato.

11. A inconstitucionalidade funciona na ação coletiva como prejudicial de mérito, não integrando o dispositivo da sentença, este sim apto a produzir efeitos sobre o grupo. Funciona somente como fundamento da decisão, sobre o qual não incide a coisa julgada.

12. Uma decisão proferida em ação coletiva que tenha como fundamento uma questão de inconstitucionalidade submete-se a toda cadeia recursal estabelecida em lei, podendo passar pelo crivo do STF, que analisará a questão e explicitará seu entendimento. Logo, não é correto afirmar que possa existir usurpação de competência do STF.

13. Os efeitos *erga omnes* da sentença coletiva e *inter partes* do controle difuso de constitucionalidade convivem harmonicamente. Somente o dispositivo da sentença terá eficácia *erga omnes*, vez que sobre a questão incidental de inconstitucionalidade não recai a coisa julgada e a inconstitucionalidade continue sujeita à controle de constitucionalidade, porque a norma não é retirada do ordenamento, mas tão-somente, deixa de ser aplicada ao caso concreto.

14. Diante da complexidade das relações sociais e da massificação dos conflitos de interesses, a ação coletiva surge no universo atual

como instrumento eficaz para o atendimento das necessidades sociais, tornando o processo mais efetivo, na medida em que amplia o acesso à justiça porque em uma única ação todo um grupo de pessoas ligadas por um interesse comum tem acesso ao Poder Judiciário, que apreciará sua pretensão, beneficiando-se com a decisão.

15. O controle de constitucionalidade em ação coletiva se revela como instrumento eficaz para ampliar os mecanismos de garantia da supremacia constitucional, fato este que amplia a sensação de segurança jurídica para os cidadãos.

16. A ação coletiva é uma forma de participação popular no poder, ampliando o direito fundamental de acesso à justiça, que deve ser pleno, e, ainda, confirma a previsão constitucional da participação popular na democracia (Art. 1º, parágrafo único), especialmente por se tratar de um Estado Democrático de Direito.

17. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em face da Constituição Federal é a matéria de ordem pública mais relevante, razão pela qual pode-se afirmar ser inconstitucional limitar seu questionamento, inclusive em sede de ação coletiva.

18. Devido à relevância que o tema representa no cenário jurídico nacional, foi elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que trará contribuições importantíssimas para o ordenamento brasileiro quanto à tutela jurisdicional coletiva, com as inovações e alterações legislativas que irá inserir no sistema pátrio.

19. O Anteprojeto oferece ao país um sistema importante e completo para os processos coletivos, havendo previsão para solucionar o debate doutrinário e jurisprudencial sobre o cabimento ou não de controle difuso de constitucionalidade em ação coletiva, estabelecendo regra específica determinando o cabimento de controle difuso de constitucionalidade em ação civil pública, desde que sua declaração seja questão incidente e não objeto do pedido principal.

20. Constatou-se pelo estudo realizado ser conveniente e interessante estender essa regra para todas as espécies de ações coletivas regulamentadas pelo Anteprojeto e ainda a determinação de recurso necessário até o STF para que este profira sempre a última palavra sobre a declaração incidental de inconstitucionalidade.

21. Por esse motivo, foi elaborado uma proposta de reforma do Anteprojeto como tentativa de contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento nacional e tornar a tutela jurisdicional coletiva mais efetiva e ampliar o acesso à justiça.

## 8 BIBLIOGRAFIA

ABELHA, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

ALMEIDA, Renato Franco de; COELHO, Aline Bayerl. *Princípio da demanda nas ações coletivas do Estado Social de Direito*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Nº 52. São Paulo: RT, 2005.

ALVIM, Arruda. *A declaração Concentrada de Inconstitucionalidade pelo STF e os Limites Impostos à Ação Civil Pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. In: Processo Civil Coletivo. (MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias – Coord.) São Paulo: Quartier Latin: 2005.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública*. Coord. Edis milaré. São Paulo: RT, 1995.

\_\_\_\_\_. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2003, vol. 1 e 2.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito processual civil*. 2ª edição, refundida, do “Código de Processo Civil Comentado”, v. I (arts. 1º ao 6º). São Paulo: RT, 1990.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito processual civil*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 1.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas*. In: Processo Civil Coletivo. (MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias - Coord.) São Paulo: Quartier Latin: 2005.

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 04 jan. 2006.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1996 (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v. 34).

ANDRADE, Manoel A. Domingues. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, vol. I e II.

ARENHART, Sergio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ARISTOTELES. *Política*. Brasília: Editora da UnB, 1965.

BASTOS, Celso. *A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro*. RePro n. 23. São Paulo: RT.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELINETTI, Luiz Fernando. *A legitimidade ativa*. In: *Scientia iuris*. Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da UEL. Londrina: 2004. v. 7/8, p. 157-164.

\_\_\_\_\_. *AÇÕES COLETIVAS – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro. A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coltivos*. Repro n° 98. São Paulo: RT.

\_\_\_\_\_. *Definição de interesses*. In: Estudos de Direito Processual Civil. São Paulo: RT, 2005, p.666-671.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança Coletivo. Perspectiva Conceitual e Pressuposto de Admissibilidade no Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: 1997. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

\_\_\_\_\_. *Sentença Civil. Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: RT, 1994.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A proteção do consumidor nos países menos desenvolvidos: a experiência da América Latina*. Direito do Consumidor. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, v. 8.

BERNARDES, Juliano Taveira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade. Elementos materiais e princípios processuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BRASIL. Lei nº 1.533, de 31 de dezembro 1951.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1965.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.

\_\_\_\_\_. STF. Reclamação nº 600-0/190-SP. Ministro Relator: Néri da Silveira. Brasília, 05 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em 29 mai 2006.

\_\_\_\_\_. STF. Reclamação nº 602-6/SP. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Brasília, 14 fevereiro 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 31 mai 2006.

BUZUID, Alfredo. *Da ação Direta de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. In: Revista Forense, set.- out., 1958, vol. 179, p. 132.

CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da Constituição*. 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Almedina: Ed. Coimbra.

CAPELLETTI, Mauro. *O Acesso dos Consumidores à Justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. Rivista di Diritto Processuale, 1975, n. 30.

\_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1988.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2ª ed. italiana por J. Guimarães Menegale, acompanhada de notas pelo Prof. Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Livraria Acadêmica - Saraiva & Cia editores, 1943, v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle da constitucionalidade das leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart Victor Russomano. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRETELLA JUNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 2ª edição eletrônica. Rio de Janeiro: Forense, 2003. CD-ROM.

DELGADO, José Augusto. *Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF*. In: Revista de Processo nº 98. São Paulo: RT.

DIDIER JR, Fredie. *Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário*. Repro nº 108. São Paulo: RT, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: RT, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1990.

\_\_\_\_\_. *A reforma do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1, 2 e 3.

\_\_\_\_\_. *Universalidade da tutela jurisdicional*. Artigo inédito, apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. *Efeitos da declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999 e 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro* (Coleção de estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 31). São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; ABELHA, Marcelo; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Direito Processual Ambiental*. Belo Horizonte: Dei Rey, 1996.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, competência e coisa Julgada*. In: *Processo Civil Coletivo*. (MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias - Coord.) São Paulo: Quartier Latin: 2005.

GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. Rio de Janeiro: Livro Íbero-Americano, 1959.

GIDI, Antônio. *A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta*. Repro nº 108. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GILISSEN, Jonh. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*. Revista Forense nº 268. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. *Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores*. Revista de Processo, São Paulo, n. 44, ano 11, p. 113-128, out.-dez. 1986.

\_\_\_\_\_. *As Garantias Constitucionais do processo nas ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Anotações sobre a Lei n. 7.347, de 24.7.1985*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

\_\_\_\_\_. *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*. Repro nº 97. São Paulo: RT, 2000.

GUETZÉVITCH, B. Mirkine. *As novas tendências do direito constitucional*. São Paulo: Nacional, 1933.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HART, Harbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Oxfor: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª ed. Forense: 2002. vol 1.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Ed., 1979.

\_\_\_\_\_. *Teoría General del Estado*. México, 1959.

LASSALE, Ferdinand. *Que é uma Constituição?*. Tradução de Walter Stöner. Porto Alegre: Editorial Villa Martha Ltda, 1980.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo. De acordo com a Lei 10.444/02*. São Paulo: RT, 2002.

LEVAGGI, Abelardo. *Manual de Historia Del Derecho Argentino*. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1991, Tomo 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol 1.

\_\_\_\_\_. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)*, Trad. de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. *Manual do Consumidor em Juízo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAYNES, Eduardo Garcia. *Filosofia del Derecho*. 2ª ed. México: Ed. Porrúa, 1977.

MAZZILLI, Hugo Nigro Mazzilli. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18ª ed. (atualizada por Arnold Wald). São Paulo: RT, 1997.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade – Aspectos Jurídicos e Políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: IBDC e Celso Bastos Editor, 1999.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: Controle Abstrato de Normas do Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MILARÉ, Edis. *O Ministério Público e a ação ambiental*. Cadernos Informativos. São Paulo: APMP, 1988.

MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/85 - 15 anos*. São Paulo: RT, 2001.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Comibra, 1985.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo civil*. Rio de Janeiro; Forense, 1997, vol. 3.

MONTORO, André franco Montoro. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*. In: *Repro* n° 61. São Paulo: RT, 1990.

\_\_\_\_\_. *Notas sobre a efetividade do processo*. In: *Estudos em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. *A defesa do consumidor em juízo*. n. 5, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1993.

\_\_\_\_\_. *A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*. *Revista Forense* n. 276.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: 2003, RT.

NEVES, Marcelo. *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NUNES, Rizzatto. *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. In: Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: *Processo Civil Coletivo*. (MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias - Coord.) São Paulo: Quartier Latin: 2005.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

PACHECO, José da Silva. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976, vol. 1.

PASSOS, J.J. Calmon de. *Democracia, participação e processo*. In: *Participação e Processo*. Rio de Janeiro: RT, 1988.

PIZZORUSSO, Alessandro. *Tribunales constitucionales europeos*. Madrid. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

PORTUGAL, Constituição, 1976.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Jurisdição constitucional e reconhecimento incidenter tantum de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v.1.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Luiz Velasque Rocha. *Por uma conceituação de ação coletiva*. Revista de Processo, n. 107. São Paulo: RT.

RODIN, Auguste. *O Segredo*. Paris. Museu Rodin. Cf. CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. *Propedêutica Jurídica. Uma perspectiva jusnaturalista*. Campinas: Millennium, 2001.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Dei Rey, 2002.

SCHIMIT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s.d.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. *O Plebiscito, o Referendo e o Exercício do Poder*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Policial*. São Paulo: Saraiva, 2001.

STAMMLER, Rudolf. *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*. Berlim e Lípsia, 1923.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Tratado da Argüição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEIXEIRA, J.H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1989.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *O (novo) significado jurídico e político da tutela coletiva*. Disponível em: [http://www.ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler\\_noticia.php?idNoticia=23928](http://www.ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=23928). Acesso em: 02 fev. 2006. Revista Jurídica última Instância. Janeiro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo - la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

WATABABE, Kazuo. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos; a legitimação para agir*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad, 1984.

**ANEXO A – ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS  
COLETIVOS**

**ANEXO B – PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO  
BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS**

**ANEXO C – INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NA  
RECLAMAÇÃO Nº 600-0/190-SP**

**ANEXO D - INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NA  
RECLAMAÇÃO Nº 602/SP**

**ANEXO E – INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STF NO  
AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 382298/RS**