

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**EXECUÇÃO COLETIVA DE DIREITOS
INDIVIDUAIS:
UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DA
AUTONOMIA DA VONTADE**

RICARDO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER

Brasília
2011

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

**EXECUÇÃO COLETIVA DE DIREITOS
INDIVIDUAIS:
UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DA
AUTONOMIA DA VONTADE**

RICARDO LUIZ BLUNDI STURZENEGGER

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo José Leite Farias

Brasília
2011

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Mestrado em Direito Constitucional**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**EXECUÇÃO COLETIVA DE DIREITOS
INDIVIDUAIS:
UMA LEITURA CRÍTICA A PARTIR DA
AUTONOMIA DA VONTADE**

Ricardo Luiz Blundi Sturzenegger

Orientador: Prof. Dr. Paulo José Leite Farias

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. Paulo José Leite Farias

Integrante: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Integrante: Prof. Dr. Leonardo Roscoe Bessa

DEDICATÓRIA

À minha avó, pelo amor.

AGRADECIMENTOS

A realização do presente trabalho não teria sido possível sem o apoio de várias pessoas, das quais algumas merecem especial menção neste momento.

Em primeiro lugar gostaria de agradecer à minha família (pai, mãe, irmãos, cunhados e sobrinhos recém-chegados), especial pilar de sustentação dos passos dados até aqui. À Dani, minha esposa, vai especial agradecimento, impossível de ser traduzido em palavras.

O excelente corpo docente do IDP merece todos os créditos por eventuais méritos do presente trabalho, fruto das densas lições de sala de aula. Especial agradecimento aos professores Paulo José Leite Farias, meu orientador, pelas precisas contribuições, ao professor Paulo Gustavo Gonet Branco, coordenador do mestrado, por toda a valiosa ajuda durante o curso, e ao professor Inocêncio Mártires Coelho, pelas lições que a todo o tempo avivam e inquietam a mente.

Também merecem destaque os colegas de Sturzenegger e Cavalcante advogados, pelo alto nível das discussões havidas no escritório, que se revelam verdadeiras aulas diárias de direito.

Por fim, agradeço aos colegas de mestrado, na esperança de que a amizade que ali nasceu e ganhou corpo continuará.

RESUMO

A execução coletiva de direitos individuais disponíveis, sem necessidade de autorização do titular, e seus reflexos em termos de violação à autonomia da vontade, conceito derivado do direito subjetivo e de central importância no desenvolvimento do direito moderno, seja na perspectiva civil seja na constitucional, por meio da teoria dos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Execução Coletiva. Autorização. Direito individual. Disponibilidade. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This dissertation deals with the questions raised by the defense of individual rights in a class action without authorization of the persons whose rights are in dispute and its implications regarding constitutional principles related to liberty and autonomy of will.

Key-words: Individual right. Autonomy of will. Class action.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I - AUTONOMIA DA VONTADE - PERSPECTIVA HISTÓRICA	14
1 – Considerações Iniciais	14
2 – Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu.....	18
3 – O Liberalismo Clássico e o Surgimento dos Direitos Fundamentais.....	23
4 – O Estado Social e a Liberdade	28
5 – O Direito Subjetivo	30
6 – O Constitucionalismo e o Direito Privado.....	35
CAPÍTULO II - DO DIREITO SUBJETIVO À AÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ELEMENTOS DOGMÁTICOS QUE FUNDAMENTAM A AÇÃO CIVIL.....	48
1 – Direito Subjetivo, Pretensão, Ação	48
2 – A Ação Coletiva, seu Elemento Legitimador e a Inversão Dogmática	52
3 – Conceito e Função da Dogmática Jurídica	56
CAPÍTULO III - A AÇÃO COLETIVA.....	61
1 - A Dimensão Sociológica como Fator de Legitimação da Ação Coletiva – o Fenômeno de Massa, os Corpos Intermediários e a Demanda de Interesse Público	61
2 – Histórico.....	70
3 – Objeto de Proteção da Ação Coletiva e Legitimados.....	77
4 – Ação Coletiva e Ação Individual.....	82
5 – Regime de Atuação do Legitimado Processual e Efeitos da Coisa Julgada	87
6 – Legitimidade para a Liquidação e Execução das Ações Coletivas	91
CAPÍTULO IV - A PONDERAÇÃO.....	103
1 – Considerações Iniciais	103
2 – Princípios e Regras.....	104
3 – O Princípio da Proporcionalidade e a Técnica da Ponderação.....	107
4 – A Execução Coletiva de Direitos Individuais Homogêneos sob a Ótica da Autonomia da Vontade	114
CONCLUSÃO	127
REFERÊNCIAS	129

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar, a partir de jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF)¹, a problemática presente na possibilidade de execução coletiva de direitos individuais, patrimoniais e disponíveis, sem autorização do seu titular, e seu impacto diante de princípios constitucionais da mais alta relevância, entre eles os da liberdade e da legalidade, subjacentes ao princípio da autonomia da vontade.

Como se verá, essa possibilidade apresenta efetiva tensão entre, de um lado, os princípios que fundamentaram referida decisão, vinculados ao acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional e, de outro, à faculdade de disposição de direitos, imanente ao conceito de direito subjetivo que informa a autonomia da vontade.

Não se pretende fazer um estudo de caso, direcionado a dissecar os elementos de fato e as implicações jurídicas do julgamento específico, mas antes apontar os reflexos mais amplos da abertura interpretativa estabelecida pelo STF. Por isso, para além dos pressupostos fáticos, fundamentos e delimitações presentes no julgamento, serão apontados os seus efeitos na perspectiva do sistema das ações coletivas em geral, no contexto atual do significativo crescimento de sua utilização como meio de resolução de conflitos de massa.

O trabalho assume a ideia de que essa abertura interpretativa inovou a forma de execução estabelecida para as ações coletivas, ao permitir que o substituto processual proceda à execução independentemente de manifestação de vontade do titular do direito que

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 210.029 – RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 17/08/2007.

é executado. Essa inovação será analisada a partir da ideia da (e consequente direito à) autonomia da vontade, considerada como princípio essencial de nosso sistema jurídico e núcleo do conceito de direito subjetivo, de enorme influência na conformação do direito ocidental moderno.

Para tanto, será necessário adotar alguns pressupostos teóricos - a admissão da força normativa dos princípios, enquanto capazes de orientar decisões judiciais, e a técnica da ponderação, componente do princípio da proporcionalidade, como método de resolução de conflitos entre princípios - que, embora somente trabalhados e explicitados no último capítulo, servem de orientação à organização do trabalho. Leva-se em conta, para isso, a franca e praticamente unânime admissão desses pressupostos pela doutrina, aliada à sua utilização diária na jurisprudência.

As demais delimitações teóricas serão elaboradas e explicadas à medida que se mostrem necessárias ao longo do trabalho, que está dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo tratará da autonomia da vontade e de sua importância enquanto reflexo do direito subjetivo, conformador da estrutura do Estado moderno e dos direitos fundamentais do ser humano. O capítulo procura demonstrar que toda a estrutura tanto de Estado quanto de direito modernos foi construída a partir do reconhecimento do indivíduo como titular inato de direitos e da autonomia da vontade como atributo imanente a esse patrimônio individual.

Em seguida será apresentada a consequência dessa conceituação para a consolidação dogmática da ação civil, identificando, nessa dogmática, qual o elemento legitimador da ação coletiva e fazendo, ao final, breves comentários sobre a função da própria dogmática, relativa a conferir parâmetros de decidibilidade a

partir de definições, conceitos e interpretações consolidadas em determinado sistema jurídico. Essa incursão se faz necessária para apresentar importante aspecto, resultado da possibilidade de execução coletiva, que é a inversão dogmática da ação civil, construída, historicamente, sob o pressuposto de que o direito deve ser, em regra, exercido por seu titular.

O terceiro capítulo trata da ação coletiva, tomando em perspectiva os seus pressupostos teóricos e a estrutura normativa que lhe dá conformação. No fim desse capítulo serão apresentadas considerações sobre a inovação representada pela jurisprudência, determinando-lhe o alcance.

Por fim, no último capítulo serão apresentados os elementos que, acredita-se, demonstram a inviabilidade da execução coletiva de direitos individuais disponíveis sem autorização do titular, na medida em que representa usurpação da liberdade ou mesmo esvaziamento da faculdade de disposição do direito por parte do seu titular, sem, de outro lado, apresentar vantagem em termos de maior efetividade da prestação jurisdicional.

O presente trabalho tem por pano de fundo o fato de que em nenhum outro momento histórico se verificou a importância que é dada hoje ao Poder Judiciário e à atuação dos órgãos e entidades auxiliares ao exercício da função jurisdicional. Atribui-se boa parte dessa importância ao papel exercido pelas cortes constitucionais modernas, capazes de, por meio de suas decisões, influenciarem os rumos do Estado e da sociedade.

Fora do âmbito específico da atuação da jurisdição constitucional, verifica-se o crescente acesso da população ao Poder Judiciário, fenômeno resultante de diversos fatores, entre os quais se destaca, em perspectiva histórica ampla, a inclusão de grandes contingentes populacionais na chamada sociedade de consumo, levando-os a

integrar a vida econômica e social e a estabelecer, dessa forma, relações jurídicas.

Esse pano de fundo justifica e demarca temporalmente o advento das ações coletivas como resposta à necessidade de prestação jurisdicional no contexto de uma configuração social nova, que produz direitos em série, em boa medida idênticos.

Daí a importância da decisão proferida pelo STF, enquanto elemento definidor de uma estrutura de Estado (i) centrada na preservação da autonomia individual ou (ii) de incentivo ao paternalismo na defesa de direitos individuais, por meio da ampliação do poder das entidades representativas (associações, sindicatos, Ministério Público) até o limite de exercício do direito alheio.

O tema expõe elemento novo e importante na conformação dos poderes dos grupos representativos de classes e categorias sociais. A teoria dos direitos fundamentais tradicional identifica como contraposto aos direitos individuais clássicos (de liberdade e de autonomia) o Estado e sua estrutura organizacional, atribuindo às entidades representativas a posição de defensoras dos interesses individuais. É nessa perspectiva que se fundamentou a jurisprudência que permitiu a abertura da execução coletiva a essas entidades.

Propõe-se aqui uma perspectiva diferente, inversa, que busca definir limites à representatividade dessas entidades, a partir do reconhecimento de que a possibilidade de disposição do direito traduz expressão de liberdade e reflexo do exercício da autonomia da vontade, reserva de decisão individual que se entende deve prevalecer, em diversos casos, até mesmo sobre a vontade dos capacitados a defender coletivamente direitos de terceiros.

Não se procura com isso diminuir a importância desses órgãos e entidades, mas antes estabelecer fronteira de atuação legítima,

harmonizando-a à reserva de vontade e aos interesses do titular do direito, na medida em que esse direito, sendo disponível, permite seja exercido ou não.

São esses os elementos que compõem o presente trabalho, que procura revelar importantes faces de tema que se reveste da mais alta relevância no contexto da representação jurisdicional atual.

CAPÍTULO I - AUTONOMIA DA VONTADE - PERSPECTIVA HISTÓRICA

1 – Considerações Iniciais

Em toda a sua trajetória, é nítida na história do direito a significativa importância da autonomia da vontade, a traduzir a reserva de liberdade de que goza o indivíduo para o exercício de suas atividades privadas, reserva de liberdade essa que se entende como imanente ao conceito de direito subjetivo que dá suporte à teoria jurídica em torno da qual foi erigida a civilização ocidental.

A despeito dos inúmeros e diferentes movimentos de ordem filosófica que orientaram as modificações havidas nessa trajetória, como se verá no decorrer do presente capítulo, a importância da autonomia da vontade se manteve, em maior ou menor grau, conforme as oscilações determinadas por esses movimentos, até os dias atuais.

Embora certo grau de autonomia da vontade possa ser identificado já no direito romano (no qual não havia a noção de direito subjetivo²), especialmente para o exercício de direitos relativos ao poder familiar, é no bojo do amplo processo histórico que resultou no iluminismo e na configuração do estado ocidental moderno (acompanhado da correspondente estrutura jurídica) que esse princípio passou a ter destaque na teoria do direito.

Para os fins do presente trabalho, cumpre destacar três aspectos dessa evolução:

² VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 69 e ss.

- (i) a ideia de liberdade do homem e a sua importância na conformação do chamado Estado de Direito do mundo ocidental e na consolidação dos direitos humanos fundamentais;
- (ii) a concepção do direito subjetivo como elemento nuclear da teoria jurídica que se formou a partir de então, a significar o reconhecimento do indivíduo como titular inato de direitos;
- (iii) a capacidade de disposição desses direitos individuais por parte de seu titular, enquanto manifestação e consequência do direito subjetivo, no qual se insere o princípio da autonomia da vontade.

Este capítulo tratará desses aspectos, que, no seu conjunto, como já adiantado, expõem, em nosso entender, insuperável obstáculo à tese da execução coletiva de direitos individuais disponíveis sem autorização de seu titular.

O desenvolvimento do raciocínio conducente a essa conclusão passa, primeiramente, pela introdução da ideia de liberdade e sua relevância na formulação do Estado de Direito e da teoria dos direitos humanos fundamentais, em seguida pela concepção e importância da ideia da existência de direito subjetivo na consolidação do direito privado moderno e, por fim, pela demonstração da relevância do princípio da autonomia da vontade (aqui incluída a capacidade de disposição dos direitos individuais por parte de seus respectivos titulares) no estágio atual da teoria do constitucionalismo, no contexto de Estado de Direito que se consolidou a partir da Segunda Guerra Mundial, cuja característica mais visível é a irradiação dos princípios constitucionais a todo o ordenamento jurídico.

Nesse *iter*, cumpre registrar, de início, que o processo histórico no qual foram concebidos e desenvolvidos os aspectos mencionados caracterizou-se pela transferência, gradual e consistente, do núcleo de poder do Estado para o

indivíduo, com o dotar este último de instrumentos capazes de interferir de forma cada vez mais ativa no processo de tomada de decisões de repercussão pública, ao mesmo tempo em que se reduzia, também gradual e consistentemente, o nível de discricionariedade na atuação dos agentes públicos.

Essa transferência teve por base importantes pressupostos fáticos e teóricos.

Em primeiro lugar, para se chegar a um consenso mínimo quanto ao entendimento de se ter o indivíduo como centro de referência da formação da comunidade (aqui já entendida em sentido amplo, fora do âmbito unicamente estatal) foi necessária uma ruptura na perspectiva filosófica predominante até meados da Idade Média, com a superação da visão metafísica que tinha por pressuposto a ideia de que o homem era parte de um todo e, como tal, somente passível de compreensão a partir das estruturas de funcionamento desse todo. Nessa visão, as pessoas não existiam como referência filosófica, a não ser na perspectiva de parte de uma engrenagem maior, ou seja, como simples elementos de ligação na cadeia social.

Essa mudança de perspectiva se deve a diversos fatores e se deu no curso de longo período histórico, em cuja origem pode-se destacar o cristianismo (com enorme influência no movimento renascentista), enquanto fonte da ideia que considera o homem feito à imagem e semelhança de Deus e, como tal, senhor da posição central de preocupação filosófica³.

³ "O Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, sobretudo durante a idade média, depois de S. Tomás e com a poderosa influência da escolástica. O homem é e todos os homens são filhos de Deus, iguais em dignidade, sem distinção de raça, cor, ou cultura. Por outro lado, o homem não é uma qualquer criatura, participa do divino através da Razão, a qual, iluminada e completada pela fé (*'recta ratio'*), lhe indica o caminho a seguir. A distinção entre o Bem e o Mal era assim acessível ao homem, que podia conhecer o direito natural, anterior e superior ao poder temporal – a Lei divina que governava o universo" - ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra, Almedina. 2004. p. 17

"Finalmente, seria durante o domínio romano da Palestina que surgiria o Cristianismo e seria para o Império que ele, primeiramente, se difundiria; e o Cristianismo viria a abalar as principais concepções sociais romanas e os próprios alicerces da cidade antiga, ao reconhecer à pessoa uma nova posição dentro da comunidade política e ao contestar o carácter sagrado do Imperador. A pessoa torna-se agora um valor em si, por criada à imagem e semelhança de

O importante a destacar nessa mudança de perspectiva foi a nova concepção tanto da ideia de Estado quanto da de direitos individuais.

Essa guinada filosófica, como se sabe, foi dada no contexto das estruturas da sociedade europeia de então, no qual o modelo feudal vinha paulatinamente cedendo espaço a novas formas de organização, que centralizavam o núcleo de poder e tinham influência sobre região geográfica maior que a até então submetida ao controle dos senhores feudais.

Como era natural, essa mudança se deu de forma lenta e diferenciada em cada região, mas, no que importa, significou o germe da formação do que, no mundo ocidental, se entende hoje por Estado.

Martin Van Creveld, ao tratar desse fenômeno, observa que

Essa história, que representa uma evolução quase exclusiva da Europa ocidental e que só foi exportada para outros continentes em data bem posterior, será contada em quatro partes. Primeiro (...) a ascensão da estrutura burocrática e o modo como se emancipou do controle real e da sociedade civil. Em segundo lugar, (...) como essa estrutura fortaleceu seu domínio sobre a sociedade ao definir-lhe as fronteiras, recolher todos os tipos de informações sobre elas e tributá-la. Em terceiro lugar, (...) como a burocracia e os impostos, juntos, tornaram possível ao Estado criar forças armadas para uso interno e externo e, assim, estabelecer o monopólio do uso da violência. Em quarto lugar, é necessário rastrear o caminho pelo qual a teoria política acompanhou todos esses acontecimentos e os justificou.⁴

Em meio a todos esses relevantes aspectos, o presente trabalho dará destaque à evolução da teoria política, que, ao acompanhar o novo processo de formação do Estado, definiu as suas formas e forneceu justificativas para a correspondente estrutura.

Deus; todos os homens são pessoas com igual dignidade ('não há judeu, nem grego, não há escravo, nem homem livre...'), chamados à 'liberdade dos filhos de Deus', e o espiritual é distinto do temporal ('Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus')". - MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 46.

⁴ VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. pp. 179-180.

2 – Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu

A teoria política que definiu os contornos do Estado moderno, é sabido, tem origem predominantemente nos chamados filósofos contratualistas, dos quais o primeiro a usar o termo Estado na acepção que temos hoje foi Thomas Hobbes⁵, ao elaborar a sua teoria de Estado completamente desvinculada da figura do governante, como era a tradição até então⁶.

A perspectiva de Hobbes tinha por base a contraposição entre o Estado de Natureza e o Estado Social. No primeiro, de estrutura virtualmente anárquica, o ser humano, por falta de controles externos, extravasaria ao extremo todos os seus dotes naturais na busca do que considerasse vantagens, sem se importar com o que isso viesse a acarretar de danos para seus semelhantes. Para frear esse impulso natural do ser humano haveria de ser criada uma estrutura dotada de legitimidade para estabelecer normas de conduta a todos aplicáveis, normas essas que teriam por objetivo garantir as condições de vida e segurança social. A amarração da cadeia social seria, assim, garantida de forma segura por essa entidade que, legitimada pelos homens, restringiria a liberdade de todos ao ponto necessário para assegurar a estabilidade e o desenvolvimento da vida social. Essa entidade, dotada de poderes quase absolutos, seria o Estado.

O ponto central da teoria, e que justificaria os poderes quase absolutos do Estado, é a total desconfiança de Hobbes na capacidade do ser humano de, atuando de forma inteiramente livre, não se autodestruir. Na visão do filósofo, a liberdade do ser humano implica, necessariamente, a busca

⁵ "Imediatamente após Le Bret, chegaram Thomas Hobbes e o *Leviatã*; a ele pertence o mérito de ter sido o primeiro a definir o Estado como um homem artificial, separado da pessoa do governante."

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 253.

⁶ *Ibid.*, p. 241.

incessante por vantagens, não importando o quanto de dano será causado a outros nessa busca. Sintomaticamente, Hobbes é por muitos chamado de filósofo do absolutismo⁷.

Extremamente importante na teoria de Hobbes é o fato de ter desenvolvido uma construção racional de Estado, desvinculada tanto da figura pessoal de quem exerce o poder quanto do corpo que se acha a ele submetido

⁷ "Com efeito, Hobbes entra em cena e escreve o *Leviatã*, a obra clássica do absolutismo, o mais engenhoso tratado de justificação dos poderes extremos, servidos de uma lógica perversa, em que a segurança sacrifica a liberdade e a lei aliena a justiça, contanto que a conservação social de que é fiador o monarca seja mantida a qualquer preço. Naquele autor a força infinita de quem governa e mantém a ordem é paradoxalmente legitimada no contrato social.

Aí reside, por sem dúvida, não há negar, toda a originalidade do filósofo inglês, o terrorista do medo, o contratualista do absolutismo, o pensador das nascentes do Positivismo e, sobretudo, conforme reiteradamente assinalamos, da segurança jurídica.

Sua filosofia política radica, como a de Rousseau e Locke, na dualidade contrastante de um estado de natureza que antecede o estado de sociedade.

No primeiro o ser humano desfruta liberdade extrema, absoluta, total, mas essa liberdade ser-lhe-á letal se dela não se desfizer, porquanto o estado de natureza não sendo de paz, amor, concórdia e fraternidade, mas de guerra, violência e terror, acabará por conduzi-lo à extinção.

Palco de uma guerra civil do gênero humano, o estado de natureza aparelhava, por conseguinte, o extermínio e mútuo aniquilamento de todos. Era um estado de sangue, desconfiança, e ferócia contumaz, em que o medo, institucionalizado no instinto da sobrevivência, não deixava ainda antever o advento da consciência agregativa, suscetível de instituir um sistema de relações fundado no estabelecimento da ordem e da segurança. Estado de natureza fadado a perpetuar-se se não houvesse logo, por necessidade já inelutável, a passagem ao estado da sociedade.

Mas havia um preço a pagar pelas garantias que seriam auferidas. Consistia ele na alienação de todas as liberdades, trasladadas ao Estado, senhor absoluto da vida e dos comportamentos humanos, pelo menos segundo a tese implícita nessa singular doutrina com que a razão buscou edificar o Estado moderno.

O Homem perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza da conservação.

Daqui talvez se possa inferir, em abono à boa-fé dessa doutrina, que nem a razão nem a vontade, porém o instinto fora o móvel do pacto que fez o homem livre do estado de natureza ser, doravante, num sacrifício inaudito, o súdito do estado da sociedade.

Precursor do totalitarismo estatal do século XX, primeiro filósofo do positivismo na moderna ciência do direito, clássico da segurança jurídica, cientista da realidade e do século político em que viveu, Hobbes é, em verdade, o teorista por excelência do absolutismo, designadamente daquele absolutismo que ostenta uma singular legitimidade contratualista." - BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 38-39.

"No cenário da luta entre o rei – mais tarde, lorde protetor – e o Parlamento, no século XVII, o projeto elaborado por Hobbes mostrou-se forte demais para a maioria de seus patrícios engolirem. Assim como Maquiavel, ele considerava o homem fundamentalmente mau; ao contrário de Maquiavel, não o dotava nem com virtú nem com amor à pátria. A maior qualidade humana, a razão, permitia aos homens vislumbrar o futuro; motivado pelo medo do futuro, o ser humano passava a vida inteira à procura de conquistar cada vez mais poder em relação ao próximo, esforço que só terminava com a morte. Foi na tentativa de controlar essa criatura que Hobbes propusera o soberano. Contudo, logo ficou claro que o soberano em questão era tão poderoso que representava para seus súditos uma ameaça tão grande ou maior que a que eles representavam uns para os outros." - VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 255.

(a sociedade civil). É pacífico hoje que essa mudança de visão foi crucial para o desenvolvimento da teoria do Estado moderno.

Em uma perspectiva mais geral, pode ser atribuída a Hobbes a consolidação do conceito de direito subjetivo, em abordagem interessante que estabelece a transformação da noção de direito individual até então prevalente (dado pela sociedade ou pelo direito natural, mas jamais originário do indivíduo) em nova noção, na qual os direitos são inerentes ao indivíduo e compõem patrimônio jurídico também individual, em relação ao qual se aceitam restrições (e o poder de disposição dos indivíduos, do qual resultaria o contrato social, apenas demonstra a sua titularidade em relação a esses direitos) em nome do convívio social⁸.

⁸ O seguinte trecho de Michel Villey sintetiza o raciocínio:

"Em primeiro lugar, qual o papel da noção de direito subjetivo do indivíduo no princípio do sistema de Hobbes? Esse papel pode parecer apenas secundário. Dissemos que duas noções principais governam o sistema: o *jus* e a *lex, right and law*. É difícil afirmar qual a mais fundamental.

O esforço de Hobbes não visa a lembrar a seus leitores a obrigação que lhes incumbe de obedecer ao poder supremo, obrigação que nasce da lei, e que prevalece sobre todo o direito? Dessas duas peças preponderantes, qual a principal? Toda a dificuldade provém da ambiguidade da palavra lei, que pode designar tanto a lei de Deus como a lei natural ou a lei civil. Não discordo da enorme importância que a lei de Deus ocupa no pensamento de Hobbes; ela produz uma rede distinta de obrigações, bastante necessária para o bom andamento do estado cristão; é primeira na ordem moral. Mas, para o que nos interessa, podemos fazer abstração dela, pois não irá intervir na filosofia civil, independente da fé. Quanto à lei natural, que inclina (ou que obriga moralmente) o indivíduo a se preservar, como vimos anteriormente, é por ela que Hobbes começa a exposição de *Leviatã*. Mas essa lei natural não é *'properly law'*; não é uma coerção externa; não impõe ao indivíduo nada que não decorra dele mesmo, nada retira de sua liberdade. Ela coincide com o direito.

Em definitivo, é o direito natural do indivíduo que está no princípio do sistema, como se evidencia claramente na ordem dos dois primeiros tratados. É sobre esse direito do indivíduo que está constituído todo o edifício: e, em primeiro lugar, o contrato e o pacto, pois, segundo Hobbes, o contrato é cessão recíproca de direitos, o pacto, renúncia ao direito próprio, portanto uso, exercício de direito. O pacto deriva do direito subjetivo. Ora, o pacto será fonte de toda a ordem jurídica positiva, mesmo do direito sucessório ou familiar; fonte até mesmo de toda justiça; só haverá injustiça para Hobbes na violação dos pactos: *injustitia est pactorum non praestatio*. A injúria (*injuria; injury*), ato contrário ao direito, será a transgressão dos pactos. Do pacto nascerão *Leviatã* e, por *Leviatã*, todas as leis, todas as leis no sentido pleno da palavra, aquelas que criarão para os sujeitos uma obrigação externa, "pois o direito de fazer leis não pode ser conferido a ninguém sem o consentimento dos cidadãos e um pacto expresso ou tácito".

Todo o direito é reconstruído por Hobbes, em etapas sucessivas, tendo como primeiro degrau o direito subjetivo, e é nisso que ele derruba a ciência jurídica anterior. Em Aristóteles, a lei da natureza (com efeito, uma lei não escrita, cujo teor era sempre objeto de investigação para o jurista) engendrava a ordem jurídica; imensamente rica em potência, a lei da natureza devia regular (pelo menos quanto ao essencial) as distribuições e trocas. Para Grócio ainda, havia multiplicidade de leis naturais, proibindo, por exemplo, o roubo e o dano; de onde já se tentava deduzir um regime das propriedades. Tudo isso desaparece em Hobbes: já não há justiça

Como será desenvolvido mais à frente, essa concepção teve decisiva influência na formulação da teoria do direito moderno, toda erigida em torno do conceito de direito subjetivo.

Contextualizando o plano social no qual Hobbes estava imerso ao desenvolver a sua teoria, cumpre lembrar que na realidade do Estado de então o poder estava concentrado unicamente nas mãos do soberano, a partir, conforme o período, de uma de duas fontes legitimadoras de poder. Por uma primeira, se considerava o soberano representante divino, e por essa razão se legitimava o seu poder; em um segundo período, que se pode chamar de laico, a legitimidade do soberano decorria da tradição e dos seus laços de nobreza.

É contra essa estrutura que se desenvolveu todo o movimento teórico que levou à consolidação do Estado constitucional moderno⁹, sobretudo com a evolução da teoria do Estado arquitetada a partir da obra de dois outros contratualistas, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Ambos os teóricos utilizaram o mesmo conceito de estado de natureza contido na obra de Hobbes, porém com outra perspectiva em relação ao ser humano, perspectiva essa que iria inverter a noção de Estado a ser desenvolvida. Com efeito, para ambos os autores o ser humano, em estado de natureza, seria conceitualmente bom, não sendo assim justificável que a vida em sociedade, a ser regulada por meio do Estado enquanto fruto do contrato social, tivesse que naturalmente desaguar em tirania pelo detentor do exercício do poder. John Locke via como inata no indivíduo uma inegável fonte de reserva de liberdade frente ao Estado¹⁰, decorrente de direitos naturais do

distributiva nem comutativa naturais, já não há o meu e o teu segundo a natureza. No topo da ordem jurídica, só uma e única regra, a que proíbe violar os pactos. Mas essa própria regra deriva do direito natural do indivíduo. É este o rochedo sobre o qual Hobbes constrói sua política."

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. pp. 703-705.

⁹ VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 257.

¹⁰ "No *Segundo tratado sobre o Governo* (provavelmente escrito imediatamente antes da Revolução Gloriosa, mas só publicado depois) Locke, como um dos primeiros representantes do Iluminismo, descartou a hipótese que orientara o pensamento ocidental desde Agostinho, ou seja, de que o homem era uma criatura fundamentalmente má que precisava do controle do

ser humano que limitariam o poder do Estado, visto que preexistentes à sua formação.

A preocupação de Jean Jacques Rousseau era de outra ordem, focada na busca de legitimidade para o exercício do poder, que, em sua perspectiva, estaria no fato de ter sido concedido pelo corpo social, por decisão de sua maioria.

O exercício do poder, contudo, mesmo que legitimado pela vontade da maioria do corpo social, encerra sempre o risco de levar à tirania, e, por isso, era preciso encontrar formas de mitigar esse risco, estabelecendo limites à atuação do Estado.

A principal contribuição teórica no sentido de estabelecer limites à atuação do Estado veio contida na obra de Montesquieu¹¹. Sua preocupação consistiu em estabelecer parâmetros de controle para o exercício do poder do governante, de forma a assegurar o necessário grau de liberdade para a sociedade.

Elemento de transcendental importância na obra de Montesquieu encontra-se no modelo de separação de poderes, conforme as funções do Estado – administrativa, legislativa e judicial –, de forma a contrabalançar o exercício do poder e a não permitir que o legislador fosse o executor da lei, e que nem o legislador nem o executor da lei fosse o seu intérprete/aplicador último. Essa fórmula acha-se hoje consagrada de forma quase absoluta na maioria esmagadora das chamadas democracias ocidentais.

governo. Tanto na opinião de Locke quanto na de Hobbes, a qualidade essencial do homem era a sua racionalidade; mas, enquanto Hobbes achava que essa qualidade levava à guerra de todos contra todos, Locke considerava que ela se traduzia num interesse pessoal esclarecido que, na maior parte das vezes, permitia a convivência pacífica, mesmo no estado de natureza, em que não havia nenhum governante comum. A tarefa mais importante do governante não era tanto controlar os seres humanos quanto pelo contrário, salvaguardar os direitos com os quais foram dotados pela natureza – isto é, a tríade vida, liberdade e propriedade." - VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 255.

¹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. pp. 166 e ss.

Estava assim construído teoricamente o Estado, enquanto estrutura que (i) não se confundia com a pessoa do governante nem com a sociedade civil, (ii) tinha como fonte de legitimidade a vontade da maioria do corpo social e por função regular a vida em sociedade, preservando a segurança e a paz social, e, por fim, (iii) tinha o exercício de poder dividido em estruturas independentes entre si como meio de obstaculizar o caminho à tirania e ao despotismo.

A simples separação das estruturas de exercício do poder não significava, contudo, segurança absoluta em relação à preservação da sociedade contra a tirania. O debate teórico se voltou, então, ao grau de liberdade a ser assegurado à sociedade, bem como à legitimidade de o próprio Estado estabelecer o limite dessa liberdade.

3 – O Liberalismo Clássico e o Surgimento dos Direitos Fundamentais

No contexto de definição e delimitação da liberdade, ganham então espaço os chamados filósofos liberais, dos quais cabe destacar John Stuart Mill e Benjamin Constant.

Ambos os autores viam com sérias restrições o controle do Estado sobre a vida privada dos indivíduos e consideravam abuso de poder qualquer interferência governamental nesse sentido. Sempre houve dificuldade, no entanto, em definir o limite a partir do qual a interferência estatal é indevida. Essa fronteira, para os liberais clássicos, se localizaria no poder de impedir que o indivíduo, com sua conduta, possa causar dano a outrem.¹²

¹² “Qual é, então, o limite correcto para a soberania do indivíduo sobre si mesmo? Onde começa a autoridade da sociedade? Quanto da vida humana deve ser atribuído à individualidade, e quanto à sociedade? Tanto a individualidade como a sociedade receberão a sua quota-parte, se cada um tiver aquilo que mais particularmente lhe diz respeito. À individualidade devia pertencer a parte da vida que

Elemento de enorme importância tanto na concepção de John Stuart Mill quanto na de Benjamin Constant é o reconhecimento da autonomia individual como espaço privado que não pode ser invadido nem mesmo pela vontade da chamada soberania popular. À luz desse conceito, não apenas o Estado, enquanto instituição formal de governo, mas também a própria sociedade, em manifestações extragovernamentais, acham-se limitados pela liberdade de atuação dos indivíduos na órbita privada, ou seja, os indivíduos, em sua vida privada, acham-se protegidos por fronteiras concretas contra a interferência da vontade coletiva¹³.

diz principalmente respeito ao indivíduo; à sociedade, a parte que diz principalmente respeito à sociedade.

Embora a sociedade não esteja baseada num contrato, e embora nada de bom resulte de se inventar um contrato para dele se deduzirem obrigações sociais, todos os que recebem a proteção da sociedade têm o dever de retribuir o benefício, e o facto de se viver em sociedade torna indispensável que cada um tenha de adoptar uma certa linha de conduta para com os outros. Esta conduta consiste, em primeiro lugar, em não prejudicar os interesses dos outros; ou, melhor dizendo, certos interesses, que, por provisão legal explícita ou por entendimento tácito, têm de ser considerados direitos; e consiste, em segundo lugar, em cada pessoa arcar com a sua parte (a ser estabelecida segundo um princípio equitativo) de trabalhos e sacrifícios necessários para defender a sociedade ou os seus membros de dano ou moléstia. A sociedade está no seu direito ao impor estas condições, a todo o custo, a quem tentar não as cumprir. E não é só isso que a sociedade pode fazer. Os actos de um indivíduo podem ser danosos para outros, ou demonstrar falta de consideração adequada pelo bem-estar dos outros, sem contudo violar qualquer de seus direitos constituídos. O transgressor pode então ser justamente punido através da opinião, mas não da lei. Assim que qualquer parte da conduta de uma pessoa afecta ou prejudica os interesses de outros, a sociedade tem jurisdição sobre ela, e fica aberta à discussão a questão de saber se a interferência promove ou não o bem-estar geral. Mas não há lugar para tais questões quando a conduta de uma pessoa não afecta os interesses de qualquer pessoa senão ela própria, ou não precisa de afectar os interesses de outras pessoas, a não ser que elas assim o queiram (sendo todas as pessoas em questão maiores de idade, e tendo capacidade comum de entendimento). Em tais casos deve haver perfeita liberdade, legal e social, para fazer a acção e arcar com a consequência."- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006. pp. 133 - 134.

¹³ Benjamin Constant é claro em defender essa posição:

"Peço perdão por, talvez, me estender demais sobre o assunto – já que, para mim, ele é muito importante – e por recorrer a um exemplo para tornar essas verdades mais tangíveis. Suponhamos que alguns homens se reúnam para uma empreitada comercial. Cada um deles empenha parte de sua riqueza, a qual passa a fazer parte do bem comum. Aquilo que restar a cada um dos sócios é sua riqueza privada. Como uma maioria, os membros podem direccionar o uso dos fundos comuns. Todavia, caso essa maioria reivindicasse o direito de estender sua jurisdição ao restante dos bens dos outros membros, nenhum tribunal endossaria tal pleito.

O mesmo acontece com a autoridade política. Se nossa comparação é inexata, isso ocorre num só ponto, ponto esse em que tal inexatidão trabalha a favor de nossos argumentos. No caso da hipotética associação privada, existe um condicionante externo que evita a opressão da maioria sobre a minoria. Um pequeno número de homens não pode se apossar do nome da maioria para tiranizar a associação. Afinal de contas, essa associação deve ter celebrado arranjos contratuais, pelos quais responde em conjunto, com um órgão externo. No entanto, na política essas condições não existem. A comunidade política não presta contas a nenhum

Sente-se claramente aqui a influência advinda dos excessos da Revolução Francesa, em que o extremismo do movimento popular levou a grau máximo a intolerância e a violência.

O alcance dessa nova perspectiva ultrapassa, entretanto, o seu contexto histórico. Com efeito, essa concepção de liberdade individual oponível à maioria social se traduziu em elemento primordial à consolidação da noção atual de direitos humanos, que teve justamente na declaração desses limites a sua primeira fonte de inspiração.

É, com efeito, a concepção da autonomia da vontade e do respeito à liberdade individual a inspiração declarada dos dois principais movimentos que vieram a definitivamente consolidar o Estado moderno, a saber, a declaração de independência das colônias Norte-americanas e a declaração dos direitos do homem e do cidadão que sobreveio à Revolução Francesa, movimentos esses que, por sua vez, formam a base da construção do sistema de direitos fundamentais.

partido externo. Há apenas duas facções: a maioria e a minoria. A maioria é juiz quando age dentro de sua competência, e se transforma em facção quando excede seu papel.

(...)

Uma fonte frequente de erro sobre o propósito adequado da autoridade política é a constante confusão que se faz entre interesse comum e interesse de todos. O interesse comum tem a ver apenas com a sociedade como um todo. O interesse de todos é simplesmente a soma dos interesses individuais. Além dos interesses particulares, que se referem tão-somente a um indivíduo ou a uma fração da sociedade e, portanto, estão fora de toda a jurisdição política, existem mais coisas que interessam a todos os membros da sociedade e que, apesar disso, não têm que se sujeitar à força da vontade geral. Tais coisas interessam a cada pessoa como indivíduo e não como membro da coletividade.

(...)

A maioria dos escritores políticos, sobretudo aqueles que escrevem em concordância com os princípios mais populares, incorre em erro bizarro quando falam sobre direitos da maioria. Representam a maioria como se fosse uma pessoa real cuja existência é prolongada e é sempre constituída pelas mesmas partes. Todavia, na realidade, acontece quase sempre que uma seção da população, que ontem era maioria, constitui a minoria de hoje. Defender os direitos da minoria é, portanto, defender os direitos de todos. (...) Assegurar poder ilimitado à maioria é ofertar ao povo no atacado a carnificina do povo no varejo. A injustiça e o infortúnio envolverão toda a sociedade, tornando-se cada vez mais opressores dos indivíduos isolados, em nome de todos. No final desse horrendo rodízio, todas as pessoas acabam descobrindo que perderam mais, irrevogavelmente, como indivíduos do que, transitoriamente, ganharam como membros da sociedade."

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. pp. 84 – 88.

José Carlos Vieira de Andrade assim retrata a dimensão dessa evolução:

Afirma-se, então, a primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos esses contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais e assim se define a possibilidade de realização jurídica dos direitos do homem, traçando o sentido da mudança – cujos marcos teóricos mais significativos viriam a ser as revoluções americana e francesa.

É assim que, na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, se lê que 'o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos' e que 'o fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis', resumindo-se estes na 'liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão'.

Verdades evidentes por si mesmas e princípios imortais que justificavam plenamente o direito dos povos de abolirem ou modificarem uma forma de governo que destruísse os direitos inalienáveis do homem, tal como é invocado (por Jefferson) na Declaração de Independência dos Estados Unidos.¹⁴

A estrutura jurídica que consolidou esse modelo teórico no qual a liberdade é considerada direito primordial e que limita toda a atuação do Estado e da sociedade foi o constitucionalismo.

De fato, o reconhecimento de certos direitos imanentes à condição humana, que exigiam do Estado e da sociedade não apenas o seu respeito, mas ainda estrutura conformada a defendê-los, determinou que se conferisse coercitividade, garantida por texto legal, a esses direitos. Vem daí a consolidação do texto constitucional enquanto retrato do Estado, estabelecendo os seus objetivos (entre eles a proteção a esses direitos) e delimitando a sua estrutura e forma de atuação. O exemplo mais claro desse modelo é a constituição norte-americana.

Cabe novamente o registro de Vieira de Andrade:

Por um lado, no seguimento da tradição inglesa, liga os direitos fundamentais, concebidos a partir dos quadros do jusracionalismo, à separação de poderes, na função comum que lhes cabe de instrumentos de limitação do poder absoluto (da soberania). Só que

¹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina. 2004. pp. 18-19.

nessa ligação vai já implícita uma diferença em relação aos limites tradicionais consubstanciados no respeito de uma certa estrutura política ou, mais tarde, da dignidade humana: não se trata agora apenas de declarar restrições teóricas ou de fazer apelos morais ao soberano, mas sim de 'assegurar a garantia' dos direitos fundamentais de forma tão efectiva (pressupõe-se) quanto o é a separação real dos poderes e das potências.

Por outro lado, essa limitação efectiva do poder alcança-se através da consagração constitucional dos direitos. Os direitos fundamentais tornam-se assim direitos constitucionais, reunindo, por força dessa sua dignidade formal, as condições para que lhes seja reconhecida relevância jurídica positiva com um valor superior ao da própria lei parlamentar.

De facto, o movimento constitucionalista, iniciado pouco antes nos Estados americanos e continuado desde então por toda a Europa e pelo Mundo, respeitou e realizou essa impositação do artigo 16º, de modo que não há praticamente constituições que não tenham dedicado um espaço aos direitos ou liberdades fundamentais.

(...)

Não se tratando aqui de averiguar se foi o pensamento francês ou o anglo-saxónico determinante no aparecimento dos direitos fundamentais constitucionais, importa apenas acentuar que, mais cedo ou mais tarde, o carácter constitucional dos direitos acabou sempre por gerar a necessidade de garantia jurídica efectiva deles perante todos os poderes públicos, incluindo o poder legislativo¹⁵

O que se verifica, enfim, de todo o movimento histórico acima sintetizado é a alteração substancial da estrutura do Estado, acompanhada, como não poderia deixar de ser, por também significativa mudança na estrutura jurídica que lhe dá conformação.

Jorge Miranda aponta os principais focos dessa evolução, que culminou no constitucionalismo e na consolidação do Estado de direito:

Em vez da tradição, o contrato social; em vez da soberania do príncipe, a soberania nacional e a lei como expressão da vontade geral; em vez do exercício do poder por um só ou seus delegados, o exercício por muitos, eleitos pela colectividade; em vez da razão do Estado, o Estado como executor de normas jurídicas; em vez de súbditos, cidadãos, e atribuição a todos os homens, apenas por serem homens, de direitos consagrados nas leis. E instrumentos técnico-jurídicos principais tornam-se, doravante, a constituição, o

¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 22.

princípio da legalidade, as declarações de direitos, a separação de poderes, a representação política¹⁶

Essa estrutura, que teve por gênese uma concepção liberal de Estado e uma teoria de direito que considera o direito individual como algo inerente ao ser humano, sobrevive até os dias atuais, muito embora, como seria natural, não tenha tido uma evolução tranquila.

4 – O Estado Social e a Liberdade

Com efeito, o modelo liberal de Estado se mostrou insatisfatório para responder às demandas de um grande contingente populacional que necessitava de medidas positivas vinculadas à prestação de auxílios que lhes garantissem condições dignas mínimas de sobrevivência. Essa preocupação dominou boa parte do século XX, culminando com o surgimento do chamado Estado social, voltado, como o nome indica, à consecução do bem-estar social.

Para além da evolução dos direitos fundamentais a partir dos anseios sociais de cada época e dos modelos de Estado (ou, melhor dizendo, de atuação estatal) criados para responder a essas necessidades¹⁷, importante para os fins do presente trabalho é destacar que o advento dessas novas formas não importou em abandono ou rejeição da proteção à liberdade e à autonomia da vontade enquanto institutos que conformaram o Estado e deram origem ao constitucionalismo.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 69.

¹⁷ Histórico preciso dessa evolução, acompanhado da evolução das estruturas econômica e organizacional do Estado e da sociedade pode ser encontrado em: LEITE FARIAS, Paulo José. *A dimensão econômica do meio ambiente: A riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro*. In: Senado Federal: Revista de Informação Legislativa. Brasília – ano 45 – nº 180 – outubro/dezembro 2008. pp. 115 e ss.

A incorporação desses novos direitos significou, sem dúvida, a adaptação do Estado às novas necessidades sociais, mas não trouxe como consequência o abandono das estruturas de proteção das liberdades já estratificadas.

Pode-se afirmar, aliás, em sentido oposto, que o avanço democrático observado ao longo dos séculos XIX e XX, que teve por resultado a inclusão no processo político e o reconhecimento como cidadãos de todos os indivíduos (em abrangência nunca imaginada entre os primeiros teóricos da liberdade), teve mesmo o efeito de legitimar, de forma mais contundente, a liberdade individual.

Ao tratar desse movimento, Vieira de Andrade observa que:

são as próprias liberdades que se alargam no seu âmbito ou se concretizam mais em função das novas necessidades. O direito à greve, a liberdade de escolha da profissão ou gênero de trabalho, a liberdade sindical como forma específica do direito de associação e, em certo sentido, o próprio direito ao trabalho – enquanto liberdade de exercício de profissão – exprimem (também) uma proteção da liberdade e da autonomia dos membros de certas camadas sociais, justamente daquelas que só agora, através da luta social, ascendem a uma integral cidadania – os homens trabalhadores, todos eles ou uma certa categoria de entre eles. Embora sejam por vezes incluídos na designação de direitos sociais, a par dos direitos a prestações, não pode esquecer-se que estamos aqui fundamentalmente perante verdadeiras liberdades – direitos de autonomia, de defesa contra a intromissão do poder – ainda que definidas por critérios predominantemente sociais, por isso mesmo normalmente denominadas liberdades sociais¹⁸

Por essa razão, pode-se considerar que o sentido de liberdade constitui-se em elemento central de formação tanto do Estado quanto do constitucionalismo enquanto estrutura jurídica que o legitima na conformação teórica moderna, na medida em que traduz o elemento central que permitiu o desenvolvimento dessa forma de organização: o reconhecimento da identidade individual e da possibilidade de autonomamente escolher-se a forma melhor de se buscar a felicidade¹⁹.

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 60.

¹⁹ Lê-se em Kant, citado por Jorge Miranda:

5 – O Direito Subjetivo

Como seria natural, em paralelo a todo o movimento histórico que modificou de forma profunda a organização do Estado, também ocorreram transformações na estrutura do direito.

Assim é que novamente a concepção individualista assume o protagonismo das transformações, trazendo para o centro do sistema jurídico o direito subjetivo. Michel Villey traz de forma sintética os principais elementos que possibilitaram a formação dos sistemas jurídicos em sua conformação moderna:

O mundo jurídico moderno concorda sobre certas teses, todas elas marcadas por um selo individualista:

- existência de 'direitos naturais' do indivíduo, fundamento do sistema de Hobbes, amorosamente acalentado por Locke, por Pufendorf, Thomasiaus, Wolff, até produzirem nossas solenes Declarações de Direitos do Homem;
- construção artificial do Estado pelo contrato social, no interesse, para a utilidade dos indivíduos;
- positivismo jurídico (no sentido originário da palavra) que é o corolário da tese do contrato social e do estado de natureza anárquico: pois, se o indivíduo é livre no estado de natureza e a natureza não regula as relações sociais, não pode haver outro direito senão aquele disposto pelo Estado (há bastante positivismo, atenuado pelo reconhecimento de uma camada superior de direito natural, até mesmo na escola de direito natural);
- enfim, o elemento primordial do sistema de direito (tanto positivo como natural) passa a ser a noção do direito subjetivo, de que a

"Ninguém pode me constranger a ser feliz à sua maneira (como ele concebe o bem-estar dos outros homens), mas a cada um é permitido buscar a sua felicidade pela via que lhe parece boa, contanto que não cause dano à liberdade de os outros aspirarem a um fim semelhante e que pode coexistir como a liberdade de cada um, segundo uma lei universal e possível".

KANT, Emanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa, 1988, p. 75. In: MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 69.

teoria do contrato constitui apenas um prolongamento; e também o seu sucesso acaba sendo universal.”²⁰

A liberdade individual que informou toda a mudança na estrutura do Estado encontra assim na autonomia da vontade o seu eco no âmbito do direito privado, resultado do conceito de direito subjetivo e que tem no atributo da disposição de direitos (que só podem ser exercidos no interesse exclusivo do respectivo titular) manifestação concreta tanto da ideia de direito individual quanto da de liberdade que o acompanha.

O direito subjetivo é entendido como o patrimônio jurídico de um indivíduo, e pode ser considerado tanto em relação à proteção de suas liberdades básicas quanto em relação ao exercício coercitivo de direito patrimonial, possessório ou mesmo de poder em relação a outros (como no caso do pátrio poder). A se destacar o fato de que a organização jurídica resultante da concepção individualista foi toda estruturada sobre o conceito de direito subjetivo.²¹

Além disso, e mais importante, a ideia de direito subjetivo trouxe duas consequências primordiais para a construção do direito moderno, que são a autonomia da vontade e a ideia de disposição do direito, enquanto manifestações do pressuposto de que o indivíduo é o titular dos direitos e das correspondentes obrigações.

De fato, o principal efeito (na teoria do direito) resultante da mudança de perspectiva anteriormente referida que centralizou no indivíduo o foco da concepção filosófica, reconhecendo em cada um existência digna de ser respeitada, foi a construção de um sistema jurídico no qual se reconhece a titularidade individual de direitos, ou seja, de direitos de que o seu titular tenha pleno gozo e disposição.

²⁰ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 177.

²¹ Sobre essa longa evolução, ver: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. a partir da página 616.

É nessa perspectiva que a proteção aos direitos subjetivos adquiriu destaque no grande movimento de codificação do direito.

O próprio movimento de positivação do direito e de sua codificação tem por pressuposto pragmático o fato de que a liberdade e o exercício da autonomia da vontade, para serem plenamente preservados, precisam de alta dose de segurança com relação tanto à sua proteção em sentido negativo quanto em sua coercibilidade em sentido positivo. Essa segurança somente é conseguida por meio de regras que estabeleçam de forma clara o espaço do permitido e do proibido, de modo a conferir a máxima previsibilidade sobre as consequências das ações individuais.

Ganhou especial relevo, assim, a ideia de uma organização jurídica capaz de cobrir de forma plena a ampla paisagem da vida social, estabelecendo, por meio de regras estruturadas de forma a prever definições tipificadas de conduta, os seus efeitos e consequências. Ao mesmo tempo, restringiu-se o espaço para a subjetividade na apreciação dos fatos, pois o modelo consistente em estruturas tipificadas de conduta e a previsão expressa de suas consequências reduzem a margem de interpretação do aplicador do direito, conferindo-lhe a missão de “apenas” adequar o fato acontecido à forma previamente tipificada.

Essa estrutura, como não poderia deixar de ser, também foi formulada sob o enorme impacto da crença iluminista na razão, e tinha por pressuposto fundamental conferir ao direito, enquanto modelo de regulação das relações sociais e de proteção da autonomia individual, racionalidade própria independente de qualquer valoração de ordem moral²².

²² “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer

Com efeito, essa racionalidade, embora embebida em elementos de convicção moral no momento de sua formação (considerado o momento adequado de sua avaliação), adquiria vida própria a partir do momento em que positivada, de modo que não cabia ao intérprete ou ao aplicador do direito tecer considerações sobre a justiça ou injustiça de sua aplicação em casos concretos.

No Brasil, o exemplo mais claro desse movimento foi o Código Civil de 1916.

com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas. (por exemplo, diante do céu rubro do pôr-do-sol, se eu digo: 'o céu é rubro', formulo um juízo de fato; se digo 'este céu rubro é belo', formulo um juízo de valor.)

A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade. O fato novo que assinala a ruptura do mundo moderno diante das épocas precedentes é exatamente representado pelo comportamento diverso que o homem assumiu perante a natureza: o cientista moderno renuncia a se pôr diante da realidade com uma atitude moralista ou metafísica, abandona a concepção teleológica (finalista) da natureza (segundo a qual a natureza deve ser compreendida como pré-ordenada por Deus a um certo fim) e aceita a realidade assim como é, procurando compreendê-la com base numa concepção puramente experimental (que nos seus primórdios é uma concepção mecanicista). A mesma atitude tornou-se própria também das ciências sociais (isto é, das ciências que estudam o comportamento humano): assim, por exemplo, o lingüista estuda as línguas assim como estas existem efetivamente na sociedade, sem a elas aplicar qualquer juízo de valor, sem se perguntar, por exemplo, se são perfeitas ou não, se são conformes ou não um modelo ideal de língua e assim por diante. Mesmo o historiador se esforça em ser objetivo, em reconstruir os fatos, despojando-se de suas paixões e de suas preferências políticas e ideológicas, de modo a explicar os eventos e não julgá-los (nesse sentido Croce dizia que 'a História não deve ser justiceira, mas justificadora').

Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal (como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito 'justo' ou 'verdadeiro' e direito 'injusto' ou 'aparente'. Assim, a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa.

Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito real também a sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação, que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser."

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia de direito*. Norberto Bobbio; compiladas por Nello Moura; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. pp. 135-136.

Cabe abrir um parêntesis para enquadrar o histórico jurídico brasileiro pertinente ao direito civil, que foge à realidade aqui retratada. Com efeito, embora o figurino constitucional brasileiro tenha seguido o modelo liberal que informou as constituições europeias e a Constituição norte-americana (tendência que é claramente exemplificada em nossa Constituição de 1824²³), o direito civil somente foi codificado no século XX, depois de passar o século XIX inteiro imune ao exemplo europeu de codificação. Até então vigiam em nosso ordenamento jurídico nessa área as ordenações filipinas, fruto ainda de um direito consuetudinário praticamente medieval²⁴.

²³ “Declarados independentes em 1822, nossa primeira experiência como nação livre e soberana se deu à luz do constitucionalismo clássico ou, se preferirmos, do constitucionalismo histórico, assim considerado o movimento de idéias construído em torno do célebre art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que assim dispunha: ‘Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não for assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição’.

Sob essa perspectiva, como salientava o erudito Orlando Bitar, o constitucionalismo se opunha, ideologicamente, ao absolutismo, razão por que ‘não era qualquer regime, não era, do ponto de vista material e neutro, qualquer sistema constitucional, mas, sim, um sistema político em que houvesse separação de poderes e em que houvesse também a asseguaração dos direitos individuais, portanto, um regime ou sistema político de liberdades. Quando, então - prossegue o autor de a Lei e a Constituição -, se exigia um regime constitucional, o que se queria era um regime liberal, e constitucionalismo não era dar uma Constituição qualquer, e sim uma Constituição liberal, fundada naqueles pressupostos clássicos.’

Esse, portanto, era o clima histórico e ideológico ou a ambiência em que viria à luz a nossa primeira Carta Política, a Constituição do Império do Brasil, oferecida e jurada’ por sua majestade, Dom Pedro I aos 25 de março de 1824, e em cujo art. 3º está dito, não por acaso, que ‘O seu Governo é Monárquico, Constitucional e Representativo’, vale dizer, comprometido com o respeito aos direitos e liberdades fundamentais, como as verdadeiras constituições daquela época.”

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 151.

²⁴ “A história do Direito Civil brasileiro ‘singulariza-se pela ininterrupta vigência, por mais de três séculos, das Ordenações Filipinas’.

A longevidade desse corpo legislativo, organizado para o Portugal do século XVII, impediu que o país se integrasse no movimento da renovação legislativa que empolgou as nações ocidentais do século XIX. E, assim, ao contrário do que sucedeu com os outros países ibero-americanos, o Brasil não codificou suas leis civis nesse século, passando diretamente do sistema das Ordenações Filipinas ao Código Civil de 1916.

(...)

As Ordenações Filipinas, publicadas em 1603, durante a dominação espanhola, e confirmadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, não foram uma compilação progressista. (...)

Diz o professor Braga da Cruz que nasceram já envelhecidas, como simples versão atualizada das Ordenações Manuelinas, constituindo, verdadeiramente, uma presença da idade média nos tempos modernos.”

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 3- 4.

Ironicamente, essa codificação tardia, como bem destacado por Orlando Gomes, não foi de todo má, já que caiu como uma luva no então incipiente processo de industrialização do Estado brasileiro²⁵.

Fechado o parêntesis, a idéia extrema de racionalidade que se retratava perdurou até o início do século XX, quando importantes acontecimentos, em especial a Segunda Guerra Mundial, levaram a repensar essa estrutura jurídica assim abstraída de valores.

6 – O Constitucionalismo e o Direito Privado

Cresceu em importância, nessa perspectiva, a influência do constitucionalismo. Embora já não houvesse nesse momento histórico qualquer dúvida em relação à posição de preponderância da Constituição sobre o ordenamento jurídico, passou-se a ampliar sobremaneira a aplicação

²⁵ “Verifica-se, em suma, na evolução legislativa do Direito privado brasileiro, aquele descompasso entre o Direito escrito e a realidade social, que assinalamos em outro ensaio. O Código Civil colocou-se, em conjunto, acima da realidade brasileira, incorporando idéias e aspirações da camada mais ilustrada da população. Distanciando-se dessa realidade, o seu papel seria, em pouco tempo, de grande significação na evolução cultural do país. Primeiramente, porque exerceu notável função educativa. O idealismo da elite tem sido, entre nós, como foi na elaboração do Código Civil, de irrecusável utilidade para o próprio desenvolvimento do país. Transplantando para um país subdesenvolvido, que vivia exclusivamente na dependência da exportação da produção agrícola, instituições e doutrinas oriundas de povos mais desenvolvidos, os elaboradores do Código Civil concorreram para o aperfeiçoamento do nosso direito privado, sem sacrificar a tradição pela novidade e sem cair no servilismo de outras codificações.

Essa influência do Direito escrito que se antecipa à realidade só se exerce, porém, quando a lei se coloca na perspectiva do desenvolvimento social, apresentando-se como uma aproximação da realidade futura. O Código Civil terá sido um passo avançado na evolução da sociedade brasileira, cujo desenvolvimento vertiginoso, depois da primeira guerra mundial, permitiu logo o alcançasse. Surge, com efeito, em inúmeros passos, como uma obra progressista dos nossos legisladores. Alguns anos depois de ter entrado em vigor, as condições objetivas do meio brasileiro, transformadas por força do rápido crescimento do país, criariam o clima próprio à sua frutificação. O pensamento que o inspirou condicionou-se necessariamente ao sistema social em cujas entranhas foi concebido, mas, por vezes, o superou, embora, de quando em quando, lhe oferecesse resistência sob o influxo moderador da tradição.”

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 45-46.

dos princípios constitucionais às mais variadas formas de relações jurídicas, inclusive de direito privado.

O que cabe verificar, no presente trabalho, é se essa nova e notável influência do constitucionalismo trouxe alguma interferência na concepção da autonomia da vontade enquanto elemento central do direito privado e manifestação do direito geral de liberdade inerente ao indivíduo. Para isso é preciso, até mesmo à guisa de contextualização, sintetizar as principais características do constitucionalismo moderno, também chamado de "neoconstitucionalismo".

Em primeiro lugar cabe destacar que à luz dos excessos nela cometidos, a Segunda Guerra Mundial trouxe nova perspectiva sobre a função da Constituição e dos princípios por ela protegidos no âmbito do Estado de direito, expressada na função de se garantirem os direitos básicos de participação e de liberdade das minorias (mesmo que em contraposição às vontades da maioria) e de se reconhecer no pluralismo realidade a ser protegida.

Esse reconhecimento importou ainda na consolidação da ideia original de que os direitos fundamentais são categoria de direitos que se sobrepõem à estrutura de poder.

Chega-se então a um modelo que exige, antes de tudo, uma corte constitucional capaz de garantir o respeito aos preceitos insculpidos no texto constitucional. Por óbvio, dada essa importante missão, as decisões da corte devem vincular todos os poderes do Estado. Dessa exigência resulta um dos elementos fundamentais do Estado baseado no modelo constitucional: o controle de constitucionalidade dos atos legislativos e executivos, ou seja, o escrutínio de adequação das leis e atos administrativos ao texto constitucional²⁶.

²⁶ A formação do constitucionalismo e o histórico das ideias que fundaram a necessidade de adequação dos atos administrativos e legislativos ao texto constitucional (por meio da

Por outro lado, o controle de constitucionalidade permite a adequação do texto constitucional às exigências e limitações materiais de concretização do texto constitucional, além de, de certa forma, permitir a atualização dos preceitos constitucionais a partir de novas interpretações.

Essa característica se revela possível em razão da estrutura das normas constitucionais, que, embora rígidas do ponto de vista da possibilidade de seu suprimento ou alteração, são abertas o suficiente para permitir interpretação capaz de permitir a sua adequação à realidade em constante mutação. A estrutura das normas constitucionais privilegia a sua leitura principiológica, condicionando a interpretação a seus elementos axiológicos.

Nessa perspectiva, o elemento hermenêutico adquire importância fundamental na atuação das cortes constitucionais (embora não só elas façam a interpretação do texto constitucional, são elas as legitimadas para decidir em última instância). Além disso, é da própria natureza dos direitos fundamentais a possibilidade de colisão entre os seus âmbitos ou esferas de proteção, de modo que a sua aplicação depende de um processo hermenêutico de ponderação para sua adequação ao caso concreto.

Este último mecanismo de aplicação das normas constitucionais representa uma alteração no modelo de subsunção clássico, segundo o qual os fatos eram ou não enquadrados na hipótese normativa. No modelo de ponderação, admite-se a incidência da norma em graus de aplicabilidade diferentes, de modo a melhor conformar a norma ao fato.

Todas essas características foram muito bem sintetizadas por Luis Prieto Sanchíz, ao estabelecer os cinco mandamentos do neoconstitucionalismo:

Pero seguramente la exigência de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo está impulsando una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos mas sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones

jurisdição constitucional) são muito bem descritos em: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. a partir da página 11.

o líneas de evolución: más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos minimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre si y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.²⁷

Nessa perspectiva, o constitucionalismo representa, como defende o mesmo autor, a evolução de um positivismo pautado na discricionariedade axiológica das escolhas normativas para um modelo, também positivista, no qual o aspecto material do direito igualmente assume importante relevo. Assim, o constitucionalismo, ao invés de romper com o positivismo, teria o condão de aproximá-lo da moral, na medida em que concretiza, em texto normativo, princípios de ordem axiológica.^{28 29}

Toda essa evolução tem por pano de fundo, como visto, a necessidade de aproximação do direito da moral, ou ao menos dos pressupostos principiológicos estabelecidos no texto constitucional e que fundamentam o Estado. O Estado passa a ser cada vez mais conforme o direito, que tanto o legitima quanto confere os limites de sua atuação.

É nesse contexto, então, que se dá a influência, cada vez mais concreta, do direito constitucional sobre os outros ramos do direito, e, no que

²⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo e Ponderación judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madris: Editorial Trotta, 2005, pp. 131-132.

Em tradução livre:

"Mas seguramente a exigência de renovação é mais profunda, de modo que o constitucionalismo está impulsionando uma nova teoria do direito, cujos traços mais relevantes podem ser resumidos nas seguintes cinco epígrafes, expressão de outras tantas orientações ou linhas de evolução: mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em vez de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, as vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coherentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas".

²⁸ Ibid., pp. 157-158.

²⁹ Para uma crítica à aplicação desse modelo na interpretação da Constituição Brasileira de 1988 ver:

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

nos interessa, no direito privado³⁰, cuja fundação repousa no respeito ao primado da autonomia da vontade.

Pietro Perlingieri é claro ao definir essa influência:

Não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte de disciplina de uma relação jurídica de direito civil. Esta é a única solução possível, se se reconhece a preeminência das normas constitucionais – e dos valores por elas expressos – em um ordenamento unitário, caracterizado por tais conteúdos.

Seria fácil extrair da análise de significativas orientações da doutrina e dos Tribunais uma confirmação da conclusão alcançada. Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora (e todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.³¹

O autor prossegue destacando as suas vantagens:

Para o civilista apresenta-se um amplo e sugestivo programa de investigação que se proponha à atuação de objetivos qualificados: individuar um sistema de direito civil mais harmonizado aos princípios fundamentais e, em especial, às necessidades existenciais da pessoa; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos e, principalmente, daqueles civilísticos, evidenciando os seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de

³⁰ Há discussão doutrinária com relação a ser essa eficácia direta ou indireta (ver INGO Sarlet, ob. cit., pp. 22 e segs), ou seja, se os direitos fundamentais interfeririam de forma direta nas relações privadas ou seriam apenas elementos que orientariam a interpretação das normas próprias de direito privado. Essa discussão, entretanto, não é importante para os objetivos do presente trabalho, para os quais importa apenas a vinculação do direito privado aos direitos fundamentais (na medida que será trabalhada no texto) e a possibilidade de oposição de direitos e garantias fundamentais a entidades privadas.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 11-12.

um renovado juízo de valor (*giudizio de meritevolezza*); verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais (da situação subjetiva à relação jurídica, da capacidade de exercício à legitimação, etc.), em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria da interpretação.³²

Entre nós, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo essa possibilidade. É exemplo dessa influência, em precedente que pode ser tido como *leading case*³³, decisão na qual se reconheceu a impossibilidade de se forçar a realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade, por ferir o direito à integridade física do investigado. Confira-se a ementa do julgado:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a não mais poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame de DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos. (HC 71.373/RS, Relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 22.11.1996).

Também em precedente recente foi reconhecida a impossibilidade de exclusão de sócio por meios que não lhe possibilitassem defesa, em aplicação do princípio do devido processo legal para sociedade privada. Cabe trazer a ementa do julgado:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à

³² *Ibid.*, pp. 11-12.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 30.

proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 27.10.2006).

Essa vinculação permite extrair duas importantes consequências para o presente trabalho: (i) a leitura *a priori* de que os atos e negócios jurídicos realizados no âmbito do direito privado são protegidos de forma absoluta pela autonomia da vontade e nessa medida são invioláveis por conceituações externas à esfera do direito privado não mais se sustenta, cabendo ao intérprete e ao aplicador do direito verificar as reais condições de realização do negócio, de modo a equilibrar as forças entre as partes; e (ii) a disposição de

direito individual, enquanto dimensão do direito fundamental à liberdade, pode ser oposta a pessoas jurídicas de direito privado ou público que não se confundam com o Estado e que venham a neles interferir.

Com relação à primeira consequência, são vários os exemplos que retratam essa realidade, consistentes em cada vez mais se interpretar a questão jurídica em disputa a partir de elementos externos que denotem as condições reais das partes, o seu grau de informação e a sua autonomia negocial. Essa perspectiva busca afastar o pressuposto muitas vezes equivocado de que os negócios jurídicos representam o real interesse das partes. A professora Judith Martins-Costa assim registra os elementos que determinaram essa mudança de perspectiva:

(...) mudou a qualidade das liberdades, mudou a própria idéia que delas temos: já não basta a liberdade formal, porque meramente fictícia para uma imensa quantidade de pessoas.

De fato, até mesmo as grandes liberdades clássicas que os Direitos Fundamentais tradicionalmente visam a tutelar – as liberdades de residência ou de associação, por exemplo – podem ser, hoje, muito mais ameaçadas por um poder econômico, sem face, disfarçado, muitas vezes, no que se chama 'desmaterialização'. Pergunta-se até que ponto pode o titular de um maior poderio econômico limitar, por contrato, a liberdade da contraparte. Outros poderes sociais, tão fortes quanto o econômico, e, no mais das vezes associados a ele – como o poder de informação, o poder da tecnologia ou da biomedicina – ameaçam cotidianamente as liberdades ou bens pessoais, como vida privada, a intimidade, a imagem, ou o conhecimento sobre os nossos próprios dados genéticos. Tudo isso leva a compreender, em suma, que 'os direitos humanos apenas podem desenvolver o seu pleno vigor quando são garantidos mediante normas de direito positivo'.

Emitir essas 'normas de direito positivo' constitui tarefa do Estado-legislador (por meio da legislação infraconstitucional), do Estado-administrador (por meio da atividade normativa secundária e pela proposição e implementação de políticas públicas) e do Estado-juiz (pela concretização das cláusulas gerais da legislação infraconstitucional e pela concretização das próprias normas constitucionais). E essa emissão normativa ocorre, privilegiadamente, no campo dos Direitos da Personalidade – uma categoria que veio revelar o núcleo da dimensão existencial do Direito Civil – os quais são desenvolvidos e concretizados à vista do que é o 'valor-fonte' do ordenamento, a pessoa humana, cuja dignidade vem reconhecida em sede constitucional.

Quem é, porém, essa 'pessoa humana'? Aqui está o nó a ser desatado. Por certo, já não se trata do descarnado 'sujeito de direito',

o sempre-igual titular de capacidade (para fazer funcionar a ordem) jurídica. Buscam-se pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu 'modo de ser' peculiar. Um novo capítulo – dos Direitos da Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, fazendo a 'ponte entre o público e o privado'. E um novo princípio passa a habitar, implícita ou explicitamente, o universo constitucional: o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.³⁴

A consolidação dessa perspectiva no direito brasileiro se deu com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que estabeleceu diversas cláusulas gerais e abertas de interpretação, afetando ao aplicador do direito a atribuição de, no caso concreto, adequar a norma à realidade das expectativas negociais.³⁵

Em uma análise mais acurada, pode-se mesmo concluir que todo o sistema de direito do consumidor é baseado nessas premissas, tendo em vista que assume como pressuposto que em dados cenários e para certas relações jurídicas há uma parte em desvantagem no momento de concretização do

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 83 - 84.

³⁵ Cabem novamente as lições de Judith Martins-Costa:

"Esgotada a tendência da 'descodificação' que marcou as últimas décadas do século XX, passamos a assistir a uma espécie de recodificação que não segue, todavia, modelagem unívoca. Algumas vezes, opta-se por realizar uma espécie de 'codificação por partes', ou por matérias do vasto campo privado; por outras, os códigos são inteiramente refeitos, como se verificou com o código civil de Quebec e com o novo Código Civil brasileiro. A despeito de suas particularidades, o certo é que os códigos civis elaborados da segunda metade do século XX em diante já não têm a pretensão de plenitude legislativa, são mais modestos em relação aos seus congêneres oitocentistas: a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos 'regulativa' e mais 'ordenatória', no sentido de 'por ordem', ordenar as relações interprivadas segundo certas técnicas e certos valores em regra postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais na Constituição.

Frente a esses exemplos da Recodificação, poder-se-ia pensar que, numa atitude fundamentalmente moderna, aceitou-se, enfim, equacionar, racionalmente, o antigo desafio: como normatizar, de modo abstrato e geral, as plurais relações intersubjetivas na vida da cives, tornando concretos os direitos – e, muito especialmente, aqueles que são qualificados como 'fundamentais'? Como ordená-las segundo padrões de uma substantiva racionalidade, que leve em conta as concretas características das situações jurídicas intersubjetivas a serem ordenadas?

O desafio de normatizar as plurais relações intersubjetivas na vida da cives, com base na concreção, perpassa todo o novo Código Civil, seja através de sua linguagem, seja em razão das soluções metodológicas que adota, viabilizadoras de uma intertextualidade com outros corpi normativos. A concepção de modelos jurídicos, de Reale, conduz, no plano operativo, ao estabelecimento de ligações intrasistemáticas com os direitos fundamentais. É uma concepção radicalmente diversa da que orientou o Código de 1916, embasado no positivismo compreendido ao modo das Ciências Naturais." - *Ibid.*, p. 89.

negócio, e suas normas buscam equilibrar as condições para que, a partir da correta informação sobre o objeto do negócio, este represente de forma mais fidedigna a vontade das partes.

Os autores modernos são enfáticos no revelar essa mudança de foco da legislação civil, consistente em sua despatrimonialização e na incorporação do conceito de dignidade humana no centro da legislação. Os direitos da personalidade seriam um exemplo claro dessa posição³⁶.

Para o que nos interessa, cabe investigar em que medida essa nova conformação (ou forma de interpretação) do direito civil afeta os pressupostos do exercício da autonomia da vontade enquanto manifestação central do conceito de direito subjetivo reconhecido a cada indivíduo.

Isso porque, para alguns³⁷, essa nova realidade pode ser vista como trazendo o enfraquecimento da autonomia da vontade, ou, dito de outra forma,

³⁶ Nesse sentido:

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010. pp. 37 e ss.

FACHIN, Luiz Edson, RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010. pp. 97 e ss.

O seguinte trecho bem resume a posição dessa corrente:

"Dessa forma, o direito civil constitucionalizado impõe a releitura dos institutos de direito civil à luz dos valores constitucionais, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, o que traz como consequência a posição da pessoa humana no centro da disciplina civilista, mesmo quando se tiver diante de situações tradicionalmente centradas no patrimônio. Assim, a chamada despatrimonialização do direito privado é corolário do direito civil-constitucional.

A repersonalização do direito civil, sem nenhum compromisso com o liberalismo econômico ou qualquer retorno ao indivíduo metafísico, trata de repor o indivíduo e os seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*, não apenas como ator que privilegiadamente aí intervém, mas, sobretudo, como móbil que especialmente explica a característica técnica desta regulamentação. Dessa forma, 'a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário'.

Passa-se, assim, do indivíduo à pessoa humana. Do individualismo ao personalismo. Do sujeito abstrato, ao sujeito concreto. Isto significa que a ordem jurídica como um todo se volta à tutela da pessoa humana que toma o lugar do indivíduo neutro, tal como aparece na codificação. Importa, assim, a proteção da pessoa humana dentro das relações que participa, sem que seja reduzida a mero elemento, titular de direitos e deveres, mas, também, como ponto referencial de tutela".

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. pp. 12-13.

³⁷ Nesse sentido, por exemplo, a interpretação de Luís Roberto Barroso:

como a aplicação de critérios de justiça que superariam as injustiças “naturais” ao liberalismo.

Investigação mais aprofundada do fenômeno mostra, contudo, que não é disso que se trata.

Em realidade, essa forma de interpretar os negócios jurídicos representa o fortalecimento da autonomia da vontade, na medida em que se busca conferir proteção adequada à intenção dos contratantes, relativizando a forma em atenção à adequação do negócio jurídico às condições de cognição prévia das partes e às expectativas legítimas de cada uma em relação aos seus fins.

O que se afasta, assim, não é exatamente a autonomia da vontade, mas sim a ficção anteriormente vigente de que todo negócio jurídico celebrado entre particulares representava a vontade dos contratantes em cognição e avaliação prévias e exaurientes sobre os seus efeitos e resultados³⁸.

Por outro lado, a leitura no sentido de que a nova concepção do direito civil está voltada ao âmbito da pessoa humana em detrimento do patrimônio, ou seja, de que privilegia o ‘ser’ em detrimento do ‘ter’, devidamente ponderada, apenas leva o direito civil ao encontro da acepção moderna mais ampla dos direitos fundamentais, afastando a visão restritiva (esta sim, datada

“O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propriedade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da autonomia da vontade. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do dirigismo contratual, que consolida a publicização do direito privado.”

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 367.

³⁸ É de ressaltar que, mesmo nesse ponto, o sistema já era dotado de meios que possibilitavam a adequação do negócio jurídico, como é o caso do artigo 85 do Código Civil de 1916, a estabelecer que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”.

e rejeitada) de que a titularidade de direitos alcançaria apenas os detentores de patrimônio.

Essa realidade é bem percebida por Daniel Sarmento, quando observa que

para que a autonomia privada no campo das relações econômicas não se converta numa mera liberalidade de fachada, cumpre sempre atentar para a existência ou não, em cada caso, das condições de liberdade que assegurem o seu efetivo exercício, sobretudo quando se tratar de relação jurídica caracterizada pela desigualdade material entre as partes. Em outras palavras, a questão da liberdade positiva, desenvolvida no item precedente, não é estranha ao conceito de autonomia privada, que não pode ser vista como simples ausência de constrangimentos externos sobre o comportamento do agente. É isto que justifica, do ponto de vista da ética jurídica, a proteção do consumidor que tenha pactuado contrato com fornecedor de bens ou serviços contendo cláusulas abusivas, ou do trabalhador que tenha celebrado com seu empregador contrato de trabalho abrindo mão de direitos relevantes. É sabido que em situações como estas, a liberdade de escolha da parte mais fraca praticamente desaparece. Como diz a célebre frase de Lacordaire, 'entre o fraco e o forte, é a lei que liberta e a liberdade que escraviza'.³⁹

Por isso, enfatiza o autor que:

quando o direito positivo intervém nessas relações materialmente desiguais, ditando normas de ordem pública em proveito da parte hipossuficiente, ele não está, a rigor, desconsiderando a sua autonomia privada como agente moral. E não se trata de paternalismo, ao contrário do que os críticos à direita insistem em apregoar, mas de proteção da própria liberdade, cuja interpretação tem de se articular com o valor igualdade, numa ordem jurídica que se preocupa igualmente com ambos.⁴⁰

Muito embora se argumente que essa interpretação personalista tem o condão de restringir qualitativamente o espaço de autonomia da vontade pelo respeito à dignidade da pessoa humana⁴¹, em realidade essa restrição não significa, por si só, limitação à autonomia da vontade. Isso somente se dá se se interpretar o conceito de autonomia da vontade como a irrestrita liberdade do indivíduo na condução de sua vida privada, sem qualquer conexão com os

³⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 158-159.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 158-159.

⁴¹ Nesse sentido: MEIRELES, Rose Melo Venceslau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 85

efeitos de sua atividade sobre a realidade em volta, o que não ocorreu em nenhum momento da história. Com efeito, o conceito sempre teve por base a idéia de liberdade no espaço não regulado da vida privada. Dessa forma, não se verifica, em nenhuma medida, a suposta restrição à autonomia em virtude do respeito à dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tal respeito em realidade é fruto do respeito ao princípio que, para ampla doutrina, serve de guia hermenêutico de todo o ordenamento jurídico.

Pode-se concluir, daí, que essa nova concepção do direito civil não tem por resultado qualquer interferência reducionista, quer no conceito de autonomia da vontade quer no de direito subjetivo que lhe dá conformação. Pelo contrário, o que faz essa nova concepção é aumentar o universo (*rectius*, ponderar a natureza, a extensão e o regime de exercício) de titulares de direitos.

Guardemos essas considerações para o momento de voltar o foco dessa conclusão para o objetivo do presente trabalho, que é investigar a presença de violação a direito fundamental de liberdade, consistente na faculdade de autonomamente dispor de direitos individuais, nas situações e processos de satisfação de direito disponível por terceiro, agindo em nome próprio.

Antes disso, porém, cabe tratar da forma como a consolidação do conceito de direito subjetivo e de disposição de direitos conformou o direito à ação e deu significativa orientação à teoria da ação civil.

CAPÍTULO II - DO DIREITO SUBJETIVO À AÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ELEMENTOS DOGMÁTICOS QUE FUNDAMENTAM A AÇÃO CIVIL

O presente capítulo tem por objetivo, após a demonstração da importância seminal da idéia de direito subjetivo para a consolidação tanto do direito privado quanto dos direitos fundamentais, destacar também a sua importância para a consolidação processual da ação civil, fundada nos conceitos do próprio direito subjetivo, da pretensão jurídica e da ação.

Estabelecidos os parâmetros da ação civil a partir do conceito de direito subjetivo, far-se-á breve incursão na dogmática, destacando sua função instrumental de elemento de decidibilidade, a fim de precisar a consolidação e a importância dos conceitos aqui apresentados.

1 – Direito Subjetivo, Pretensão, Ação

Para tanto, cabe antes delimitar o objeto de que se tratará. O mundo jurídico é formado a partir da valoração de fatos ocorridos no mundo social (ou real), e se opera a partir dos efeitos ou consequências que lhes são atribuídos⁴². Nessa perspectiva, a interpretação de determinado instituto

⁴² Pontes de Miranda assim define essa relação:

“Todo fato é, pois, mudança no mundo. O mundo compõe-se de fatos, em que novos fatos se dão. O mundo jurídico compõe-se de fatos jurídicos. Os fatos, que se passam no mundo jurídico, passam-se no mundo; portanto: são. O mundo não mais do que o total dos fatos e, se excluíssemos os fatos jurídicos, que tecem, de si-mesmos, o mundo jurídico, o mundo não seria a totalidade dos fatos. Para uso nosso, fazemos modelos de fatos, inclusive de fatos jurídicos, para que o quadro jurídico descreva o mundo jurídico, engastando-o no mundo total.

jurídico ou prática jurídica deve ter por base o elemento fático que lhe serve de substrato⁴³.

Nessa linha, é já lugar comum na teoria do direito a ideia de que para cada direito há um determinado suporte fático, que atrai a incidência da regra jurídica e vincula a sua interpretação. Pontes de Miranda⁴⁴ dá os contornos dessa relação:

A regra jurídica é sempre uma proposição, escrita ou não escrita, em que se diz: 'Se ocorrem a, b e c (ou se ocorrem b e c, ou se ocorrem a e b, ou se ocorre a, ou se ocorre b), acontece d. A esses elementos chama-se elementos fáticos. Se, todos estão juntos, ou se aparece o único que se exigia, o todo fático é como que carimbado pela regra jurídica. A esse todo deu-se o nome de suporte fático, *Tatbestand*, e rejubilemo-nos por hoje vermos empregada a expressão, com certa freqüência, em trabalhos forenses e em decisões dos tribunais.

Nem todos os fatos do mundo fático (o nascimento, a morte, a manifestação de vontade, a ofensa) entram no mundo jurídico; nem entra só o fato simples: daí chamar-se 'suporte fático' o que contém um fato único (e.g., morte), ou o que contém dois ou mais fatos (morte por outrem; manifestação de vontade mais forma especial).

Enquanto não se compõe o suporte fático, de modo que a regra jurídica incida, os elementos a, b e c continuam no mundo fático. Só a incidência da regra jurídica é que determina a entrada do suporte fático (sf) no mundo jurídico. Precisamente, do suporte fático, não de cada elemento.

É somente calcado em algum suporte fático, portanto, que surge o direito subjetivo, relação em que estão estabelecidas as obrigações das partes. Do conceito, cabe destacar que se trata de relação jurídica.

Daí os primeiros enunciados: (a) O mundo jurídico está no conjunto a que se chama mundo. (b) O mundo concorre com fatos para que se construa o mundo jurídico; porém êsse seleciona e estabelece a causação jurídica, não necessariamente correspondente à causação dos fatos. (c) a juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (= para que entrem no mundo jurídico)."

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 1. pp. 5-6.

⁴³ Novamente Pontes de Miranda:

"As relações jurídicas, os direitos subjetivos, os deveres, as qualidades jurídicas das pessoas e das coisas não se passam no mundo das percepções visuais e auditivas, gustativas e tácteis; passam-se, são, no mundo do pensamento, que é parte do mundo total, razão porque se colam a fatos do mundo perceptível e podemos provar, depois, terem-se colado: tôda prova de direito é prova de fatos que antecederam a ela, fatos sobre os quais a regra jurídica incidiu, e da regra jurídica, escrita ou não-escrita, como fato."

MIRANDA, op. cit., p. 7.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas, SP: Bookseller, 1998. pp. 21-22.

Enquanto relação jurídica, porém, o direito subjetivo pode não ser exigível, como, por exemplo, quando condicionado a eventos futuros. Quando se torna exigível, o direito subjetivo adquire o caráter de pretensão, que significa justamente o direito subjetivo acrescido da exigibilidade imediata⁴⁵.

A pretensão não necessariamente significa a ação judicial. Em realidade, a exigibilidade do cumprimento da obrigação pela parte devedora na relação jurídica apenas significa que não há mais condicionantes para o exercício do direito subjetivo.

A ação, assim, significa a pretensão levada ao conhecimento do Estado, para que este, por meio da jurisdição, declare ou comande a realização da pretensão. Ovídio Baptista da Silva encontra nesse chamamento do Estado outra pretensão, que denomina pretensão subjetiva processual, em oposição à pretensão subjetiva material, que seria aquela vinculada ao direito subjetivo material propriamente dito. A sua existência decorre do monopólio do exercício da jurisdição por parte do Estado. Todos esses conceitos, sobre os quais não há controvérsia, são muito bem sintetizados por Ovídio Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes:

Podemos identificar facilmente, no plano do direito material, a ocorrência dos seguintes fenômenos:

a) o direito subjetivo: que corresponde a uma situação favorável na qual se encontra determinada pessoa em relação a outra, por força da incidência do direito objetivo sobre relação entre elas mantida. Importa que se destaque o estado absolutamente inerte do direito subjetivo: o credor de uma importância, representada por uma nota promissória cujo prazo esteja por vencer, é titular do direito de crédito, embora não possa ainda exigir do devedor o respectivo

⁴⁵ "Que é que contém as pretensões? As pretensões contém exigibilidade, de pessoa a pessoa, ou pelo ato administrativo, ou pela ação. Se ainda é exigível a prestação, ou a satisfação do direito, sem já se ter ação, ainda há pretensão; se não se pode exigir a satisfação, ou a prestação, mas há a ação, há pretensão: porque, se bem que possam ser separadas as exigibilidades, elas compõem a pretensão e, enquanto há uma, há pretensão. Não há exigibilidade sem pretensão.

Há direitos sem pretensão porque há direitos que não podem ser exigidos. Há direito só sem ação porque há direitos que só podem ser exigidos fora da ação. Há direitos que somente podem ser exigidos pela ação: a pretensão deles e, pois, eles mesmos, em sua eficácia, foram canalizados."

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. p. 61.

pagamento. A impedir a cobrança existe o direito do devedor ao pagamento no prazo ajustado;

b) a pretensão: usando-se do exemplo antes mencionado, não haverá qualquer dificuldade em se vislumbrar a modificação que se operará quando do termo final do prazo previsto: o credor poderá exigir do devedor o cumprimento da obrigação. Esta posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa denomina-se, segundo a lição de Pontes, pretensão. A partir da data do vencimento, ou do advento do termo final, poderá então o credor, sem agir contra o direito, premir o devedor no sentido de que o mesmo cumpra a prestação; poderá, por exemplo, telefonar-lhe ou enviar-lhe correspondência cobrando. A satisfação da pretensão exercida pelo titular dependerá, no exemplo acima mencionado, de ato de vontade do devedor;

c) a ação: ainda tendo em vista a mesma hipótese, pergunta-se: e se o devedor, mesmo premido, não cumpre a obrigação? Fácil perceber-se, neste caso, a necessidade da deflagração de um terceiro fenômeno, sob pena de restar frustrado o direito de crédito. Inexistente o monopólio da jurisdição e a proibição da justiça de mão própria, o credor poderia agir diretamente contra o devedor, executando-lhe privadamente bens suficientes para a satisfação do seu crédito – estaríamos, assim, frente à chamada ação de direito material.

(...)

No plano processual os fenômenos repetem-se e podem ser visualizados da seguinte forma:

a) o direito público subjetivo, do qual é titular todo e qualquer cidadão frente ao Estado. Em decorrência da proibição de autotutela, ou do pressuposto de sua vedação, o Estado tornou-se devedor da jurisdição;

b) a pretensão processual, que é ainda o estado de que o direito se reveste a partir do momento em que se torna exigível. Com uma divergência sem maior relevância quanto à clássica visualização do fenômeno, entendemos ínsita na pretensão a exteriorização do ato de pretender (o requerimento de documentos ou certidões a órgãos públicos com o declarado objetivo de propor uma ação popular, consoante dispõe o § 4º do art. 1º da Lei 4.717/65). Por isso, vislumbramos a pretensão, no plano processual, como encaminhamento que deflagrará a ação, ou seja, o estágio intermediário entre o direito subjetivo, enquanto estado inerte, e o efetivo exercício do mesmo perante o Estado;

c) a ação, que corresponde ao agir, à atitude tomada perante o Estado por aquele que antes pretendeu, mas agora se torna autor, justamente por haver agido. Como já dissemos, a ação não se confunde com o direito, mas se identifica com o exercício do mesmo. Não haverá dificuldade de se vislumbrar, portanto, que pode haver

direito subjetivo desprovido de pretensão, e que esta não pode ser confundida com a ação.⁴⁶

A orientar toda essa estrutura estabelece o art. 6º do Código de Processo Civil que "*ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei*". Essa é a teoria geral, que tem por base a ideia de direito subjetivo apresentada no capítulo anterior, e, consolidando essa ideia, estabelece que o direito subjetivo individual somente pode ser exercido por seu titular.

2 – A Ação Coletiva, seu elemento legitimador e a inversão dogmática

Não se pode negar que a sociedade moderna, por diversos fatores, tem por característica a padronização de relações de que venha a fazer parte grande número de pessoas. Essa tendência é comum nas mais diversas áreas, tais como diversão e entretenimento, arte e cultura, lazer e negócios. É a essas relações padronizadas que se dá o nome de relações de massa, significando, grosso modo, a ausência de relação individualizada na condução da atividade.

Como não poderia deixar de ser, essas atividades trazem consequências jurídicas, gerando direitos e obrigações para as partes envolvidas. Essas consequências atingem cada um dos relacionados, individualmente, ocasionando o fenômeno que se classificou, no Brasil, de direito individual homogêneo, identificado como aquele que tem por característica principal - apesar de envolver direitos individuais e disponíveis -

⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da ; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 132-134.

o fato de ser decorrente de relação jurídica idêntica à de diversas outras partes.

Essa é a situação de fato que, conforme a maior parte da doutrina, serve de suporte à tutela coletiva de direitos individuais disponíveis. Hermes Zaneti Jr. registra, a propósito, que:

a importância dos direitos coletivos lato sensu, difusos, coletivos strictu sensu e individuais homogêneos é justamente estarem a meio caminho entre o direito material e o direito processual, possibilitando a tutela em juízo de pretensões que surgem no quadro das sociedades complexas contemporâneas, em face da proteção de um sem número de pessoas de lesões de massa e da prevenção de litígios de massa. Por outro lado, em específico, uma categoria como a dos direitos individuais homogêneos (DIH) visa tornar justamente judicializáveis pretensões e conflitos de massa que ficariam fora dos tribunais por ausência de capacidade organizativa ou interesse econômico dos indivíduos lesados, tornando lucrativa a lesão e permitindo o enriquecimento ilícito de grandes empresas. Assim, pode-se imaginar esta categoria como uma forma de redução da litigiosidade contida e, ao mesmo tempo, garantia da efetividade e eficácia do ordenamento jurídico com a repressão dos ilícitos de massa⁴⁷.

Em igual sentido, Teori Albino Zavascki esclarece que

os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem

⁴⁷ ZANETI JR., Hermes. Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo. In: *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 146-147.

um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo".⁴⁸

Todo o arcabouço dessa conceituação será devidamente explorado no capítulo seguinte. Para o momento, é suficiente essa breve definição para demonstrar, a partir dessa construção, o momento exato em que se verifica a legitimação para a ação coletiva.

Desse modo, deve-se destacar, em primeiro lugar, que o direito subjetivo, gerado a partir da relação havida entre as partes, embora semelhante ao de diversas outras partes, diz respeito apenas àquela relação específica. Não há elemento de vinculação obrigacional entre os diversos sujeitos de direito, mas sim uma multiplicidade de relações idênticas, formadas a partir de um núcleo igual, mas (e aqui é importante o destaque) não vinculadas de qualquer modo.

A partir do momento em que se mostra exigível o cumprimento da relação que dá origem ao direito subjetivo, surge a pretensão. Pelas mesmas razões já expostas, aqui também não se encontra elemento que vincule as diversas pretensões, mas antes o que se verifica é a multiplicidade de pretensões decorrentes de direitos subjetivos gerados a partir de relações idênticas.

É no momento da ação judicial, portanto, que se revela a possibilidade do exercício de tutela por meio coletivo. Essa possibilidade é justificada, em parte, pela identidade entre as relações jurídicas, a evidenciar a desnecessidade de mobilização do Estado (por intermédio de sua estrutura jurisdicional) diversas vezes para analisar uma situação jurídica igual, e, em parte, pelo "interesse social" que essas relações jurídicas de massa despertariam.

É no exercício da pretensão de direito subjetivo processual, conforme a classificação de Ovídio Baptista da Silva, que se revela, então, a possibilidade

⁴⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. pp. 42-43.

de atuação de terceiro, expressamente legitimado por lei, para defender o direito subjetivo dos diversos titulares das pretensões individuais⁴⁹. Essas pretensões, não é demais destacar, são vinculadas a relações jurídicas estabelecidas entre o seu titular e o obrigado, de modo que o terceiro legitimado atua aqui na condição de substituto para a persecução de realização da pretensão na via da ação judicial.

Ao se permitir, contudo, que a exceção legitimada para a persecução judicial das pretensões individuais venha a se satisfazer a partir dessa legitimação, ocorre o fenômeno da inversão dogmática do objeto da ação civil: **retira-se a natureza de busca de satisfação entre as partes, na melhor forma possível de composição das pretensões opostas, para em seu lugar estabelecer algo que mais se aproxima da natureza de sanção, na medida em que a realização das pretensões por seus titulares se mostra menos importante do que a condenação do coobrigado comum**⁵⁰.

Com efeito, o procedimento de realizar a execução adquire caráter prioritário, em detrimento da satisfação do direito pelo seu titular. Essa realidade foi constatada com precisão em alguns momentos do julgamento em

⁴⁹ Teori Albino Zavascki, embora usando terminologia diferente, é preciso ao identificar esse momento:

"Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos, que trouxe a consequência, a toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual."

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 40.

⁵⁰ Essa inversão está clara no seguinte trecho de Ada Pellegrini Grinover:

"1 – o estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker, anteciparam o congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis em relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e **capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos**, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo." (grifo nosso).

GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In *A marcha do processo*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, pp. 17-23. *apud*: WATANABE, Kazuo. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001. pp. 724-725.

que o STF estabeleceu a possibilidade de execução coletiva de direitos individuais homogêneos⁵¹.

Como vimos, a construção dogmática da ação civil tem por base a satisfação do direito pelo seu titular, não sendo admitidas hipóteses em que terceiro o faça sem a devida autorização legal, ou do próprio titular, em exercício do seu direito de disposição.

3 – Conceito e função da dogmática jurídica

Para se aferir, então, o grau de relevância da referida mudança de sentido, deve-se ter em mente o conceito e a importância da dogmática jurídica.

Embora represente um difícil desafio traçar contornos precisos para a definição de dogmática (e reconhecendo-se que, por se tratar de conceito abstrato, uma definição rígida carrega o risco de empobrecer o seu universo conceitual), há razoável consenso em que a sua noção está vinculada a uma série de princípios ou enunciados que têm por objeto a interpretação e a sistematização do conjunto de regras do sistema jurídico. Esse o sentido da definição apresentada por Miguel Reale:

(...) Para nós, a Dogmática Jurídica não é outro nome da Ciência do Direito, nem tampouco se reduz a um simples processo artístico. No

⁵¹ Veja-se trecho da discussão travada entre os Ministros Nelson Jobim e Joaquim Barbosa:
“O senhor Ministro Nelson Jobim – Eu pediria a Vossa Excelência que respondesse item por item as objeções levantadas. Eu disse, inclusive, que há objeções relevantes que têm de ser examinadas pela Corte Constitucional.
O senhor Ministro Joaquim Barbosa – Essas objeções são de ordem processual, e não me impressiono com objeções de ordem processual.
O senhor Ministro Nelson Jobim – De ordem material. **Vossa Excelência então estaria admitindo a substituição no direito material, não no processual.** Onde está a expropriação que a Constituição tenha causado ao direito do trabalhador?” (grifo nosso. Acórdão proferido no julgamento do RE 210.029 – RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 17/08/2007).

nosso modo de entender a Dogmática Jurídica corresponde ao momento culminante de aplicação da Ciência do Direito, quando o jurista se eleva ao plano teórico dos princípios e conceitos gerais indispensáveis à interpretação, construção e sistematização dos preceitos e institutos de que se compõe o ordenamento jurídico. Como veremos, ao tratar da Teoria Geral do Direito, quando esta determina as estruturas lógicas da experiência jurídica, no âmbito e em função das exigências normativas constantes do ordenamento, toma o nome de Dogmática Jurídica.⁵²

A dogmática não se confunde, assim, com os conceitos gerais de norma ou de doutrina. A definição de dogmática está, no sentido aqui proposto, mais próxima ao de enunciados gerais, aleatórios, com o *status* de inegáveis a partir do ponto de vista estritamente normativo ou jurisprudencial.

Esse último elemento é, para Luhmann⁵³, a primeira e mais importante característica do conceito de dogmática: a proibição de negação de seus enunciados, o que significa serem “em si e por si arbitrários”.

Já o caráter aleatório é explicado pelo fato de que, embora os enunciados e princípios dogmáticos constituam meios de interpretação e sistematização do ordenamento jurídico, não se acham eles estabelecidos de forma sistemática e organizada, visto se apresentarem como valores e regras que adquirem o *status* de inegáveis em determinada época e lugar, de acordo com os valores que encerram, mas que são, também, sempre mutáveis, na medida em que variem a época, o lugar, e o seu conteúdo e alcance jurídicos.

São essas, em breve síntese, as principais características da dogmática jurídica (estabelecidas com o cuidado de não se restringir demais o conceito). Cabe agora analisar a sua função, ligada essencialmente a problemas relativos à decidibilidade, ou seja, à concretização da norma na prática cotidiana do direito⁵⁴. Essa função consiste no estabelecimento de uma determinada relação entre o caso concreto e a norma abstrata, que, embora

⁵² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva. 1996. pp.318 - 319

⁵³ LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In: *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 27.

⁵⁴ FERRAZ Jr, Tércio Sampaio. Características e funções básicas da dogmática. In: *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 83.

LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In: *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. pp. 30 - 31.

variável em cada situação, busca elementos de integração ao ordenamento e de adequação lógica aos seus fundamentos em enunciados dogmáticos. Nessa perspectiva, pode-se atribuir aos enunciados dogmáticos a característica de servir de referência ao processo de concretização da norma.

Essa relação pode ser compreendida a partir do pressuposto de que à norma jurídica corresponde uma expectativa de sentido em sua aplicação (expectativa de sentido que orienta a conduta nas mais diversas relações sociais), e que depende, para ser confirmada, de outros elementos além do texto da norma, tais como a interpretação e a adequação do caso concreto à norma específica aplicável. Luhmann reconhece, tanto no âmbito da norma quanto no do caso concreto, a presença de variáveis interpretativas que aumentam o grau de incerteza quanto à aplicação do direito. A dogmática, enquanto referente inegável, teria o condão de servir de elemento de relação entre a norma e o caso, vinculando, a partir de seus conceitos, a leitura da norma e sua adequação ao caso. O seguinte trecho de Luhmann é elucidativo:

El problema ya no esta solamente em la relación entre la expectativa normativa y el comportamiento efectivo, sino em último termino em la relación entre la norma como premisa de decisión y la misma decisión. Se elaboran relaciones entre programas de decisión de vigencia general y decisiones de casos, se habla de 'aplicación' del derecho. Este relacionar programa y decisión sólo tiene sentido si al menos uno de los elementos correlacionados se pone como contingente, es decir, que también sería posible de otra manera. Sólo así um caso se convierte en 'caso': puede tener lugar o no tenerlo, puede tener uma forma u outra. Si, además, ambos elementos de la relación de aplicación del derecho se hacen contingentes, es decir, si también las normas jurídicas pueden ser interpretadas de uma manera u outra (o incluso fijadas de uma manera u outra), entonces la relación se hace variable por ambos lados. Pierde el punto fijo de referencia en uno de sus elementos. Este punto de referencia ha de ser sustituido por critérios de relación que vuelvan a relacionar de nuevo las relaciones de la aplicación del derecho. En este plano del poner en relación relaciones de la aplicación se crea la necesidad de las dogmáticas jurídicas, al margen de como se satisfaga despues. Si esta concepción básica está en lo cierto, la función de la dogmática habría de buscarse em la limitación de la arbitrariedad de variaciones que se hacen posibles si uma relación se presenta variable por ambos lados, es decir, si no solamente los casos se han de orientar a las normas, sino también las aplicaciones de las normas se han de orientar a los casos. Mediante la dogmatización del material jurídico – lo que ante todo quiere decir por su elaboración conceptual y clasificadora – se consigue que aquel ir e venir de la mirada entre normas e hechos,

tantas veces descrito, no quede sin encauzar, que no solamente se sienta sujeto a la situación a decidir, sino también al sistema jurídico, que no se aparte el ordenamiento jurídico.⁵⁵

Nessa perspectiva, a dogmática jurídica representaria uma fronteira delimitadora da interpretação e da aplicação do direito, e, cabe destacar, uma fronteira não apenas limitadora, mas também capaz de lhe conferir sentido. Um exemplo claro dessa situação é encontrado na necessidade de se julgar igualmente casos análogos em que já haja jurisprudência consolidada, necessidade estabelecida pela exigência de previsibilidade de expectativas em relação à uniformidade de aplicação do direito a casos semelhantes.

Deve-se considerar, então, que a dogmática tem a função essencial de conferir sentido e servir de orientação aos agentes responsáveis pela concretização da norma, pois, enquanto fronteira de referência, constituída de enunciados inegáveis a partir dos elementos internos ao sistema jurídico, a dogmática fornece o quadro de referências do próprio sistema.

Pode-se concluir, dessa forma, que a dogmática constituiria a ponte entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico, sedimentando os valores lá

⁵⁵ LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In: *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. pp. 31. Em tradução livre: "O problema já não está somente na relação entre a expectativa normativa e o comportamento efetivo, mas sim, em última análise, na relação entre a norma como premissa de decisão e a própria decisão. Se são elaboradas relações entre programas de decisão de vigência geral e decisões de casos, se fala de 'aplicação' do direito. Esta relação entre programa e decisão somente tem sentido quando ao menos um dos elementos correlacionados é contingente, ou seja, admite outra solução. Somente assim um caso se converte em 'caso': pode acontecer ou não, pode ter uma ou outra forma. Se, além disso, ambos os elementos da relação de aplicação do direito se mostram contingentes, ou seja, se também as normas jurídicas podem ser interpretadas de uma ou outra maneira (ou ainda fixadas de uma ou outra maneira), então a relação se mostra variável por ambos os lados. Perde, assim, o ponto fixo de referência em um dos seus elementos. Este ponto de referência deve ser substituído por critérios de relação que venham a correlacionar novamente as relações de aplicação do direito. É neste plano de correlacionar as relações de aplicação do direito que se apresenta a necessidade de utilização da dogmática jurídica, independentemente de como se satisfaça depois a relação. Se esta concepção básica está correta, a função da dogmática deve ser buscada na limitação da arbitrariedade de variáveis decorrente de uma relação que se apresente contingente por ambos os lados, ou seja, não somente os casos orientam as normas, mas também a aplicação das normas há de orientar os casos. Mediante a dogmatização do material jurídico – o que antes de tudo significa sua elaboração conceitual e classificadora – se consegue que a mão dupla de perspectiva entre normas e fatos, tantas vezes descrita, não termine sem encaminhar a vinculação do caso concreto e sua decisão ao sistema jurídico, impedindo que essa dupla contingência termine por afastar a solução do caso do ordenamento jurídico".

estabelecidos e transformando-os em elemento (*lato sensu*) diretor da interpretação no mundo jurídico.

Cabe então, para se aferir a possibilidade de mudança dogmática da natureza da ação civil, verificar se, no contexto aqui tratado, há a ocorrência de elementos fortes o suficiente (tanto no mundo dos fatos quanto no mundo jurídico) que justifiquem essa mudança. Como visto, essa alteração implicaria dar uma nova interpretação aos conceitos sedimentados de direito subjetivo, pretensão e ação, de modo a se permitir que sujeito não titular do direito subjetivo busque a satisfação desse direito, em nome próprio e sem autorização do titular do direito.

É o que se fará no próximo capítulo, estudando os elementos de fato que legitimam a ação coletiva e a estrutura jurídica que lhe dá conformação, para, no momento seguinte, proceder à análise sobre se esses elementos de fato e essa estruturação jurídica conferem legitimidade para a alteração substancial que, como vimos, a execução coletiva de direitos individuais representa.

CAPÍTULO III - A AÇÃO COLETIVA

1 - A Dimensão Sociológica como Fator de Legitimação da Ação Coletiva – o Fenômeno de Massa, os Corpos Intermediários e a Demanda de Interesse Público

Como visto no capítulo anterior, é no momento do exercício da pretensão processual que se legitima a ação coletiva. No presente capítulo pretende-se analisar em toda a sua amplitude essa espécie de ação, destacando os elementos fáticos que lhe dão suporte e a estrutura normativa que a legitima.

Preliminarmente, no entanto, cabe traçar um panorama, ainda que sucinto, sobre as razões que inspiraram a concepção da ação coletiva e deram impulso ao seu desenvolvimento – com especial enfoque, no que toca ao seu alcance, nos direitos individuais –, culminando por conferir, hoje, ampla legitimidade a esse instrumento.

A tutela coletiva de direitos, no Brasil, tem duas fontes de inspiração bem claras: (i) a “*class action*” do direito norte-americano, meio processual de que se utiliza aquele sistema jurídico para a proteção de direitos de grupos ou classes de pessoas⁵⁶ (de que se tratará mais à frente), e (ii) o movimento, iniciado na doutrina italiana (do qual o grande expoente é Mauro Capelletti), que se dedicou a estudar o acesso à justiça no contexto social moderno e que vê na abertura da jurisdição o meio de conferir-lhe maior eficácia.

⁵⁶ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 21 e ss.

A base de raciocínio dessa corrente é que a realidade da sociedade moderna, ou seja, a forma em que se acha organizada, não permite mais um sistema de prestação jurisdicional baseado em estrutura de direito completamente dissociada dessa realidade.

Pode-se dizer, assim, de maneira simplificada, que a inspiração **instrumental** da ação coletiva veio da "*class action*", e a inspiração **principiológica**, do referido movimento doutrinário italiano.

A perspectiva elaborada por Capelletti leva em consideração, no que se refere à tutela coletiva, duas realidades intimamente ligadas: (i) a necessidade de adequada representação judicial, em um contexto em que os litígios são, na maioria das vezes, entre, de um lado, pessoas comuns, pouco ou nada experientes em termos de processos judiciais, e, de outro, empresas com amplos recursos técnico-financeiros, consideradas litigantes usuais; e (ii) a "massificação" das relações sociais.

A primeira é assim resumida nas palavras do autor:

(...) é preciso enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes. Por exemplo, considerem-se as vantagens antes mencionadas que o poderoso litigante organizacional tem frente ao indivíduo. Num primeiro nível, essas vantagens consistem na capacidade de reconhecer um direito, poder custear uma pequena causa, ou utilizar o fórum de forma eficiente para impor um direito ou defendê-lo de ataques. Essas são vantagens concretas em casos individuais, as quais, como veremos, podem ser enfrentadas com algum sucesso ao nível individual. Num segundo nível, as vantagens consistem na capacidade de encaminhar casos-teste, de modo a assegurar precedentes favoráveis, que serão vantajosos em casos individuais; de estruturar as transações de maneira a tirar proveito dessas normas; de controlar o cumprimento de determinada lei, quando seja necessário; de sugerir ou fazer pressão a favor de mudanças no sentido de leis favoráveis. Mecanismos tais como os que já discutimos para a proteção dos interesses difusos são especialmente apropriados para a abordagem desses problemas. Alguns mecanismos, tais como a '*class action*', podem ser utilizados tanto para dar amparo aos indivíduos, quanto para impor os direitos coletivos duma classe. Muitos e importantes remédios, no entanto, tendem a servir apenas a uma ou outra das funções.

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrentá-los. O enfoque do acesso à justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.⁵⁷

Com a atenção voltada a essa realidade, teóricos procuraram elaborar um sistema de tutela coletiva que resultasse em maior adequação da prestação jurisdicional, com o objetivo de ampliar tanto (i) **o acesso à justiça** quanto (ii) **a efetividade da prestação jurisdicional**, princípios que são a base da ação coletiva.

A necessidade de respeito a esses princípios é ponto comum entre os teóricos que elaboraram o Código de Defesa do Consumidor (área em que se consagra a defesa coletiva de direitos individuais) e em toda a doutrina que trata da matéria⁵⁸. A título exemplificativo, Ada Pellegrini Grinover, por todos:

⁵⁷ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. pp. 72-73.

⁵⁸ Márcio Flávio Mafra Leal faz importante distinção entre as ações coletivas destinadas à proteção de direitos coletivos e as ações coletivas destinadas à proteção de direitos individuais, e tece considerações críticas sobre a suficiência desses princípios para servir de suporte à ação coletiva na defesa de direitos individuais:

"O segundo enfoque refere-se não a um direito material conceitualmente novo. O direito veiculado por essa outra ação coletiva é o tradicional direito patrimonial, essencialmente atribuído a uma pessoa (física ou jurídica), v.g. oriundo de contrato, ato ilícito, propriedade, que, diante das circunstâncias sociais contemporâneas (massificação), permanecia igualmente sem a devida proteção. As causas são variadas: I) a falta de entendimento e consciência sobre a existência de um direito perseguível judicialmente (hipossuficiência cultural); II) a pouca recompensa para o indivíduo ou grupo em procurar o tribunal, devido principalmente aos custos psicológicos e financeiros em relação à vantagem a ser obtida; III) a falta de recursos para pagar as despesas processuais e de assistência jurídica (hipossuficiência econômica) ou, ainda; IV) em virtude da configuração do processo, que exige demasiado do autor, como, por exemplo, a produção de provas difíceis do ponto de vista tecnológico ou não compensatórias em relação ao provimento jurisdicional almejado (hipossuficiência técnica).

Essas justificativas do movimento de Acesso à Justiça são detalhadas nas obras de Cappelletti & Garth (cf. nota 3), Antônio Hermann Benjamin (cf. nota 113), Kazuo Watanabe (cf. nota 85), entre outros.

Outro argumento oferecido pela literatura para justificar as ações coletivas, esse de Política Judiciária, é o de que essas ações promovem economia processual, isto é, constituem-se em um mecanismo que evita a multiplicação de litígios individuais e, assim, tornam mais eficiente a Administração da Justiça.

Contudo, em nível teórico, ambos os argumentos, tanto da doutrina do movimento de acesso à Justiça quanto da tese da economia processual, são francamente insuficientes. Nenhum desses argumentos fundamenta adequadamente a estrutura jurídico-processual das ações coletivas, pois não abordam juridicamente o modelo de representação, quem representa e como se podem representar direitos alheios em nome próprio, principalmente de direitos atribuídos a pessoas capazes. Além disso, os argumentos mencionados não apresentam

Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação do seu acesso à justiça. Isso demandava, de um lado, o fortalecimento da posição do consumidor em juízo – até agora pulverizada, isolada, enfraquecida perante a parte contrária que não é, como ele, um litigante meramente eventual – postulando um novo enfoque da *par conditio* e do equilíbrio das partes, que não fossem garantidos no plano meramente formal; e, de outro lado, exigia a criação de novas técnicas que, ampliando o arsenal de ações coletivas previstas pelo ordenamento, realmente representassem a desobstrução do acesso à justiça e o tratamento coletivo das pretensões individuais que isolada e fragmentariamente poucas condições teriam de adequada condução. Isso tudo, sem jamais olvidar as garantias do devido processo legal.

(...)

Tudo, enfim, dentro da ótica da necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa, de que os decorrentes das relações de consumo representam um ponto nodal. E tudo, ainda, dentro da idéia maior, já esboçada há mais de três décadas, segundo a qual a chamada crise do Direito talvez apenas encobrisse a dificuldade de dominar com categorias jurídicas substancialmente pré-capitalistas a fenomenologia de uma sociedade industrial.⁵⁹

O último parágrafo do trecho transcrito destaca o principal elemento sociológico utilizado para legitimar a ação coletiva, encontrado nas principais obras sobre o tema⁶⁰, que é o fenômeno da massificação das relações sociais, tido como resultado da industrialização, da urbanização e, em caráter mais geral, do fenômeno da globalização da economia⁶¹.

Nessa medida, a pergunta que se impõe está relacionada à definição do que sejam “relações de massa”, tendo em vista que é a definição desse

razões que justifiquem a extensão subjetiva do comando da sentença e da coisa julgada a terceiros que não participam da relação processual.”

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 19-20.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp. 719-721.

⁶⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 5.ed. Salvador, BA: Podium, 2010, v. 4. p. 34.

fenômeno e das suas características que legitima a tutela coletiva de direitos individuais.

Ada Pellegrini Grinover faz referência a "*interesses de massa, que comportam ofensa de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas.*"⁶².

No âmbito da sociologia, a expressão sociedade de massa é usada para descrever

a condição das sociedades modernas em que formas tradicionais de associação como comunidade, classe, etnicidade e religião declinaram, e em que a organização social é predominantemente de grande escala e burocratizada, pelo que as relações sociais são relativamente impessoais. Em formulações mais extremas, a 'sociedade de massa' é retratada como uma sociedade em que a população é uma massa indiferenciada, sem raízes na comunidade, na tradição e na moralidade consuetudinária, incapaz de discriminação em matéria de gosto cultural e de política, e por conseguinte sujeita a onda de emoção e moda, fácil presa de manipulações por parte de inescrupulosos líderes carismáticos.⁶³

Da própria definição pode-se verificar que na teoria sociológica o fenômeno de massa foi estudado em perspectiva eminentemente crítica, tendo em vista o seu efeito generalizante. São exemplos dessa perspectiva as abordagens feitas por Ortega y Gasset⁶⁴ e Jean Baudrillard⁶⁵.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 229.

⁶³ DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Editado por William Outwaite e Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Guelner, Robert Nisbet, Alain Touraine; Editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996. p. 720.

⁶⁴ "Uma vez que saibamos bem como é esse tipo humano hoje dominante, e que chamo de homem-massa, levantar-se-ão as interrogações mais férteis e mais dramáticas: pode-se modificar esse tipo de homem? Isto é: os graves defeitos que existem nele, tão graves que se não forem extirpados provocarão inexoravelmente a aniquilação do Ocidente, podem ser corrigidos? Porque, como se há de convir, trata-se precisamente de um homem hermético, que não está verdadeiramente aberto a nenhuma instância superior.

A outra pergunta decisiva, da qual, na minha opinião, depende toda possibilidade de sanidade, é a seguinte: podem as massas, ainda que queiram, despertar para a vida pessoal? Não cabe aqui desenvolver esse tema estarrecedor, porque ainda é demasiadamente novo. Os termos em que deve ser exposto não fazem parte da consciência pública. Nem sequer está esboçado o estudo da definição da margem de individualidade que cada época do passado deixou à existência humana. Porque é pura inércia mental do progressismo supor que conforme a história avança aumenta a folga concedida ao homem para poder ser indivíduo pessoal, como acreditava o honrado engenheiro, mas historiador nulo, Herbert Spencer. Não; a história está

Por outro lado, o fenômeno não pode ser tido como recente, visto ser possível identificar na história antiga grandes contingentes humanos tratados de forma generalizada, em perspectiva não individualizada.

A urbanização desses contingentes, já no contexto de formação do Estado moderno, trouxe, contudo, o fenômeno para o centro das preocupações sociológicas:

(...) a perspectiva da sociedade de massa não é, em absoluto, uma novidade do século XX. A ameaça que as massas urbanas sem cultura, decadentes ou desesperadas representam para as elites de talento ou virtude tem sido um tema recorrente em filosofia política desde a antiguidade clássica, mas foram acontecimentos do final do século XVIII e começos do XIX que intensificaram essas preocupações e criaram as bases para o moderno conceito de sociedade de massa.

(...)

cheia de retrocessos desta ordem, e justamente a estrutura da vida em nossa época impede superlativamente que o homem possa viver como pessoa.

Ao contemplar nas grandes cidades essas imensas aglomerações de seres humanos, que vão e vêm por suas ruas ou se concentram em festivais e manifestações políticas, incorpora-se em mim, obsessivo, este pensamento: um homem que tenha vinte anos hoje pode fazer um projeto de vida que tenha caráter individual e que, portanto, precisaria ser realizado por suas iniciativas independentes, por seus esforços particulares? Ao tentar destacar essa imagem em sua fantasia, não notará que é, se não impossível, quase improvável, porque não há espaço disponível para alojá-la e no qual possa se mover segundo sua própria vontade? Logo perceberá que seu projeto tropeça no do próximo, como a vida do próximo restringe a sua. Com a facilidade de adaptação própria de sua idade, o desânimo o levará a renunciar não só a todo ato, mas até mesmo a todo desejo pessoal, e ele buscará a solução oposta: imaginará para si uma vida *standard*, composta de *desiderata* comuns a todos, e verá que para conseguí-la será necessário solicitá-la ou exigí-la coletivamente com os demais. Daí, a ação em massa." GASSET, José Ortega y. *A rebelião das massas*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 27-28.

⁶⁵ "Todo o confuso amontoado do social se move em torno desse referente esponjoso, dessa realidade ao mesmo tempo opaca e translúcida, desse nada: as massas. Bola de cristal das estatísticas, elas são atravessadas por correntes e fluxos, à semelhança da matéria e dos elementos naturais. Pelo menos é assim que elas nos são representadas. Elas podem ser magnetizadas, o social as rodeia como uma eletricidade estática, mas a maior parte do tempo se comportam precisamente como massa, o que quer dizer que elas absorvem toda a eletricidade do social e do político e as neutralizam, sem retorno. Não são boas condutoras do político, nem boas condutoras do social, nem boas condutoras do sentido em geral. Tudo as atravessa, tudo as magnetiza, mas nelas se dilui sem deixar traços. E na realidade o apelo às massas sempre ficou sem resposta. Elas não irradiam, ao contrário, absorvem toda a irradiação das constelações periféricas do Estado, da História, da Cultura, do Sentido. Elas são a inércia, a força da inércia, a força do neutro.

É nesse sentido que a massa é característica da nossa modernidade, na qualidade de fenômeno altamente implosivo, irredutível a qualquer prática e teoria tradicionais, talvez até mesmo irredutível a qualquer prática e teoria simplesmente."

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. São Paulo: Brasiliense, 2004. pp. 9-10.

*O outro fator importante nesse processo foi a transformação de sociedades predominantemente agrárias pelos processos interligados de industrialização, burocratização e urbanização.*⁶⁶

Para o presente trabalho, importa o fato de que a massificação das relações sociais (na perspectiva que aqui se considera) compreende o resultado moderno do processo histórico que levou (i) à industrialização, (ii) ao movimento migratório do campo para as cidades, do qual resultou a urbanização, e (iii) ao aumento significativo do contingente populacional a participar do processo econômico (e da vida social em geral), consumindo produtos e estabelecendo relações negociais, muitas vezes com agentes econômicos de enorme importância e estrutura.

Esse significativo aumento participativo na vida social levou ao crescimento da impessoalidade nas relações mantidas em diversas esferas, com especial destaque para a econômica. Em estudo sobre os efeitos da sociedade de massa para o processo de decisão política, Wright Mills assinala que

o que está acontecendo pode ser descrito em termos do paralelo histórico entre o mercado econômico e o público que constitui a opinião pública. Em suma, há um movimento de substituição dos pequenos poderes dispersos, pelos poderes concentrados, e a tentativa de monopolizar o controle dos centros poderosos que, estando parcialmente ocultos, são centros de manipulação bem como de autoridade. A pequena loja que serve as vizinhanças é substituída pela anonimidade da empresa nacional: a publicidade em massa substitui a influência da opinião pessoal entre negociante e consumidor. O líder político prepara seu discurso para uma rede nacional e fala, sem o devido toque pessoal, a um milhão de pessoas que nunca viu nem verá. Ramos inteiros de profissões e indústrias estão no 'negócio da opinião', manipulando impessoalmente o público, sob remuneração.⁶⁷

Embora a perspectiva aqui seja um pouco diferente, é clara no texto transcrito a impessoalidade de que resulta o processo amplo de massificação das relações sociais. Tendo em vista essa realidade, são visíveis os seus

⁶⁶ DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Editado por William Outwaite e Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Guelner, Robert Nisbet, Alain Touraine; Editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos; Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996. pp. 720-721.

⁶⁷ MILLS, C. Wright. A sociedade de Massas. In: FORACCHI, Marialice Mearini; MARTINS, José de Souza (Org.). *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977. pp. 312.

efeitos no que se refere à prestação jurisdicional: (i) falta de equilíbrio entre a posição do indivíduo não litigante e a da empresa litigante habitual e (ii) abarrotamento das instâncias judiciais com inúmeras causas tratando a mesma questão jurídica, geradas a partir de relações absolutamente idênticas, travadas diariamente entre fornecedores de bens e serviços e centenas ou milhares de indivíduos.

Podemos dizer então que a legitimação para a ação coletiva decorre do fato de que essas relações “massificadas”⁶⁸ geram direitos homogêneos o suficiente para que a sua defesa judicial possa ser feita de forma conjunta, sem a identificação dos titulares. A fundamentação está no fato de que os titulares desses direitos fazem parte de uma determinada comunidade (fictícia) na qual o elemento comum de integração é a situação fática ou jurídica compartilhada.

Aliada ao conceito de sociedade de massa encontra-se na doutrina a defesa dos chamados “corpos intermediários”, como entidades (associações, organizações não governamentais) a meio caminho entre o Estado e o indivíduo, cuja importância ganha destaque especialmente na segunda metade do século XX, com o declínio da percepção individualista/liberal, e cuja representação jurídica consiste justamente no reconhecimento da existência de direitos coletivos e na permissão para a tutela também coletiva desses direitos.⁶⁹ Atribui-se à atuação desses corpos intermediários o efeito de equilibrar a representação judicial das partes.

⁶⁸ Dentre os exemplos trazidos pela doutrina pode-se citar: contratos bancários e de telefonia, direitos decorrentes de relações de trabalho, direitos de consumidores, entre outros.

⁶⁹ “Decorre daí a lição de Capelletti segundo a qual o liberalismo, ao estabelecer modernamente os contornos da *summa divisio* público-privado, propugnou pela eliminação de todos os corpos intermediários, considerados representativos do antigo regime, já que tais formações sociais tinham constituído a estrutura portadora do feudalismo. Na visão individualista da sociedade que prevaleceu com a Revolução Francesa, a nação deveria ser una e indivisível e o Estado concebido como um composto de cidadãos. Os grupos intermediários foram então varridos, tendo, inclusive, a municipalidade se transformado em mera subdivisão do governo estatal; somente a família sobreviveu como grupo intermediário entre o Estado e o indivíduo isoladamente considerado.

Com efeito, assevera Carlos Frederico Marés de Souza Filho, que o Estado Liberal individualista reconheceu e pretendeu transformar todos os direitos em individuais: a construção do Estado contemporâneo e de seu Direito foi marcada pelo individualismo jurídico ou pela transformação de todo titular de direito em um indivíduo. Assim foi feito com as

Por fim, o processo coletivo, em especial na defesa de interesses individuais, encontra legitimidade, para parte da doutrina, no “interesse público” que a sua solução representa. Assim, a tutela coletiva não se sustentaria apenas pela atenção aos princípios do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição, em acepção destinada a vinculá-los e aplicá-los à formação social moderna, mas, antes, ao “interesse público” a legitimar a tutela coletiva.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr. acentuam que

os processos coletivos servem à litigação de interesse público, ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos dessas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses ‘minoritários’, mas sim interesses e direitos ‘marginalizados’, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos ‘majoritários’ na sociedade, embora não tenham voz, nem vez. Não nos referimos, assim, ao caráter eminentemente público, aliás insuprimível, do próprio direito processual civil como instrumento de atuação da vontade estatal e pacificação de conflitos, ou seja, ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos

empresas, as sociedades, e com o próprio Estado; criou-se a ficção de que cada um deles era pessoa, chamada de jurídica ou moral, individual’. Acrescenta o autor que, dado o seu caráter eminentemente individualista, não reconheceu o Estado Liberal qualquer direito cuja titularidade fosse além da esfera do indivíduo singularmente considerado: ‘o Estado nacional e seu direito individualista negou a todos os agrupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais cristalizados na propriedade’.

O surgimento da questão social, caracterizada pelos conflitos decorrentes das relações de produção, resultantes do processo de desenvolvimento industrial, conduziu a uma transformação das estruturas do Estado Liberal de Direito, dando origem ao Estado Social de Direito, através do qual se buscou corrigir o individualismo do modelo clássico, por meio do reconhecimento de garantias coletivas capazes de assegurar a justiça social. O novo modelo, porém, não se distanciou por inteiro do ideário liberal, visto que se manteve fiel à estrutura econômico capitalista, não demorando a sua superação. Porém, agregada ao núcleo liberal a questão social, pelo reconhecimento de direitos coletivos, ocorreu uma transformação na ordem jurídica no que diz respeito à titularidade dos direitos reconhecidos. Tem-se, aqui, de forma incipiente, o retorno dos corpos intermediários e, em consequência, tem-se também, ao lado dos direitos individuais próprios do modelo clássico, a gênese dos direitos coletivos ou transindividuais.”

CARVALHO, Acelino Rodrigues. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coordenadores Maria Clara Gozzolli, Mirna Cianci, Petrônio Calmon, Rita Quartieri. São Paulo: Saraiva, 2010. pp.39-40.

conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal das normas. Queremos ir além: a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através dessa 'litigação'⁷⁰

São esses, em síntese, os principais elementos encontrados na doutrina a legitimar a tutela coletiva de direitos. Cabe agora traçar um panorama sobre a concretização desses princípios no direito brasileiro, com abordagem sobre o seu desenvolvimento histórico, a sua legislação básica e a sua aplicação jurisprudencial.

2 – Histórico

O modelo de tutela coletiva de direitos hoje existente no Brasil tem duas fontes básicas de inspiração⁷¹, a saber: (i) a *actio romana*, instrumento pelo qual o cidadão romano defendia direitos da coletividade, vinculados, essencialmente, ao patrimônio público⁷²; e (ii) a tutela dos chamados *Bill of*

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 5.ed. Editora, Salvador, BA: Podium, 2010. v. 4, p. 35.

⁷¹ "O surgimento das ações coletivas remonta a duas fontes principais.

Primeiro, e mais conhecido, o antecedente da ação popular em defesa das *rei sacrae, rei publicae*. Ao cidadão era atribuído o poder de agir em defesa da coisa pública em razão do sentimento, do forte vínculo natural que o ligava aos bens públicos *lato sensu*, não só em razão da relação cidadão/bem público, mas também pela profunda noção de que a *República pertencia ao cidadão romano*, era seu dever defendê-la. Daí o brocardo '*Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa*' (interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa). Essa percepção da coisa pública não nasce romana, tem origem grega e democrática, *provocada a jurisdição a preocupação principal voltava-se ao mérito da demanda*.

Já as ações coletivas das 'classes', antecedentes mais próximos das atuais *class actions* norte-americanas e da evolução brasileira das ações coletivas disciplinadas no CDC, são existentes na prática judiciária anglo-saxã nos últimos oitocentos anos. Mais modernamente *o cerne do sistema, nestas ações, era a adequada representação, a ser aferida pelo magistrado*. A análise desses institutos evidencia que se centrou na legitimação processual o problema da tutela nas ações coletivas desta tradição."

DIDIER JR., op. cit., pp. 23 - 24.

⁷² A ação popular pode ser tida como a sua representante nos dias atuais.

Peace, prevista no sistema inglês, na qual se rompia com a tradição de que o direito fosse reivindicado apenas por seu titular, e se permitia ao representante de determinados grupos atuar em nome de toda essa coletividade⁷³. Esse sistema deu origem, mais tarde, às “*class actions*” do direito norte americano⁷⁴, instrumento processual há muito utilizado naquele sistema jurídico para a defesa dos chamados “direitos de grupo”⁷⁵.

Este último instrumento foi adaptado para o sistema processual brasileiro a partir da percepção da necessidade do estabelecimento de uma forma de defesa coletiva para certas categorias de direitos. Dois fenômenos levaram a essa percepção⁷⁶: (i) a necessidade de efetivação dos chamados direitos fundamentais de terceira e quarta geração, que dizem respeito à proteção de bens de toda a coletividade (como, por exemplo, o direito a um meio ambiente saudável⁷⁷), e (ii) o reconhecimento do fenômeno de massificação de relações sociais, inclusive em relação aos reflexos produzidos na proteção jurídica dos direitos dele decorrentes⁷⁸.

Márcio Flávio Mafra Leal reconhece nesses fenômenos dois enfoques distintos, a legitimar, desse modo, duas ações coletivas diferentes:

O primeiro enfoque relaciona-se com a emergência de um direito material de titularidade atribuída a uma massa indeterminada de indivíduos sem representação formal. Esses novos direitos, de índole constitucional, são, por exemplo, o direito à conservação ambiental e a um patrimônio cultural. A questão fundamental da apreciação judicial desses direitos concentra-se em como atribuí-los

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

Histórico dessa evolução das ações coletivas pode ser encontrado em: MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. a partir da p. 21.

⁷⁴ GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007. p. 17.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 41 e segs

⁷⁶ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp 725 e ss.

⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 224.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p 64

⁷⁸ WATANABE, Kazuo., op. cit., pp. 725 e ss.

a um titular personificado juridicamente, a fim de obedecer à regra da coincidência entre a legitimação ativa para ação e a titularidade do direito material. Na ausência desse titular, os novos direitos difusos ficariam sem a devida proteção no plano judicial. Daí a necessidade, segundo o referido argumento, de prover meios processuais para que os conflitos envolvendo tais direitos tenham a devida apreciação do Judiciário.

O segundo enfoque refere-se não a um direito material conceitualmente novo. O direito veiculado por essa outra ação coletiva é o tradicional direito patrimonial, essencialmente atribuído a uma pessoa (física ou jurídica) v.g. oriundo de contrato, ato ilícito, propriedade, que, diante das condições sociais contemporâneas (massificação), permanecia igualmente sem a devida proteção.⁷⁹

Pode-se considerar que a necessidade de efetiva tutela dos direitos relativos ao meio ambiente (enquanto representante maior do primeiro fenômeno) e dos direitos relativos às relações de consumo (enquanto representante do segundo fenômeno) foi a fonte principal de inspiração dos instrumentos viabilizadores do processo coletivo no direito brasileiro, materializados principalmente pelas Leis nºs 1.417, de 1965, 7.347, de 1985, e 8.078, de 1990.

Antes disso a tutela coletiva de direitos tinha como marco a previsão, a partir da Constituição de 1934, da Ação Popular, destinada à proteção do patrimônio público, e cuja legitimação ativa cabia a “qualquer cidadão”⁸⁰. A ação popular foi regulamentada com a Lei nº 4.717, de 1965, com destaque, no que interessa ao presente trabalho, da inovação trazida pela Lei nº 6.513/77, que, ao conferir nova redação ao art. 1º da Lei de Ação Popular,

⁷⁹ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 18-19.

⁸⁰ O texto original previa que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” (artigo 113, n. 38). *Apud*: PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 557.

A ação está prevista, atualmente, no inciso LXXIII do art. 5º da Constituição, a dispor:

“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, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência”.

ampliou significativamente o conceito de patrimônio público, para nele abranger “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Isso significou reconhecer, com relação a essas categorias de direitos, que havia interesse da coletividade a legitimar a sua proteção, conferindo-lhes um ainda incerto caráter coletivo ou transindividual. A legitimidade de qualquer cidadão para propor a ação tem sua origem na *actio romana*, modelo de ação que, como visto, lhe serviu de inspiração.

A sistematização propriamente dita da tutela coletiva de direitos somente se deu a partir da edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)⁸¹, que expressamente previu a tutela dos chamados interesses difusos e coletivos, assim entendidos aqueles relativos à proteção (i) do meio ambiente, (ii) do consumidor, (iii) dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, (iv) das infrações à ordem econômica e à economia popular e (v) das infrações à ordem urbanística, em lista não taxativa que, no projeto original, ampliava expressamente o âmbito de proteção da norma a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (essa ampliação foi objeto de veto presidencial, justamente pelo receio de se ampliar demasiadamente o escopo da ação coletiva⁸²).

⁸¹ “A Lei da Ação Civil Pública possui um papel central no desenvolvimento do direito processual coletivo no Brasil. A edição da Lei 7.347/1985 foi e continua sendo fundamental para a construção de um sistema normativo, bem como a base central para a construção doutrinária, jurisprudencial e acadêmica sobre os processos coletivos.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 61.

⁸² A redação atual do artigo 1º da LACP, que lhe define o âmbito de proteção, está assim posta: “Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I – ao meio-ambiente;

II – ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V – por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI – à ordem urbanística”

A menção a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, constante do projeto original e suprimida por veto, foi reintroduzida no sistema de tutela coletiva por meio do Código de Defesa do Consumidor, que em seu art. 110 dispõe:

“Art. 110 – Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985:

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo:”.

Além de prever expressamente a tutela de direitos coletivos e difusos, a Lei da Ação Civil Pública estabeleceu um amplo rol de legitimados à propositura da ação, procurando, dessa forma, (i) positivar a legitimação processual do representante adequado, evitando-se atribuir à apreciação subjetiva do juiz a representatividade do substituto processual (problema comum na *class action* norte americana), e (ii) conferir caráter democrático e pluralista à tutela coletiva de direitos, ideal que inspirou a legislação. Nessa medida, são legitimados para propor a ação civil pública para defesa de direitos difusos e coletivos (i) o Ministério Público, (ii) a Defensoria Pública, (iii) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, (iv) as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e (v) as associações civis cuja constituição remonte a mais de um ano à propositura da demanda e que prevejam, em seus atos constitutivos, a defesa institucional dos direitos relativos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (consoante rol descrito no art. 5º da LACP), conforme, por óbvio, o direito a ser tutelado na ação coletiva⁸³.

Deve-se destacar que a matéria relativa à representação adequada é a principal fonte de legitimação das ações coletivas, na medida em que compatibiliza o interesse jurisdicional traduzido na efetividade e economia processuais com o interesse dos respectivos titulares em ver os seus direitos serem tutelados por representante adequado. Com relação à legitimação para a proteção de direitos individuais, deve-se destacar que o autor da ação coletiva, em regra, a exerce de forma extraordinária, na condição de substituto processual. Mais adiante se tratará especificamente dessa forma de atuação e de seus efeitos.

⁸³ "Relativamente às associações, há, ainda, os limitadores das alíneas a e b do inciso V: o primeiro reserva a legitimação ativa a associações com certa estabilidade (um ano de existência), o que desestimula eventuais excessos ou abusos na propositura de ações civis públicas; e o segundo, mais diretamente ligado ao interesse de agir, impõe liame objetivo, expresso nos estatutos, entre a pretensão deduzida na demanda e os fins institucionais da demandante."

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 63- 64.

Prosseguindo na evolução legislativa, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) foram estabelecidos importantes instrumentos processuais que não se limitam aos direitos consumeristas, contribuindo para que a tutela coletiva de direitos, no Brasil, adquirisse a estrutura de um verdadeiro microssistema legal⁸⁴. Foi o Código de Defesa do Consumidor que trouxe de forma sistemática a definição do que sejam direitos difusos e coletivos, além de acrescentar ao rol dos direitos a serem tutelados de forma coletiva os chamados direitos individuais homogêneos, categoria de direitos essencialmente individuais em relação aos quais, em razão de determinadas características que serão exploradas mais à frente, permitiu-se a tutela na forma coletiva. Além disso, foram criados importantes instrumentos processuais em normas que se comunicam com as da Lei da Ação Civil Pública, de forma a estabelecer, nesse diálogo normativo, as bases do sistema de tutela coletiva brasileiro⁸⁵.

Também o Mandado de Segurança, principalmente a partir das inovações trazidas pela Lei nº 12.016, de agosto de 2009, passou a constituir importante meio de proteção de direitos coletivos, na medida em que abre espaço para a proteção contra ameaça de lesão a direitos líquidos e certos de coletividade ou mesmo de direitos individuais homogêneos, como previsto em seu art. 21⁸⁶. A novidade está em se definir e conceituar, nos moldes do

⁸⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 27.

⁸⁵ A partir do art. 81 do CDC, que conceitua os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, já se percebe a interação entre os diplomas, que se revela, porém, mais forte nos arts. 90 a 110, e nas alterações de texto na Lei da Ação Civil Pública promovidas pelos arts. 111 a 117.

⁸⁶ "Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidade, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante."

previsto no CDC, as categorias de direito passíveis de tutela e os legitimados para a propositura da ação. Amplia-se, dessa forma, o leque de medidas cabíveis para a defesa de interesses coletivos⁸⁷.

Por fim, tramita no Senado Federal anteprojeto de lei (nº 5.139/2009)⁸⁸ que objetiva uniformizar a disciplina da matéria de forma sistematizada. O projeto apresenta uma série de novidades que serão tratadas quando, em seguida, especificarmos as ações coletivas em virtude das categorias de direito protegidas, da condição processual dos legitimados para a propositura da ação e dos efeitos das decisões. Cabe ressaltar, entretanto, que o projeto não foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, sob o fundamento de que as novidades ali contidas estariam em confronto com os princípios do devido processo legal⁸⁹. Em virtude dessa situação, os elementos do projeto que interessem ao presente estudo serão tratados como contribuição unicamente argumentativa.

Na perspectiva aqui proposta, o fato a ser realçado é que essa evolução legislativa veio, pouco a pouco, aumentando (i) a abrangência das categorias de direito objeto de tutela coletiva⁹⁰, (ii) a quantidade de legitimados para a

⁸⁷ Comentários específicos sobre a lei podem ser encontrados em: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *O mandado de Segurança Coletivo e a lei n. 12.016/2009*. In: Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Volume I – número 3 – outubro de 2010. pp. 97 e ss.

⁸⁸ São ao todo 4 os anteprojetos elaborados com o propósito de uniformizar e sistematizar o processo coletivo, são eles: (i) Código de Processo Coletivo Modelo para países de de Direito Escrito – projeto de Antônio Gidi; (ii) Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América – elaborado com a coordenação dos professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi; (iii) Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual – elaborado também sob a coordenação da professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao programa de pós-graduação da faculdade de direito da Universidade de São Paulo; e (iv) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – elaborado sob a coordenação do professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em projeto conjunto dos programas de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá. Não se tratará aqui das especificidades de cada um por fugir ao escopo do trabalho, apresentando-se, entretanto, se e nos momentos em que se fizer necessário, no que cada projeto contribuiria para a discussão que se pretende trazer no decorrer do trabalho.

⁸⁹ GOZZOLLI, Maria Clara (Coord.); *et all. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.24.

⁹⁰ Afastando-se do modelo das “class actions”, no qual há uma fase processual específica para a verificação da adequação da tutela coletiva à natureza jurídica do direito vindicado, no sistema brasileiro preferiu-se categorizar determinados direitos, para, a partir de seu enquadramento na categoria, tornar possível a sua tutela coletiva. Nessa medida, foram criados os chamados direitos difusos, coletivos e, posteriormente, os individuais homogêneos.

propositura das respectivas ações e (iii) os poderes processuais desses legitimados.

3 – Objeto de proteção da ação coletiva e legitimados

O Código de Defesa do Consumidor trouxe os conceitos das “categorias” de direito que, consolidadas em três tipos de relação jurídica, atraem, por características próprias a cada uma, a defesa coletiva.

Essas categorias estão definidas no texto do art. 81 do CDC:

Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

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

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

III – **interesses ou direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (grifo nosso)

A primeira das categorias a atrair a defesa coletiva é a dos chamados direitos ou interesses **difusos**, na definição legal “*aqueles de natureza indivisível e decorrentes de situação de fato, em que os titulares são indeterminados*”. Trata-se daqueles direitos nos quais a relação jurídica somente pode ser vista sob a perspectiva coletiva, dadas as suas características de indivisibilidade e mesmo de impossibilidade de definição do titular individual. Por essa razão se diz que os seus titulares são indetermináveis⁹¹. Outra importante característica sua decorre de ter origem

⁹¹ Conforme definição de Hugo Nigro Mazzilli:

num fato, ou seja, a relação jurídica é consequência direta de acontecimento fático. O exemplo mais utilizado para ilustrar essa categoria de direitos é o direito a um meio ambiente saudável.

Já os direitos ou interesses **coletivos** são aqueles em que os titulares são determinados (ou determináveis) e em que a sua característica de coletivo resulta não de situação fática, mas sim de relação jurídica previamente estabelecida entre o titular do direito e a outra parte. Aqui o titular do direito coletivo adquire essa condição a partir do momento em que faz parte de determinada categoria de pessoas à qual se remete a titularidade do direito, independentemente de sua situação fática⁹². É exemplo dessa categoria o direito de trabalhadores de determinada indústria, que figuram na relação jurídica como titulares de direitos ou de obrigações a partir somente da sua condição de empregados da empresa.

"Difusos – como os conceitua o CDC – são interesses ou direitos 'transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato'. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. 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.

Adverta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, por exemplo, um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma situação fática comum como uma relação jurídica incidente sobre a hipótese; mas o grupo lesado compreende apenas os moradores da região atingida – e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo. Tomemos outro exemplo: uma propaganda enganosa pela televisão relaciona-se, sem dúvida, com questões fáticas e jurídicas; contudo, o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu acesso efetivo ou potencial à propaganda enganosa."

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 50-51.

⁹² Nas palavras de Kazuo Watanabe:

"Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou ameaça de lesão. Os interesses ou direitos dos contribuintes, por exemplo, do imposto de renda constituem um bom exemplo. Entre o fisco e os contribuintes já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária de lesão ou ameaça de lesão."

CÓDIGO Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp. 742-743.

Por fim, os direitos **individuais homogêneos** são aqueles decorrentes de uma relação de fato, nos quais os titulares são determinados (ou determináveis) e a relação jurídica é individualizada. Muito embora a definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor seja sintética, referindo-se apenas à sua “origem comum”, a doutrina é (pode-se dizer) unânime em conferir aos direitos individuais homogêneos as características de individuais, de titularidade determinada (ou determinável), e nos quais a relação jurídica decorre de suporte fático comum. Para essa categoria de direitos não há que se falar em proteção de direito coletivo, mas sim em defesa coletiva de direitos individuais⁹³. O exemplo comumente utilizado é o dos consumidores adquirentes de produto cuja série é defeituosa.⁹⁴

Esta última categoria é a que mais desperta discussões, envolvendo principalmente os aspectos relativos à representação e à legitimidade do substituto processual, à natureza e ao alcance da tutela exercida de forma coletiva e, mesmo, à possibilidade e aos efeitos do exercício da tutela na forma coletiva (todas essas questões serão, em maior ou menor grau, abordadas no decorrer do trabalho).

Conforme se verifica, a tutela coletiva de direitos é cabível tanto em relação a direitos eminentemente **transindividuais**, como os difusos, como em relação a direitos eminentemente individuais, como os **individuais homogêneos**, o que confere enorme amplitude aos direitos a serem tutelados na forma coletiva.

Teori Albino Zavascki assinala que

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 33 e ss.

⁹⁴ O momento em que se origina o direito, ou mesmo o objeto da ação, em termos de causa de pedir e de pedido, determina a categoria em que vá se enquadrar o direito. Isso porque um direito difuso, por exemplo, pode se tornar individual homogêneo a partir do momento em que concretizada a conduta lesiva e que, portanto, possam ser individualizados os lesados. Um exemplo claro é o da publicidade enganosa, que, enquanto no plano da publicidade é direito eminentemente difuso, torna-se individual homogêneo a partir do momento em que se analisa a partir da perspectiva dos adquirentes do produto e que foram, nesse sentido, concretamente lesados pela publicidade enganosa.

é preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade. 'Direito coletivo' é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo stricto sensu. É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo. Na definição de Péricles Prade: 'são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro abrangente de conflituosidade.

Ainda nas palavras do autor,

os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. Em outras palavras, os direitos homogêneos 'são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais'. Quando se fala, pois, em "defesa coletiva" ou em 'tutela coletiva' de direitos homogêneos, o que se está

qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa.”⁹⁵

A partir da diferente natureza dos direitos tutelados de forma coletiva que Márcio Flávio Mafra Leal defende duas ações coletivas distintas, conforme se destinem à defesa de direitos individuais ou de direitos difusos:

O conceito de ação coletiva oferecido nesta dissertação é dividido em dois, porque, de fato, existem duas ações distintas sob o mesmo rótulo, que merecem tratamento teórico em separado.

O primeiro conceito é o das ações para defesa de direitos individuais sob tratamento processual coletivo, que se denomina de ACDI: trata-se de ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos individuais, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge todos seus integrantes.

A outra ação coletiva também se vale de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma comunidade, considerada como uma unidade sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou por autorização judicial. A disciplina da extensão da coisa julgada, nesse caso, é desnecessária, em virtude de o direito material ser atribuído à comunidade e não a seus membros, ou, em outra perspectiva, aos membros enquanto inseridos no contexto comunitário. A essa ação, vai-se denominar ação coletiva para defesa de direitos difusos – ACDD.⁹⁶

Feita essa abordagem genérica introdutória, cabe tratar de temas específicos, voltados principalmente (i) à relação entre a ação individual e a ação coletiva quando esta tratar de direitos individuais homogêneos, (ii) ao regime de admissão do legitimado para a propositura da ação, (iii) aos efeitos da decisão proferida nas ações coletivas, (iv) ao alcance da coisa julgada e, ainda, (v) à forma de liquidação e execução do julgado.

⁹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 33 e ss.

⁹⁶ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 43-44.

4 – Ação coletiva e ação individual

Quando se trata de direitos individuais homogêneos, que, como visto, são direitos individuais em relação aos quais é permitida (por motivos de política judiciária e em atenção aos princípios do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição) a tutela de forma coletiva, a comunicação entre ações individuais propostas individualmente e ação coletiva proposta por algum ou alguns dos legitimados é tema de grande relevância, tendo em vista que a proliferação de ações individuais pode ter por resultado esvaziar o principal atrativo da ação coletiva, que é o julgamento da matéria de maneira uniforme, de modo a economizar tempo e esforço por parte da jurisdição, e a compatibilizar a força da representação jurisdicional das partes. De outro lado, não se pode negar ao indivíduo o acesso à jurisdição para a proteção de direito seu, na esteira dos mesmos princípios que informam o acesso à justiça.

Atento a esse conflito, o Código de Defesa do Consumidor preservou grande espaço à liberdade do titular do direito para pleitear o seu direito em ação individual, independentemente de (e mesmo paralelamente a) eventual ação coletiva com o mesmo objeto.

Em primeiro lugar, o art. 103 do CDC, ao tratar dos efeitos da decisão proferida em ações coletivas, refere-se, em seu inciso III, aos direitos individuais homogêneos, estabelecendo que a sentença fará coisa julgada com efeitos *“erga omnes, apenas nos casos de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”*.

Em harmonia com essa disposição, o §3º do mesmo artigo trata especificamente da relação entre a ação coletiva e as ações individuais, determinando que

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

Complementa essa sistemática o art. 104, a dispor que

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 trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Conclui-se, então, que, para que a sentença proferida na ação coletiva seja aproveitada na ação individual, são necessárias as seguintes condições: (i) requerimento, pelo autor da ação individual, da suspensão de sua ação quando tomar ciência do ajuizamento da ação coletiva (parte final do art. 104); (ii) que a sentença proferida na ação coletiva seja de procedência (única hipótese em que possui eficácia *erga omnes*) e (iii) que tenha transitado em julgado (art. 103, inciso III e § 3º). A lógica dessa sistemática permite vislumbrar a opção do legislador em proteger ao máximo a ação individual, afastando-a de eventual decisão de improcedência da ação coletiva e exigindo que a vinculação do autor individual à ação coletiva se dê mediante manifestação expressa de vontade, em prazo determinado.

Esse modelo, vale referir, vem sofrendo alterações com a prática judicial. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a legalidade de se determinar a suspensão de ações individuais que versavam sobre determinada matéria em virtude da existência de ação coletiva, na mesma jurisdição, sobre o tema. A ementa do acórdão esclarece os seus fundamentos:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido (REsp 1.110.549/RS, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 14.12.2009).

O relator utilizou-se do conceito de macro-lide para justificar a suspensão das ações individuais, com a expressa intenção de viabilizar a atividade jurisdicional, que, em sua visão, não fosse assim estaria sufocada pelo número de ações com matéria de fundo idêntica⁹⁷.

Verifica-se aí, entretanto, certa confusão entre os efeitos da suspensão determinada pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos), que

⁹⁷ Do voto do relator destaca-se o seguinte trecho:

“O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles identicamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz.

Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sede legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par. ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 1º, II), que realmente abriu o campo de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado.

Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de ‘enxugamento’ da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei de Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para ‘quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito’ – o que é, sem dúvida, o caso presente.

No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores, mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo acórdão ora recorrido.”

inseriu o art. 543-C no Código de Processo Civil (a determinar que, eleito recurso representativo de controvérsia repetitiva, suspende-se o julgamento dos demais recursos que versem o mesmo tema), e a relação entre a ação coletiva e a ação individual. Isso porque a sistemática prevista para os recursos repetitivos tem nítido caráter de “filtro” jurisdicional, com o intuito de otimizar o julgamento a ser realizado por Corte superior.

Essa sistemática, todavia, não existe na relação, mais sensível, de vinculação entre a ação individual e a ação coletiva. Em primeiro lugar porque nada impede que a demanda eleita, no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos, seja uma demanda individual, em que a matéria esteja suficientemente debatida. Além disso, não se cogita de estender os efeitos da decisão proferida em sede de recurso repetitivo aos demais casos iguais, mas apenas de aplicação do precedente fixado pela Corte, como orientação jurisprudencial (não condicionante). Por fim, o escopo do regime dos recursos repetitivos envolve um universo material diferente daquele em que se cogita a defesa coletiva de direitos individuais, tendo em vista que não se atém àqueles direitos que podem ser identificados como difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Como se vê, o enfoque dos dois sistemas é completamente diverso, não servindo a sistemática de um como reforço interpretativo para se legitimar a influência da ação coletiva na ação individual.

Além desse precedente, que fixou entendimento hoje pacífico no âmbito do STJ, questão similar, envolvendo discussão ainda mais delicada, relativa à possibilidade de se converterem ações individuais anteriormente suspensas em liquidações provisórias de sentença já proferida em ação coletiva, foi recentemente decidida tendo por base o entendimento acima exposto (ressaltou-se, entretanto, a impossibilidade de adiantar-se ato de constrição patrimonial enquanto não transitada em julgado a ação coletiva, com vistas a

proteger o réu)⁹⁸. Consolidou-se, assim, a equivocada comparação, já mencionada, com a infeliz consequência de virtualmente legitimar a vinculação entre as ações com a só justificativa de otimização da prestação jurisdicional.

O que fica claro nesses exemplos, independentemente da força dos elementos de convicção, é a tendência em se dar preferência à ação coletiva.

Essa preferência é expressa no anteprojeto de Código de Processos Coletivos em tramitação no Senado Federal, que altera a sistemática prevista atualmente no CDC sob o fundamento de que este último privilegia a ação individual em detrimento da coletiva. Na sistemática prevista no anteprojeto, a ação individual é automaticamente suspensa com o ingresso da ação coletiva e estará a ela vinculada, a não ser que haja expressa manifestação do autor no sentido de recusar tal procedimento, hipótese em que, mesmo assim, o prosseguimento da ação individual ficará suspenso até o julgamento da ação coletiva.

Também é ampliada, no projeto, a vinculação das ações individuais ao resultado da coletiva, qualquer que seja o resultado desta última. Afasta-se, assim, a regra de que as ações individuais apenas poderiam ser beneficiadas com o resultado da ação coletiva, mas nunca prejudicadas. O argumento para tanto se encontra na opção ali feita de se privilegiar a ação coletiva, eliminando a indução (que se vislumbra no sistema atual) a que o autor da ação individual não se vincule à ação coletiva.

A tendência, como se vê, é privilegiar a ação coletiva, entendida como meio mais célere e eficaz de se prestar a função jurisdicional em demandas que revelem conflitos de “massa”.

⁹⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.189.679 – RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17.12.2010.

5 – Regime de atuação do legitimado processual e efeitos da coisa julgada

Nessa perspectiva, cabe agora investigar o regime de atuação do legitimado para a propositura da ação. A tradição do processo civil brasileiro, na esteira do processo civil tradicional, é que a legitimação para a ação seja do titular do direito, admitindo-se, excepcionalmente, a substituição processual, meio de legitimação que se destina à defesa do direito de outrem no âmbito estritamente processual, não importando em qualquer meio de disposição do legitimado no que se refere ao direito material.

Fora essa hipótese, o processo civil clássico prevê apenas a possibilidade de litisconsórcio, situação na qual diversos titulares de direitos que “*derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito*” (art. 46, inciso II, CPC) ou que estejam ligados por “*um ponto comum de fato ou de direito*” (art. 46, inciso IV, CPC) ajuízam a ação. O julgamento, nesse caso, embora realizado de forma única, especifica a existência e a medida do direito de cada um dos litisconsortes, servindo, assim, como decisão individual para cada autor.

O advento da ação coletiva mudou essa perspectiva. Já não se pretende a defesa de direitos dos diversos autores contra o coobrigado comum, mas antes a defesa do direito, considerado de forma única, da coletividade. Essa diferença é elemento central para se compreender o alcance, de largo espectro, das decisões proferidas em tutela coletiva de direitos individuais homogêneos.

Essa mudança de perspectiva, como visto, tem o condão de alterar de forma substancial o sistema de representação processual, e por essa razão foram elaboradas algumas teorias que visam conferir legitimidade ao representante que venha a figurar na relação processual. Márcio Flávio Mafra

Leal relaciona essas teorias, que já há algum tempo buscam adequar e compatibilizar as necessidades das ações coletivas - no que apresentam de celeridade e de acesso à justiça (no caso dos direitos individuais) e de adequada representação do interesse coletivo (no caso dos interesses difusos) - às garantias que informam a autonomia da vontade e a livre disposição de direitos⁹⁹.

Nessa perspectiva, no caso dos direitos individuais, ganham importância, conforme destaca mencionado autor, as teorias do "consentimento"¹⁰⁰ e do "interesse"¹⁰¹. A primeira confere legitimidade ao representante processual a partir do consentimento dos titulares do direito, devidamente informados da propositura da ação e dos seus termos. Garante-se, assim, a opção do titular do direito de participar ou não do processo. O elemento negativo diz respeito à inviabilidade, em muitos casos, de se

⁹⁹ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 53 e ss.

¹⁰⁰ "Trata-se de outra teoria pertinente às ACDIs. Como diz o próprio nome, a teoria requer o consentimento dos representados. A exigência do consentimento do membro da classe em ter seu direito individual representado por um terceiro adquiriu força nos séculos XVIII e seguintes, diante dos efeitos do individualismo e das concepções políticas que redundaram na democracia liberal e teve uma influência decisiva sobre alguns aspectos da moderna ACDI. O exemplo mais eloquente dessa influência verifica-se na *class action for damages* do modelo anglo-americano. [...]"

Nestes casos, a representação do direito dos membros da classe está plenamente justificado. De fato, a legitimação do autor coletivo não exige maior elaboração teórica, porquanto houve manifestação (ou ausência de protesto) dos representados em ter seu direito representado por outrem, contornando o problema da extensão da coisa julgada aos ausentes da relação processual.

Por essa Teoria, evitam-se, por igual, possíveis conflitos de interesses do representante com os demais integrantes do grupo, tanto no aspecto da oportunidade e conveniência da ação judicial, como também sobre aspectos técnicos da ação, como adequação do pedido aos interesses reais da classe."

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 60 e ss.

¹⁰¹ "Como visto acima, a Teoria do Consentimento propõe a legitimação da representação do autor coletivo por intermédio da consulta direta àqueles que serão vinculados pela sentença. Ocorre que, nos modelos brasileiro e europeu de ACDIs, bem como na maior parte das ações coletivas americanas, dispensa-se o consentimento. Assim, qual seria o elemento justificador e legitimador da representação de grupos por associações e indivíduos?"

O elemento que viria dar legitimidade ao representante foi desenvolvido na Inglaterra no século XIX e adaptou-se às exigências do acesso à justiça do século XX. Esse elemento teórico seria a identificação do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja 'inconcebível' que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo. Esse é o cerne da Teoria dos Interesses."

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 63 e ss.

identificar e informar todos os titulares individuais dos direitos. Já a segunda teoria busca suprimir essa falha, ao identificar a legitimidade na defesa de interesse que, assume-se, seja o interesse do titular do direito. A união dessas duas teorias legitima a tutela coletiva de direitos individuais no sistema processual coletivo brasileiro.

No âmbito dos direitos coletivos, a teoria a legitimar a atuação do representante processual é a teoria "objetivista", ou "institucional"¹⁰², segundo a qual o interesse a ser defendido não é individual, mas antes pertence a uma determinada coletividade, de forma que a sua tutela jurisdicional adquire contornos objetivos de defesa de interesse coletivo, tal qual a ação de inconstitucionalidade. Argumenta-se ainda, nessa perspectiva, que tal tutela revela defesa de direito considerado institucional, por dizer respeito ao interesse de uma coletividade.

Para o objetivo do presente trabalho, cumpre lembrar que essas teorias legitimam a ação no que diz respeito ao reconhecimento do direito, significando, no caso dos direitos individuais, que cada titular, em momento oportuno, após declarado o direito, deve comprovar a sua titularidade e a medida de seu direito. Essa situação não ocorre no litisconsórcio clássico, em que a condição de titular do direito e a sua medida já são especificados na

¹⁰² "A justificativa que se propõe é de que a atuação desses autores coletivos se dá pelo que se quer chamar de Teoria Institucional ou Objetivista. Nesse caso, a legitimação não decorre propriamente da representação da classe, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos. Portanto, o título de legitimação para as ações coletivas encontra fundamento no direito material instituído no chamado Estado Social.

[...]

Diante desse direito material especial, atribuído a uma entidade fluida, em virtude da indeterminação de seus membros (comunidade), e sem personalidade jurídica, e por isso direito difuso, o enfoque se desloca da legitimação da representação de grupos para a necessidade de um autor que implemente tais direitos e que possa levá-los a juízo. A identidade do representante como membro ou possuindo alguma particular pertinência com a comunidade representada, nesse caso, é irrelevante ou secundária. A idéia é que as ações coletivas focalizam direitos e valores tais que deve ser judicializados com a mera constatação de violação objetiva das normas que consagram direitos difusos, bastando essa verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir. Esse modelo justificador de legitimação é denominado nesta dissertação de Teoria Objetivista ou Institucional."

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998. pp. 69 e ss.

decisão. Disso decorre que a decisão proferida na ação coletiva que tenha por objeto a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos é meramente declaratória do direito, considerado em sentido abstrato.

Teori Albino Zavascki enuncia um denominado “núcleo de homogeneidade”, que constituiria o objeto de julgamento na ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos:

Homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. Neles é possível identificar elementos comuns (núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor medida, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade). O núcleo de homogeneidade decorre, segundo visto, da circunstância de serem direitos com origem comum; e a margem de heterogeneidade está relacionada a circunstâncias variadas, especialmente a situações de fato, próprias do titular.

Os elementos minimamente essenciais para a formação do núcleo de homogeneidade decorrem de causas relacionadas com a gênese dos direitos subjetivos. Trata-se de direitos originados da incidência de um mesmo conjunto normativo sobre uma situação fática idêntica ou assemelhada. Essa circunstância genética produz um conjunto de direitos subjetivos com, pelo menos, três aspectos fundamentais de identidade: (a) o relacionado à própria existência da obrigação, (b) o que diz respeito a natureza da prestação devida e (c) o concernente ao sujeito passivo (ou aos sujeitos passivos), comuns a todos eles.

A identificação do núcleo de homogeneidade fica mais clara quando se tem presente o conjunto dos elementos da relação jurídica (ou, melhor dizendo, da norma jurídica concretizada) em que se inserem os direitos subjetivos. As relações jurídicas obrigacionais são compostas pelos seguintes elementos, cuja identificação formal (em sentença ou em título extrajudicial) é indispensável para que a prestação possa ser exigida (= executada coercitivamente) em juízo: (a) a existência de obrigação (*an debeat*), (b) a identidade do credor (*cui debeat*), (c) a identidade do devedor (*quis debeat*), (d) a natureza da prestação (*quid debeat*), e, finalmente, (e) em que quantidade é devido (*quantum debeat*). Pois bem: as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três desses elementos: o *an debeat* (= o ser devido), o *quis debeat* (= quem deve) e o *quid debeat* (= o que é devido). São eles que constituem o núcleo de homogeneidade dos correspondentes direitos subjetivos individuais. Os demais elementos de cada uma das relações jurídicas – a saber, a identidade do credor e a sua específica relação com o crédito (*cui debeat*) e a quantidade a ele devida (*quantum debeat*) – são dispensáveis para a formação daquele núcleo essencial, pertencendo a um domínio

marginal, formado pelas partes diferenciadas e acidentais dos direitos homogêneos, a sua margem de heterogeneidade.”¹⁰³

Essa definição, como dito, apresenta importantes consequências para a compreensão do alcance e dos efeitos da coisa julgada proferida em sede de ação coletiva que trate de direitos individuais homogêneos.

Com efeito, no caso da ação coletiva, a sentença terá se pronunciado, obrigatoriamente, apenas sobre os elementos relativos à existência do direito, pensado abstratamente, naquela situação de fato concreta. Cabe, no momento de sua liquidação, a cada titular individual primeiro demonstrar o seu enquadramento na hipótese julgada, para que, somente após o seu reconhecimento como titular do direito reconhecido na sentença, seja feita a avaliação da medida de seu direito individualmente considerado.

Por essa razão o CDC enuncia expressamente que a sentença proferida na ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos será genérica, o que significa que fixará apenas a responsabilidade das partes, sem, contudo, fixar o valor do dano¹⁰⁴.

6 – Legitimidade para a liquidação e execução das ações coletivas

Essa situação leva a que a liquidação da sentença proferida na ação coletiva adquira características próximas às de um novo processo de conhecimento. Essa realidade é reconhecida por Ada Pellegini Grinover, quando observa não haver

¹⁰³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 146-147.

¹⁰⁴ Assim dispõe o art. 95 do CDC:

“Art. 95. *Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.*”

"dúvida de que o processo de liquidação da sentença condenatória, que reconheceu o dever de indenizar e nesses termos condenou o réu, oferece peculiaridades com relação ao que normalmente ocorre nas liquidações de sentença. Nestas, não mais se perquire a respeito do *an debeat*, mas somente sobre o *quantum debeat*. Aqui, cada liquidante, no processo de liquidação, deverá provar, em contraditório pleno e com cognição exauriente, a existência de seu dano pessoal e o nexó etiológico com o dano globalmente causado (ou seja, o *an*), além de quantificá-lo (ou seja, o *quantum*)"¹⁰⁵

A legitimação para a liquidação, dessa forma, é primordialmente do titular do direito. O art. 97 do CDC prevê também a legitimação dos entes previstos no art. 82. Essa legitimação, ao contrário da prevista para a propositura da ação, se dá por meio de representação, ou seja, trata-se de legitimação ordinária. Isso significa que a liquidação coletiva depende de expressa autorização do titular do direito para o representante processual, o que afasta, desde já, a interpretação de que essa legitimação seria concedida nos mesmos moldes e em atenção aos mesmos preceitos da legitimidade conferida à propositura da ação.¹⁰⁶

¹⁰⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 816. Também Elton Venturi compartilha dessa opinião:

"Como se percebe das finalidades acima arroladas, a sistemática imposta à liquidação do decreto condenatório genérico do art. 95 do CDC é sensivelmente distinta daquela preconizada para se chegar ao quantum nas ações individuais alicerçadas na sistemática processual tradicional, o que levou Cândido Rangel Dinamarco a denominá-la de "liquidação toda sui generis, que discrepa dos padrões conhecidos e tem objeto e finalidade mais amplos que as de molde tradicional", sendo para o referido processualista "mais que uma liquidação".

De fato, no processo de liquidação versado pelo art. 97 do CDC, mais do que fixar a quantia a ser paga pelo devedor, cuja responsabilidade civil restou determinada pela condenação genérica, deve o juiz, com antecedência lógica, apurar se em relação ao habilitado houve qualquer lesão de ordem patrimonial ou moral. Assim, inserindo-se o objeto peculiar na liquidação, evidente que o respectivo procedimento merece análise toda própria."

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. pp.129-130.

¹⁰⁶*"E, no que se refere à sentença de procedência, sua execução (= seu cumprimento) em favor do respectivo titular individual dependerá sempre de sua iniciativa (art. 97), inclusive quando se tratar de execução coletiva (art. 98), já que, também nesse caso, deverá ser promovida não em regime de substituição processual, mas, sim, de representação, o que significa que dependerá da expressa concordância do titular individual do direito homogêneo."*

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 158.

Também nesse sentido Ada Pellegrini Grinover:

"O caput do art. 97 estabelece poderem a liquidação e execução da sentença condenatória ser promovidas quer pelas vítimas do dano e seus sucessores, quer pelos entes e pessoas legitimadas às ações coletivas pelo art. 82 do Código.

Tanto num como noutro caso, porém, a liquidação e a execução serão necessariamente personalizadas e divisíveis.

Promovidas que forem pelas vítimas e seus sucessores, estes estarão agindo na qualidade de legitimados ordinários.

Dessa forma, cabe compartilhar da opinião de Teori Albino Zavascki no sentido de que a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos contém uma dupla atividade cognitiva, uma no processo de conhecimento (reconhecimento do direito) e outra no processo de liquidação/execução:

“A ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos representa, portanto, instrumento processual alternativo ao litisconsórcio ativo facultativo previsto no CPC. Consiste num procedimento especial estruturado sob a fórmula da repartição da atividade jurisdicional cognitiva em duas fases: uma, que constitui o objeto da ação coletiva propriamente dita, na qual a cognição se limita às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados, ou seja, ao seu núcleo de homogeneidade, e outra, a ser promovida em uma ou mais ações posteriores, propostas em caso de procedência da ação coletiva, em que a atividade cognitiva é complementada mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= margem de heterogeneidade).

(...)

A repartição da atividade cognitiva é, pois, uma característica técnica inerente ao procedimento da ação coletiva. Procedimento que, desde logo, englobasse as duas partes da cognição não seria genuinamente o de uma ação coletiva. Mesmo se movida por substituto processual, seria uma espécie de demanda multitudinária, de cognição plena, na qual se examinaria a situação individual de todos os titulares do direito, com todas as vicissitudes daí decorrentes, idênticas às de um litisconsórcio ativo regido pelo procedimento comum. Conforme observou corretamente Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “a ação referente a interesses individuais (...) só admite a feição coletiva porque – e enquanto – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas e necessariamente desconsideradas todas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado. Tornando-se relevante, porém, para o julgamento do feito, à vista da demanda, verificar os aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela coletiva torna-se absolutamente inviável. Por isso, para que seja realmente coletiva a ação respeitante a interesses individuais, é indispensável que seja(m) formulado(s) pedido(s) individualmente indeterminado(s), que despreze(m) e necessariamente desconsidere(m) as peculiaridades agregadas à

E quando a liquidação e execução forem ajuizadas pelos entes e pessoas enumerados no art. 82? A situação é diferente da que ocorre com a legitimação extraordinária à ação condenatória do art. 91 (v. comentário nº 2 ao referido dispositivo). Lá, os legitimados agem no interesse alheio, mas em nome próprio, sendo indeterminados os beneficiários da condenação. Aqui, as pretensões à liquidação e execução da sentença serão necessariamente individualizadas: o caso surge como de representação, devendo os entes e pessoas enumeradas no art. 82 agirem em nome das vítimas ou sucessores. Por isso, parece faltar ao Ministério Público legitimação para a liquidação e a execução individual, em que se trata da defesa de direitos individuais disponíveis, exclusivamente (art. 127 da CF).“

¹⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. comentado pelos autores do anteprojeto. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p 817.

situação pessoal e diferenciada de cada interessado, como diz a doutrina, para permitir a prolação da sentença genérica prevista em lei". É o que também ocorre nas *class actions for damages*, do sistema norte-americano, cuja propositura somente é admitida em controvérsias em que as questões comuns de fato e de direito prevaleçam sobre as particulares, e fique demonstrada a vantagem da solução coletiva sobre a tutela individualizada.

A repartição da atividade cognitiva representa, como se pode perceber, mais uma importante diferença entre o procedimento da ação coletiva (= para tutela de direitos individuais homogêneos) e o da ação civil pública, destinada a tutelar direitos transindividuais: naquele, a atividade cognitiva é limitada ao núcleo de homogeneidade dos direitos controvertidos; e nesse, a cognição é ampla, envolvendo, como em qualquer procedimento comum ordinário, a totalidade da controvérsia.¹⁰⁷

A legitimidade para a liquidação do julgado envolve, também, a legitimidade para proceder à sua execução. Dessa forma, com relação aos direitos eminentemente transindividuais, tais como os difusos e os coletivos, parece não haver dúvidas sobre a possibilidade de execução por qualquer dos legitimados para a propositura da ação coletiva, tendo em vista a natureza coletiva desses direitos.¹⁰⁸

Já com relação aos direitos individuais homogêneos, a questão enfrenta problemas mais delicados. Em primeiro lugar, não se deve esquecer que os direitos são individuais, de modo que pertencem à esfera de proteção jurídica de pessoa individualmente considerada.

Por essa razão, a regra geral, como vimos, é a de que na ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos se produza sentença

¹⁰⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 158.

¹⁰⁸ "Estando aparelhada a execução com título executivo líquido e certo, superada eventual fase de liquidação de sentença condenatória, passa-se então ao processo executivo, no âmbito do qual procurar-se-á atribuir ao credor exatamente o conteúdo da obrigação definida pelo título.

Neste passo, em virtude da inerência dos direitos metaindividuais, verificam-se sensíveis diferenças entre o modelo processual tradicional, voltado à tutela de direitos individuais, e o modelo do processo coletivo. A começar, sobretudo, pela noção de 'credor' do título executivo, formado a partir de sentença ou de compromisso de ajustamento, que determina a legitimação concorrente dos legitimados do art. 5º da LACP, ou do art. 82 do CDC, para promover a execução, bem como a destinação fluida do montante reparatório.

Caracterizando-se os direitos transindividuais pela sua indivisibilidade e indeterminabilidade, certo é que qualquer lesão aos mesmos somente pode ser concebida globalmente, o que reclama reparação igualmente coletiva."

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000. pp.103-104.

genérica, declarando a relação jurídica e a existência da obrigação, e que a liquidação e a execução do julgado se deem de forma individual, cabendo aos autores demonstrar a sua vinculação à relação jurídica reconhecida na sentença e a medida do seu direito.

Em caráter de exceção, a abertura para a execução coletiva se dá então em duas hipóteses: (i) por meio de representação processual, dispondo o representante de autorização do legitimado para proceder à execução em seu interesse, como já visto, e (ii) no que se refere a direitos do consumidor, em hipótese prevista no art.100 do CDC, quando no prazo de um ano não houver habilitações em número compatível com a gravidade do dano. Esta última hipótese teve inspiração no modelo norte-americano das *class actions*, e tem por pressuposto a defesa do sistema de proteção ao consumidor pela prevenção e apenação do causador do dano. A ideia geral é impedir que não seja apenas o fornecedor que lese em pequena medida diversos consumidores, cujo dano (e respectiva indenização) não seja significativo no plano individual, mas que represente elemento considerável de lucro para o fornecedor no plano coletivo. Nessa hipótese, o valor será revertido para um Fundo, criado pela Lei da Ação Civil Pública, de defesa dos interesses difusos e coletivos. Nesse caso, pela especificidade própria do sistema de tutela dos direitos dos consumidores, a titularidade do direito não é mais do lesado individual, revertida que foi, em decorrência do transcurso do tempo, para a coletividade, aqui representada pelo sistema de proteção dos direitos transindividuais.¹⁰⁹

Aqui também a jurisprudência vem ampliando a sistemática estabelecida em lei. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em acórdão proferido no julgamento do RE 210.029-RS, a possibilidade de a execução ser promovida pelo substituto processual legitimado para a propositura da ação de conhecimento (no caso específico, um sindicato), sem

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 187-188.
GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Obra coletiva. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. pp. 822 – 825.

a autorização dos associados, titulares dos direitos individuais, ou seja, no mesmo regime de substituição processual que legitima a sua atuação no processo de conhecimento. O acórdão restou assim ementado:

"EMENTA: PROCESSO CIVIL. SINDICATO. ART. 8º, III DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEGITIMIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DEFESA DE DIREITOS E INTERESSES COLETIVOS OU INDIVIDUAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. O artigo 8º, III da Constituição Federal estabelece a legitimidade extraordinária dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam. Essa legitimidade extraordinária é ampla, abrangendo a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores. Por se tratar de típica hipótese de substituição processual, é desnecessária qualquer autorização dos substituídos. Recurso conhecido e provido." (RE 210.029 – RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 17/08/2007).¹¹⁰

O relator para o acórdão, Ministro Carlos Velloso, assim fundamentou o seu voto:

"Essa é a tendência, parece-me clara, da jurisprudência da Corte Suprema, tendência que se amolda à observada em direito processual comparado, de legitimar, como substituto processual, as entidades sindicais, porque hoje se percebe que o serviço que elas podem prestar aos seus associados, aos seus filiados, à sua categoria e também à justiça é realmente inestimável. E não só se observa essa tendência relativamente às entidades sindicais, às entidades associativas, mas também ao Ministério Público, o qual, hoje, está legitimado para as ações civis públicas de defesa de direitos individuais homogêneos, numa relação de consumo. No tocante a direitos individuais e sociais indisponíveis, a legitimação decorre da Constituição (C.F. art. 127), como decorre da Constituição a legitimação para a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (C.F. art. 129, III)."

A discussão girou em torno do reconhecimento da importância de se garantir ao trabalhador a segurança necessária para a defesa dos seus direitos, tocando, em alguns momentos, as questões relativas ao acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional. O seguinte trecho, extraído do voto do Ministro Carlos Brito, que acompanhou o relator, bem destaca a atenção a esses princípios:

¹¹⁰ No mesmo sentido: RE 193.503 – SP, Relator p/ Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24/08/2007.

“Entendo o seguinte: a coletivização do processo, tão generosamente feita pela Constituição, respondeu a duas necessidades: a primeira social – estamos no âmago de uma sociedade pós-industrial em que os conflitos não são apenas interindividuais, são marcadamente intergrupais, são coletividades que se atritam, se friccionam, que contendem juridicamente, e era preciso dar uma resposta processual, com a coletivização do processo, que significasse aquilo que o Ministro Marco Aurélio acabou de dizer: economia processual. Ou seja, causas entre as mesmas partes, com a mesma razão de pedir, já não seriam pulverizadas, e, sim, uniformizadas, unificadas. Essas causas, assim coletivizadas na sua protagonização, primariam também pela celeridade, porque fica muito mais fácil lutar processualmente, judicialmente, quando as partes estão quantitativamente reduzidas. Então, a duração do processo fica mais célere, porque pulverizar o processo é, sem dúvida, ofender a esses dois princípios: o da economia e da celeridade processual. Acresça-se: também, visou a Constituição a servir também ao Poder Judiciário e ampliar a sua eficiência. A coletivização do processo responde a essa necessidade de o Poder Judiciário dar respostas ao jurisdicionado com mais rapidez e eficiência. Claro que o processo coletivo também cumpre esse papel fundamental.”

Os votos divergentes, capitaneados pelo Ministro Nelson Jobim, destacaram a impossibilidade de a execução coletiva se processar por meio de substituição processual com base em dois fundamentos principais: (i) a multiplicidade de situações fáticas e jurídicas, a retirar a homogeneidade que justifica a ação coletiva no processo de conhecimento e (ii) a necessidade de exercício do direito por seu titular. O Ministro Gilmar Mendes identificou com precisão, além disso, importante foco de tensão constitucional, relativo à necessidade de preservação da autonomia da vontade do titular do direito com relação à escolha sobre os procedimentos a serem utilizados na defesa de seus interesses:

“Com isso, estabelece-se uma limitação à própria representatividade dos sindicatos. Como entidades imprescindíveis para o adequado funcionamento de um regime democrático, os sindicatos possuem um papel definidor da própria cidadania. Do ponto de vista individual do trabalhador, todavia, deve-se questionar qual o quantum de cidadania (representatividade) necessário para a efetividade de seus direitos. Como sempre ressaltava Norberto Bobbio: ‘nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia’. A democracia depende não apenas da existência de espaços públicos de participação, mas também de esferas de autodeterminação e de autonomia privada.

A função constitucional dos sindicatos deixa de existir nas hipóteses em que a proteção dos direitos dos trabalhadores seja mais eficaz por meio de mecanismos procedimentais individualizados.

Em qualquer caso, em prol da própria autonomia individual, sempre caberá ao trabalhador a escolha dos meios mais adequados para fazer valer seus interesses."

A despeito da consistência das posições vencidas, essa matéria foi consolidada na jurisprudência da Corte, em linha com os fundamentos dos votos vencedores (vide, no mesmo sentido, o acórdão proferido no RE nº 193.503/SP).

A consolidação da posição do STF no sentido de se permitir a execução coletiva por meio de substituição processual, como bem apontado pelos votos vencidos, significa permitir-se a satisfação do direito por aquele que não seja o seu titular.

Embora essa posição não encontre maiores dificuldades de acolhida em relação aos direitos difusos e coletivos, nos quais a titularidade do direito pode ser considerada não individualizada e pertencente a toda a coletividade, ela estampa problema grave nos direitos individuais homogêneos, em que a titularidade do direito é individualizada e disponível, compondo o patrimônio jurídico da pessoa especificamente considerada¹¹¹. Exatamente aqui reside o importante foco de tensão que dá origem ao presente trabalho.

Cumprido destacar que também o STJ, a partir do acórdão do STF, passou a admitir tal forma de execução, como evidenciam os seguintes precedentes:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LEGITIMIDADE DOS SINDICATOS. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO LATO SENSU.

1 - O cerne da controvérsia gira em torno da legitimidade dos sindicatos para atuar na fase executiva do processo coletivo "lato sensu". Consoante recente entendimento consignado no âmbito da Quinta e Sexta Turmas desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, os sindicatos agem na qualidade de substitutos processuais quer na fase de conhecimento, quer na fase de liquidação e execução das ações em que se discutem direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados.

¹¹¹ Defende-se, inclusive, que o patrimônio jurídico do indivíduo não é composto apenas pelo direito material em questão, mas a própria disponibilidade, enquanto reserva de liberdade individual, resultado da autonomia privada.

2 - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados." (EREsp 1.082.891/RN, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/05/2009, DJe 21/05/2009).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. ATUAÇÃO DO SINDICATO. SUBSTITUTO PROCESSUAL. FASE DE CONHECIMENTO. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. A atuação dos sindicatos na fase de conhecimento, liquidação e execução de sentença, proferida em ações versando direitos individuais homogêneos, se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores.

2. A Corte Especial no julgamento dos Embargos de Divergência EREsp 760840/RS, acolhendo o entendimento emanado do Egrégio Supremo Tribunal Federal, assentou que: "Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Dissonância entre entendimentos recentemente manifestados no âmbito da Corte Especial. Legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de direitos individuais homogêneos. Reconhecimento, pelo STF, da atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores, tanto durante o processo de conhecimento, como na fase de liquidação ou cumprimento de sentença. Acolhimento de tal entendimento também no âmbito do STJ.

- A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp 1.082.891/RN; AgRg no EREsp 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp 847.319/RS; EREsp 901.627/RS).

- O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE 193.503/SP; RE 193.579/SP; RE 208.983/SC; RE 210.029/RS; RE 211.874/RS; RE 213.111/SP - Informativo de Jurisprudência/STF nº 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestados pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a idéia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo.

- Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido. Embargos de divergência conhecidos e providos." (EREsp 760.840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009).

3. Dessarte, a função uniformizadora deste Superior Tribunal de Justiça revela a necessidade de acolhimento dos Embargos de Declaração para adequar o julgado ao novel entendimento emanado da Corte Especial.

4. Embargos de Declaração opostos pelo SINDICATO DOS SERVIDORES FEDERAIS DO RIO GRANDE DO SUL - SINDSERF/RS, acolhidos, com efeitos infringentes, porquanto obedecido o princípio do contraditório, para conferir-lhe legitimidade para a execução.

5. Embargos de Declaração opostos pela UNIÃO rejeitados." (EDcl nos EREsp 901.627/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/08/2010, DJe 02/09/2010).

"Processual civil. Embargos de divergência em recurso especial. Dissonância entre entendimentos recentemente manifestados no âmbito da Corte Especial. Legitimidade do sindicato para atuar em juízo na defesa de direitos individuais homogêneos. Reconhecimento, pelo STF, da atuação do sindicato como substituto processual dos trabalhadores, tanto durante o processo de conhecimento, como na fase de liquidação ou cumprimento de sentença. Acolhimento de tal entendimento também no âmbito do STJ.

- A jurisprudência da Corte Especial do STJ tem se apresentado inconstante quanto à qualificação jurídica da atuação do sindicato na fase de cumprimento de sentença proferida em ação coletiva. Há precedentes, tanto no sentido de considerar que nessas hipóteses o sindicato atua como substituto processual dos trabalhadores (EREsp 1.082.891/RN; AgRg no EREsp 1.077.723/RS), como no sentido de qualificar tal atuação como mera representação (EREsp 847.319/RS; EREsp 901.627/RS).

- O STF firmou seu entendimento no sentido de que, tanto na fase de conhecimento, como na de liquidação ou de cumprimento da sentença proferida em ações em que se discutam direitos individuais homogêneos, a atuação do sindicato se dá na qualidade de substituto processual, sem necessidade de prévia autorização dos trabalhadores (RE 193.503/SP; RE 193.579/SP; RE 208.983/SC; RE 210.029/RS; RE 211.874/RS; RE 213.111/SP - Informativo de Jurisprudência/STF nº 431). Em que pesem os robustos argumentos de ordem técnico processual manifestados pelos Ministros que proferiram voto-vencido naquela oportunidade, prevaleceu a idéia de máxima ampliação da garantia constitucional à defesa coletiva dos direitos e interesses dos trabalhadores em juízo.

- Pacificada a questão no Supremo Tribunal Federal, é importante que, por um critério de coerência, respeitando-se o ideal de uniformização da jurisprudência nacional, que o STJ pacifique também sua jurisprudência, no mesmo sentido. Embargos de divergência conhecidos e providos." (EREsp 760.840/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/11/2009, DJe 14/12/2009).

De se destacar o voto proferido pelo Ministro Teori Zavascki neste último precedente, já que, embora de posição contrária, manifestada inclusive em trabalho doutrinário¹¹², acompanhou a posição do STF, ressaltando que

“a circunstância de estar o Sindicato legitimado a atuar em regime de substituição processual não significa que a execução possa ser promovida por valor global, de forma impessoal e indivisa, sem identificação subjetiva e material dos titulares individuais e dos correspondentes créditos a serem executados. Em outras palavras: a autorização para promover a execução por regime de substituição processual não dispensa a prévia formação do título executivo, com as características próprias, notadamente no que se refere à identificação dos credores e o valor dos respectivos créditos”.

Como serão exploradas mais à frente, essas são algumas das dificuldades práticas de implementação da execução coletiva, que demonstram a imprestabilidade do procedimento no atendimento aos princípios que o legitimam.

O importante a ser fixado aqui é que os princípios que justificaram a citada jurisprudência dizem respeito à proteção do trabalhador, em primeiro plano, e ao acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional, em termos mais amplos. Com efeito, a leitura que justifica tal abertura está vinculada à ideia de que a prestação jurisdicional será tanto mais efetiva quanto maior for o seu grau de influência sobre situações que, embora individuais, superem essa dimensão quando considerada a amplitude dos seus efeitos no corpo social.

O que inegavelmente se vê em todos os fundamentos apresentados neste capítulo - especialmente os relativos à adequação da prestação jurisdicional à nova conformação social (em que as relações de massa imperam em determinadas áreas), de modo a equilibrar a representatividade das partes em relação ao processo e às suas consequências - é que servem para legitimar a ação coletiva. Seriam eles dotados de força suficiente a torná-los automaticamente extensíveis à execução coletiva dos direitos individuais homogêneos?

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. pp. 186- 187.

A dúvida surge porque, nessa particular etapa processual, há outros elementos que impedem o avanço do tratamento coletivo da matéria, tanto fáticos quanto jurídicos, de modo que os inegáveis benefícios da tutela coletiva no momento da ação podem não se apresentar de forma tão clara no momento da satisfação (liquidação e execução) do direito.

Passa-se, assim, a verificar se os benefícios alcançados pela abertura da prestação jurisdicional à tutela coletiva de direitos individuais são também alcançados com a execução coletiva, pelo substituto processual, desses mesmos direitos, e, em caso positivo, se esses benefícios justificam a inversão dogmática representada pela possibilidade de satisfação do direito por quem dele não seja titular, e, mais, se justificam o enfraquecimento do direito subjetivo representado pela impossibilidade de disposição do direito por seu titular.

CAPÍTULO IV - A PONDERAÇÃO

1 – Considerações Iniciais

O conjunto de elementos expostos a discussão nos capítulos anteriores torna possível alcançar o ponto culminante do presente trabalho, que consiste em, com o sopesar dos princípios contrapostos, realizar análise crítica da extensão interpretativa conferida pela jurisprudência aqui tratada à execução coletiva, no sentido de permitir tal procedimento independentemente da manifestação de vontade do titular do direito.

Avançar nessa análise exige delimitar alguns dos pressupostos teóricos dos quais ela parte, relativos (i) à admissão da força normativa dos princípios, (ii) à possibilidade de colisão, no caso concreto, entre princípios constitucionais, adotando-se a teoria que admite a incidência *prima facie* dos princípios, reservada a sua aplicabilidade às peculiaridades de cada caso concreto, a partir dos condicionantes de fato e da presença de princípios ou regras contrapostos, e (iii) ao método de sopesamento, ou ponderação, como forma de solução de situações envolvendo colisão entre princípios.

Dado que esses pressupostos teóricos, embora amplamente utilizados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, não são imunes a críticas, realizar-se-á um resumo do substrato presente em sua formulação e das posições contrárias, declinando, quando necessário, as razões pelas quais se adota determinada posição em detrimento de outra.

Uma vez estabelecidos os pressupostos teóricos, analisaremos a questão objeto do presente trabalho a partir das perspectivas relativas à finalidade e à função dos princípios contrapostos no ordenamento jurídico

brasileiro, avaliando os riscos e efeitos da tomada de decisão tanto em um sentido quanto no outro.

2 – Princípios e regras

Em primeiro lugar cabe, então, destacar a força normativa dos princípios. Essa força normativa, embora objeto de amplo debate na doutrina¹¹³, pode ser tida como de uso pacífico na fundamentação de decisões judiciais no Brasil (em especial no Supremo Tribunal Federal), sem ser necessário, para isso, o socorro a qualquer regra específica¹¹⁴. Dada essa vasta utilização, e considerando que o presente trabalho se destina a fazer uma análise crítica do alcance conferido a determinado instituto a partir da observância aos princípios que lhe dão orientação, adotar-se-á como razoavelmente aceito, entre nós, o reconhecimento dos princípios enquanto espécie de norma jurídica, e, como tal, dotados de força normativa própria.

A partir desse reconhecimento, cabe identificar a diferenciação entre princípios e regras. O critério tradicionalmente utilizado parte das ideias de abstração e generalidade, ou seja, as regras são estabelecidas de forma

¹¹³ A título de exemplo, na doutrina estrangeira: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1978. Especialmente o capítulo 2.

Contra a força normativa dos princípios, veja-se: ALEXANDER, Lary ; KRESS, Keneth. Contra os princípios. In: *Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Editado por Andrei Marmor. São Paulo: Martins Fontes, 2000. A partir da p. 419.

¹¹⁴ A título de exemplo confira-se a seguinte ementa:
„EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão.“ (RE 579.951/RN, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJ 24.10.2008).

direta, específica, descritiva de fatos concretos, ao passo que os princípios caracterizam-se por estabelecer noções gerais, abstratas, abertas, vinculadas a determinado valor¹¹⁵.

Robert Alexy afasta o critério da generalidade e introduz um diferencial qualitativo, que confere aos princípios a função de servirem de mandados de otimização, a significar que devem ser cumpridos na maior medida possível. Essa definição traz importante diferença na aplicação das duas estruturas normativas: enquanto as regras, por se referirem a situações objetivas, são inteiramente aplicáveis ou não (no sentido de tudo ou nada), os princípios podem ser aplicados em parte, a depender da exigência e da possibilidade de seu cumprimento em cada caso específico¹¹⁶.

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. tomo 3. p. 14.

Também Virgílio Afonso da Silva reconhece essa pluralidade de critérios de diferenciação:

"Há autores que sustentam que entre regras e princípios há uma diferença de grau. A partir dessa idéia, há aqueles que sustentam que o que distingue ambos seria o grau de importância: princípios seriam as normas mais importantes de um ordenamento jurídico, enquanto as regras seriam aquelas normas que concretizariam esses princípios. Há também aqueles que distinguem ambos a partir do grau de abstração e generalidade: princípios seriam mais abstratos e mais gerais que as regras. Outras classificações baseadas em algum tipo de gradação são possíveis."

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 44.

¹¹⁶ "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandados de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determinan por los principios y reglas opuestos.

Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones em el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o um principio."

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução. de Carlos Bernal Pulido. 2.ed. em espanhol. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2008. pp. 67- 68. Em tradução livre:

"O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam porque se podem cumprir em diferentes graus e também porque a medida de seu cumprimento é depende não apenas das possibilidades reais de sua satisfação, mas também das jurídicas. O âmbito de suas possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos.

Por seu turno, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se cumprir exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. As regras,

Há ainda outras leituras, diferentes, entre as quais ganha destaque a elaborada por Humberto Ávila, a sustentar que a diferença entre regras e princípios não pode ser estabelecida *a priori*, só podendo ser definida no momento mesmo de sua aplicação. Nessa linha, o autor sustenta que o critério de modo de aplicação – tudo ou nada nas regras e sopesado nos princípios – não é suficiente para estabelecer a distinção entre regras e princípios, na medida em que há a possibilidade de aplicação parcial das regras em casos específicos e há também o fato de que a colisão de princípios sempre leva, no limite, à mitigação da aplicação de um princípio em homenagem a outro.¹¹⁷

Segundo o autor, a distinção, nessa perspectiva, se dá em diversos planos. Esclarece ele:

A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão do seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes

portanto, contém determinações no âmbito do fática e do juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa, e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo 3. p. 15.

De se destacar a definição elaborada por Virgílio Afonso da Silva:

“O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que, como será visto adiante, regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. (...)

No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.”

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 45.

¹¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 44 e ss.

são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.¹¹⁸

Não cabe no presente trabalho tentar identificar o que seja o critério mais correto, na medida em que se apresentam como verdadeiros, em maior ou menor grau, os argumentos defendidos pelas mais diversas correntes. Daí que será aqui adotado aquele que mais se mostre apropriado para enfrentar, em cada momento, os argumentos trazidos tanto pela doutrina quanto pelos acórdãos debatidos, de forma a permitir, assim, a necessária abertura para a análise a ser feita.

3 – O Princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação

A definição de princípios como mandados de otimização (ou como norma finalística, de orientação axiológica) importa, como visto, no reconhecimento de que não são aplicáveis integralmente em todas as situações, estando o grau de sua aplicabilidade vinculado a condicionantes tanto de fato quanto normativos.

Esse reconhecimento delimita a forma de resolução de conflitos normativos. Enquanto a ocorrência desses conflitos, no âmbito das regras, significa que uma das normas em conflito não é aplicável ao caso (há a hipótese de se interpretar uma das regras conflitantes como exceção à regra determinada, interpretação que, contudo, não afasta o fato de que, na espécie,

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 183.

apenas uma das normas se aplica¹¹⁹), no caso dos princípios pode significar (e geralmente significa) a aplicação do princípio em graus variados de incidência, ou ainda, quando o conflito se dá entre regra e princípios, a prevalência da regra e a mitigação da aplicação do princípio.¹²⁰

A maleabilidade permitida (em realidade, necessária) para a resolução desses conflitos afasta a aplicação do modelo subsuntivo clássico, aplicável em geral às regras.

Com efeito, ao se tratar de colisão de princípios ou de conflito entre princípios e regras, o modelo de resolução deve ser outro. O princípio da proporcionalidade apresenta, nessas hipóteses, método que traduz maior efetividade na resolução dos conflitos, a partir da natureza específica das normas cotejadas¹²¹. Pode-se considerar que o princípio da proporcionalidade

¹¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 168.

Humberto Ávila destaca que o método da ponderação pode ser utilizado mesmo para a resolução de conflitos entre regras, como se dá nos casos em que a interpretação literal do texto normativo levaria ao absurdo a sua aplicação, hipótese em que a literalidade do texto é mitigada em atenção à sua finalidade. Dado que no presente trabalho a colisão se dá entre princípios, não há necessidade de se avançar nessa distinção.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. pp. 44 e ss.

¹²⁰ Embora não haja qualquer determinação nesse sentido, o fato é que a regra em geral prevalece, quando em confronto com princípio. Nesse sentido:

"É interessante notar que um princípio será afastado por outro, à vista do cotejo dos fundamentos que estão latentes em cada qual, no contexto em apreciação. Já a regra, na medida em que consiste no resultado de ponderação previamente estabelecida pelo legislador, tende a ter prioridade sobre o princípio que se lhe opõe. A prioridade de uma norma editada como regra pelo legislador sobre um princípio, que lhe disputa a incidência, decorre da consideração de outros princípios formais, como o da democracia representativa, que empresta peso adicional para as decisões legislativas. Apenas quando considerações fundadas em princípios formais não tenham nenhum peso será possível dizer que a regra, no caso concreto, tem a mesma força *prima facie* do princípio com que se defronta – nesse caso, não será apropriado falar em regra como razão definitiva." - BRANCO, Op. cit. pp. 168-169.

¹²¹ Na distinção elaborada por Humberto Ávila, ganha especial destaque a categoria dos postulados (na qual se insere, na perspectiva desse autor, o princípio da proporcionalidade), caracterizados como normas de segundo grau, destinados a apresentar critérios de aplicação das normas de primeiro grau (princípios e regras). A definição é precisa:

"Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da

se apresenta, nesses casos, como o mais aceito tanto pela doutrina¹²² quanto, principalmente, pela jurisprudência, em especial a do Supremo Tribunal Federal.

Invocar o princípio da proporcionalidade¹²³ significa analisar, com base nos elementos de fato e normativos relativos ao caso concreto, a medida de restrição ao princípio contraposto a partir do grau de necessidade de satisfação do princípio que se busca respeitar.

Para tanto, foram elaborados três critérios distintivos (ou subprincípios) consistentes em verificar (i) a **adequação** da medida, no sentido de sua

segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semântica e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto da aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), que de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas“.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.124

¹²² Não obstante as críticas, a ponderação pode ser vista como uma implicação lógica da teoria dos princípios. Nesse sentido:

“A importância da proporcionalidade para o estudo dos direitos fundamentais é acentuada, uma vez que Alexy concorda com a Corte Constitucional alemã, quando esta considera que ‘a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais’. Alexy acrescenta que ‘uma teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e o princípio da proporcionalidade implica a teoria dos princípios’. Os subprincípios da proporcionalidade conferem a fundamentação do princípio da proporcionalidade. A ‘fundamentação ‘jusfundamental’ consiste no seu exame.”

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

¹²³ “O princípio da proporcionalidade compõe-se de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.”

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 110.

Humberto Ávila confere à ponderação com base no exame da proporcionalidade o status de postulado, destacando que a sua aplicação se dá “nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.”

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 185.

viabilidade para a satisfação do princípio que se pretenda concretizar, (ii) a **necessidade** da medida, tendo em vista principalmente a sua efetividade ante a (in)existência de outra medida menos gravosa, e, por fim, (iii) a sua **proporcionalidade em sentido estrito**, significando a ponderação, a partir dos elementos próprios dos princípios em conflito, capaz de levar à conclusão de que o bem que se pretende proteger deve ser necessariamente maior que o bem relegado. Cabe abordar de forma sintética cada um desses passos.

Em primeiro lugar, a medida (regra ou interpretação a ela dada que importe na restrição de determinado princípio) deve ser **adequada** para a satisfação do princípio a que busca dar cumprimento. Paulo Gustavo Gonet Branco explica que

“o subprincípio da adequação – ou da idoneidade – ministra critério para se averiguar a legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, reclamando que a razão que norteia essa interferência seja satisfeita com a restrição que se operará sobre o princípio afetado. Se um meio não serve para atender a um fim exigido por um princípio e afeta as possibilidades de realização de outro princípio, está proibido, porque frustra, sem proveito para o primeiro princípio, a vocação do segundo a máxima satisfação possível.”¹²⁴

O autor dá ainda as condições em que deve ser interpretada essa adequação, relativizando o rigor que poderia decorrer de uma aplicação vinculada à produção concreta dos efeitos, para aclarar que a avaliação deve ser feita de forma a considerar tanto a expectativa de produção dos resultados pretendidos quando da edição da medida quanto a produção real desses efeitos, ainda que parcial. Defende, porém, que nada impede o reconhecimento de inadequação de medida que, mesmo que ao tempo em que editada revelasse consenso no sentido de sua efetividade na produção dos efeitos pretendidos, é considerada inócua a partir de evolução no pensamento da matéria, argumentando que a correção da prognose no momento da edição da lei não significa a perpetuação de restrição a princípio

¹²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 171-172.

quando se verifica o erro, mesmo que confirmado em momento posterior, nessa mesma prognose.¹²⁵

Já o subprincípio da **necessidade** revela a exigência de que a medida restritiva do princípio seja a única opção, ou, na existência de alternativas, a menos gravosa. Esse subprincípio importa em duas dificuldades: (i) a primeira consiste na impossibilidade de se estabelecer a relação de gravidade (significando restrição ao direito fundamental) e efetividade da medida. Isso porque a prática revela que essa avaliação somente é possível de ser realizada de forma incontestada quando as duas medidas possuam igual eficácia, o que raras vezes acontece¹²⁶; (ii) já a segunda, ligada à primeira, revela a tensão existente entre a exigência que o subprincípio da necessidade traz e a discricionariedade do legislador (ou do executivo) em estabelecer, de acordo com critérios de conveniência próprios de sua atividade, a medida que lhe pareça a mais adequada para a consecução do fim pretendido¹²⁷.

Por essas razões, a aplicação do subprincípio da necessidade demanda a mesma prudência em sua interpretação, sob pena de, com o objetivo de conferir a essa técnica a máxima efetividade, interferir-se indevidamente na discricionariedade dos poderes legislativo e executivo. Deve-se ter sempre em mente a ressalva feita por Alexy, trazida por Paulo Gonet Branco, de que

¹²⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 172-173.

¹²⁶ "Nessa comparação, como se percebe, duas são as variáveis a serem consideradas: (1) a eficiência das medidas na realização do objetivo proposto; e (2) o grau de restrição ao direito fundamental atingido. É claro que, tratando-se de duas variáveis, é necessário que se decida a mais importante. Em geral fala-se na necessidade como a busca do meio menos gravoso, o que pode dar a entender que se deva dar sempre preferência à medida que restrinja menos direitos. Mas isso somente é assim caso ambas as medidas sejam igualmente eficientes na realização do objetivo. Nesse caso – e somente nesse caso – deve-se dar preferência à medida menos gravosa."

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. pp. 171-172.

¹²⁷ "O controle da necessidade traz consigo questões melindrosas de separação de poderes. A eleição do melhor meio para atingir uma finalidade constitui aspecto que se relaciona com opção de oportunidade e conveniência, de que o controle judicial tende a se afastar em deferência aos atores políticos. Cuida-se, novamente, aqui, de avaliação de fatos e de políticas, mas o que se pretende é coarctar situações de clara arbitrariedade e abuso de poder. De toda sorte, a comparação admissível há de ser com outra opção concreta, dotada de mesma efetividade, não sendo dada mera especulação em abstrato."

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175.

"nenhum dos dois testes impõe ao legislador, que vier a dispor sobre um conflito, que opte por um dos diversos meios idôneos concebíveis para resolvê-lo. (...) O teste da necessidade apenas exclui uma opção em face de outra menos agressiva ao princípio que concorre com aquele que o legislador pretende privilegiar. Alexy o diz, claramente, no Epílogo da sua teoria dos direitos fundamentais. Esclarece que 'ao legislador não está categoricamente prescrito que adote o meio mais benigno'. Apenas deve adotar 'um ou outro meio igualmente benigno ou um meio um pouco mais benigno'. O teste não fica reduzido a um exame de oportunidade. (...) Alexy também acentua que nem o subprincípio da adequação nem o da necessidade levam a que se exija um comportamento que atinja um ponto máximo de otimização de um princípio, antes, trata-se 'simplesmente da proibição de sacrifícios desnecessários para os direitos fundamentais.'" ¹²⁸

Por fim, o teste da **proporcionalidade em sentido estrito** importa na avaliação feita, a partir dos princípios em colisão, sobre qual deve prevalecer. Essa avaliação deve ser feita a partir de critérios relativos **(i) ao grau de interferência no princípio**, levando em consideração o seu peso na perspectiva do sistema constitucional e a sua relação com o quanto de interferência é realizada; **(ii) ao grau de afetação na estrutura interna do princípio**, ou seja, a proximidade da não realização em relação ao seu "núcleo essencial"; e, **(iii) por fim, à importância da realização do princípio contraposto**, e se essa realização justifica (em grau e peso) a restrição ao direito fundamental.

Alexy desenvolve esses critérios principalmente no Epílogo à Teoria dos direitos fundamentais, estabelecendo relações entre os padrões de peso do princípio e da medida da violação, classificando os primeiros em leve, médio ou alto e a segunda em leve, média ou grave. A partir daí estabelece uma série de relações de interferência entre os princípios e de possibilidades de colisão.¹²⁹ Para o que nos interessa, a classificação até aqui apresentada, relativa à adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é suficiente para demonstrar a inadequação da interpretação conferida pelo STF ao sistema de execução de ações coletivas. De todo modo, abordaremos algum aperfeiçoamento dessa teoria à medida que se mostre necessário.

¹²⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

¹²⁹ Paulo Gonet fornece uma explicação clara e elucidativa desse aperfeiçoamento na obra citada na nota anterior a partir da página 181.

Não se desconhece a carga crítica que essa teoria comporta, centrada, substancialmente, na abertura demasiada a elementos não-jurídicos no processo decisório e no conseqüente caráter antidemocrático dessa forma de resolução de conflitos normativos¹³⁰.

Boa parte da crítica revela preocupação com o fato de que essa abertura pode mitigar a racionalidade que legitima as decisões judiciais¹³¹, trazendo como consequência “decisionismo” baseado em valores do julgador, não necessariamente vinculados ao sistema normativo relativo ao caso em análise.¹³²

A crítica é pertinente e revela consistente foco de preocupação, em especial a trazida por Humberto Ávila, no sentido de que é necessário restringir o uso abusivo (e desatento aos critérios necessários, aqui apresentados) do princípio da proporcionalidade e da ponderação de princípios como método de resolução de conflitos normativos.

Deve-se destacar, entretanto, que a teoria tal qual concebida tem em perspectiva justamente fornecer elementos para tornar o mais racional possível (e, dessa forma, ampliar o correspondente espaço de controle) o processo de tomada de decisões judiciais, em especial as proferidas pela corte constitucional, em que o elemento valorativo decorrente da própria estrutura

¹³⁰ Entre várias, para uma crítica contundente, dirigida ao uso exagerado da ponderação, ver: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009 p. 8. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>

¹³¹ Alexy dá a dimensão de crítica elaborada por Habermas exatamente nesse ponto: “A primeira objeção de Habermas é que o modelo de ponderação toma dos direitos fundamentais sua força normativa. Ele acha que, pelo ponderar, direitos seriam reduzidos de grau ao plano dos objetivos, programas e valores. Eles perderiam, nisso, a ‘primazia rigorosa’, que deve ser característico para ‘pontos de vista normativos’.

(...)

A esse perigo de um amolecimento dos direitos fundamentais, é adicionado ‘o perigo de sentenças irracionais’. Segundo Habermas, não existem ‘critérios racionais’ para o ponderar.” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 108-109.

¹³² Também aqui cabe a crítica de Humberto Ávila trazida acima.

de algumas das normas¹³³ - principalmente as relativas a direitos fundamentais - implica significativa dose de discricionariedade do julgador. O método busca diminuir ao máximo essa discricionariedade, ao aumentar a carga argumentativa necessária para legitimar o resultado do julgamento.

Cabe então passar, neste ponto, à análise do caso objeto do presente trabalho.

4 – A Execução coletiva de direitos individuais homogêneos sob a ótica da autonomia da vontade

Como exaustivamente visto, a sistemática da tutela coletiva de direitos permite a legitimação de diversas entidades para proceder à defesa coletiva de direitos classificados em três categorias, duas eminentemente coletivas (difusos e coletivos) e uma eminentemente individual (direitos individuais homogêneos).

A legitimação para atuação no processo de conhecimento, em qualquer das três categorias, se dá no regime de substituição processual, regime em que o legitimado atua em nome próprio na defesa de direitos de terceiros, sem ser necessária autorização.

Por suas peculiaridades, relativas ao fato de serem direitos individuais e disponíveis, os direitos individuais homogêneos admitem o regime de substituição processual apenas na fase de conhecimento, quando se profere sentença genérica, devendo a execução ficar vinculada à manifestação de

¹³³ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009 p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

vontade do titular, que a pode propor individualmente ou conferir autorização para que o legitimado processual a realize, no regime de representação.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, em julgado relativo à possibilidade de sindicato executar, sem autorização, direitos da categoria, conferiu interpretação extensiva ao texto do art. 8º, inciso III, da Constituição - que confere legitimidade ao sindicato para defender, em juízo, os interesses da categoria - para autorizar a execução, pelo sindicato, no regime de substituição processual, de direitos dos sindicalizados.

No sistema da tutela coletiva de direitos, essa permissão consiste em autorizar seja feita pelo legitimado processual a execução coletiva de direitos individuais homogêneos, que, como visto, são individuais e disponíveis.

Na ocasião, cinco votos (vencidos) ressaltaram a necessidade de se considerar a individualidade do direito, ou seja, a pluralidade de situações individuais, como elemento impeditivo da atuação do sindicato na condição de substituto processual na fase de execução.

A perspectiva argumentativa contida em tais votos, por si só, já carrega motivos suficientes para demandar ampla e mais profunda análise sobre a adequação e a necessidade da abertura interpretativa ali conferida pelo STF ao texto constitucional. O que se pretende aqui é introduzir, ao lado dos fundamentos presentes nesses votos, um novo elemento, representado pela autonomia da vontade.

O respeito à autonomia da vontade se fazia necessário, no caso, tendo em vista que os direitos em discussão eram disponíveis, reflexo, como visto, do conceito de direito subjetivo, que, por sua vez, informa todo o direito moderno e é da estrutura própria dos direitos fundamentais, enquanto direitos inerentes ao ser humano.

A questão em discussão, nessa perspectiva, é sobre se a autonomia da vontade não configuraria um limite à extensão interpretativa realizada pelo

STF. Essa perspectiva foi levantada no referido julgamento, em manifestação do Ministro Gilmar Mendes durante o voto do Ministro Cezar Peluso, nos seguintes termos:

"Ministro Peluso, um tema ainda não roçado, que é extremamente sensível, e aparece no direito comparado, diz respeito ao problema da própria autodeterminação do cidadão. Supor essa autonomia dos sindicatos, sem limites, na verdade, é transformar isso numa república sindical; **é mais do que isso: é desvalorizar a idéia de autodeterminação que está presente em toda a Constituição.**" (grifo nosso).

Coerentemente com a colocação, em suas conclusões ressaltou o Ministro Gilmar Mendes que "**em qualquer caso, em prol da própria autonomia individual, sempre caberá ao trabalhador a escolha dos meios mais adequados para fazer valer seus interesses**". (grifo nosso).

É essa a tensão principiológica com que se pretende trabalhar, a partir da referida decisão do STF.

Cabe, por isso, uma leitura crítica da decisão, aliada aos elementos de fato e de direito necessários para verificar a adequação, a necessidade e a efetividade dessa medida para a consecução dos fins propostos, levando em consideração os efeitos de tal decisão em termos de estrutura de prestação jurisdicional e de proteção à autonomia da vontade.

O acórdão, em termos de estrutura argumentativa, não oferece muito mais do que o já exposto no capítulo anterior, conforme ilustram os seguintes trechos dos votos dos Ministros Carlos Velloso e Ayres Brito, nos quais se encontram os fundamentos que orientaram a posição vencedora:

"Essa é a tendência, parece-me clara, da jurisprudência da Corte Suprema, tendência que se amolda à observada em direito processual comparado, de legitimar, como substituto processual, as entidades sindicais, porque hoje se percebe que o serviço que elas podem prestar aos seus associados, aos seus filiados, à sua categoria e também à justiça é realmente inestimável. E não só se observa essa tendência relativamente às entidades sindicais, às entidades associativas, mas também ao Ministério Público, o qual, hoje, está legitimado para as ações civis públicas de defesa de direitos individuais homogêneos, numa relação de consumo. No tocante a direitos individuais e sociais indisponíveis, a legitimação

decorre da Constituição (C.F. art. 127), como decorre da Constituição a legitimação para a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (C.F. art. 129, III)." (voto Ministro Carlos Velloso).

"Entendo o seguinte: a coletivização do processo, tão generosamente feita pela Constituição, respondeu a duas necessidades: a primeira social – estamos no âmago de uma sociedade pós-industrial em que os conflitos não são apenas interindividuais, são marcadamente intergrupais, são coletividades que se atritam, se friccionam, que contendem juridicamente, e era preciso dar uma resposta processual, com a coletivização do processo, que significasse aquilo que o Ministro Marco Aurélio acabou de dizer: economia processual. Ou seja, causas entre as mesmas partes, com a mesma razão de pedir, já não seriam pulverizadas, e, sim, uniformizadas, unificadas. Essas causas, assim coletivizadas na sua protagonização, primariam também pela celeridade, porque fica muito mais fácil lutar processualmente, judicialmente, quando as partes estão quantitativamente reduzidas. Então, a duração do processo fica mais célere, porque pulverizar o processo é, sem dúvida, ofender a esses dois princípios: o da economia e da celeridade processual. Acresça-se: também, visou a Constituição a servir também ao Poder Judiciário e ampliar a sua eficiência. A coletivização do processo responde a essa necessidade de o Poder Judiciário dar respostas ao jurisdicionado com mais rapidez e eficiência. Claro que o processo coletivo também cumpre esse papel fundamental." (voto Ministro Carlos Ayres Brito).

Como se vê, a possibilidade de execução coletiva de direitos disponíveis, para os defensores da tese, se justificaria por conferir, em sentido estrito, maior proteção ao trabalhador na garantia de seus direitos (argumento central de diversos votos) e, em sentido amplo, maior acesso à justiça e maior efetividade na prestação jurisdicional.

Cabe verificar se e em que medida essa proposição se confirma.

No plano do exame da adequação da medida, não há elementos capazes de demonstrar que a execução realizada por meio do substituto processual se revela mais eficaz, em termos de acesso à justiça, do que a realizada pelo titular do direito. Essa maior eficácia poderia se revelar se se verificasse, em sentido amplo, com a execução coletiva, um alargamento da possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, mediante adequada representação processual do interessado. Esse aumento, contudo, não se verifica.

Com efeito, em termos de acesso à jurisdição, temos que, no sistema tradicional, não se faz presente qualquer empecilho à execução. De fato, no momento da execução basta a comprovação do enquadramento do titular do direito na situação genérica definida na sentença coletiva, o que, em boa parte dos casos, consiste na apresentação de documentos capazes de demonstrar a existência do fato jurídico gerador da obrigação. Por outro lado, não há que se falar aqui em representatividade desigual entre as partes, na medida em que já há título executivo, significando que o direito já está assegurado.

Demais disso, remanesce com o titular do direito interessado em proceder à execução (e que para isso esteja a encontrar dificuldade), a capacidade de conceder autorização para que qualquer dos legitimados a ajuizar a ação coletiva proceda à sua execução, no seu (do titular) interesse.

Também não se consegue perceber em que medida haveria maior efetividade da jurisdição com a execução coletiva movida pelo substituto processual. Como se sabe, em sentido estrito, a efetividade está vinculada à satisfação do direito, em tempo razoável, pelo seu titular. Na verdade, a intermediação, na fase de execução, de entidade associativa com o fim de requerer a satisfação do direito de todo o universo dos titulares, sob a condução de um único juiz, a rigor tenderia a retardar, e não a acelerar, a satisfação do direito por seus titulares. Essa realidade foi reconhecida por Teori Albino Zavascki, quando observa que

"Partindo do pressuposto de que não pode haver execução senão em benefício individual de cada credor, cuja situação particular deverá, conseqüentemente, ser discriminada e examinada, não é difícil antever os resultados desastrosos que podem advir da propositura de uma execução coletiva dessa natureza, em favor de muitos credores, levada a efeito no âmbito de uma única relação processual, perante um único juiz. Será uma espécie de grande litisconsórcio ativo, sem observância do limite do número de autores recomendado para o bom andamento do processo (CPC, art. 46, parágrafo único). A liquidação de sentença e a satisfação do débito em favor de um credor, que poderiam ser rápidas num processo individual, ficarão na dependência do andamento de um processo coletivo cujo desfecho depende de exame de múltiplas situações individuais estranhas e juridicamente independentes umas das outras. Isso evidencia que, mesmo se propostas por sindicato e independentemente de sua legitimação ativa (se representação ou substituição processual, o

que, nas circunstâncias, acaba sendo questão de menor importância), a liquidação e a execução ganharão agilidade e efetividade se promovidas em nome individual ou em pequenos litisconsórcios ativos, perante o foro mais conveniente a cada credor.¹³⁴

Também o Ministro Cezar Peluso identificou com precisão o fato no voto proferido no mencionado julgamento:

“A hipótese, equiparável, nas conseqüências funestas, à do chamado litisconsórcio multitudinário, hoje proscrito (art. 46, § único, do CPC), inviabilizaria a aplicação, em grau mínimo que fosse, do princípio da imediatidade entre o juiz e a fonte das provas, sem a qual não se produziria cognição ('cognitio') adequada, em profundidade e amplitude, às especificidades de cada um dos múltiplos direitos controvertidos. Estaria, com isso, comprometido o exercício frutífero da atividade jurisdicional, em dano do prestígio do Poder Judiciário e de garantia constitucional do réu (art. 5º, incs., LIV e LV, da CF), cujo direito de defesa, nas suas variadas expressões dentro da estrutura do contraditório, acabaria, na prática, sacrificado, porque obrigado a opor-se, no mesmo feito, a uma infinidade de pretensões distintas, deduzidas em cúmulo objetivo. Mas, sobretudo – e tal perspectiva parece-me determinante a quem predique exegese expansiva ao art. 8º inc. III, inspirada em visão aparente de defesa generosa dos trabalhadores –, estariam sacrificadas as posições processuais destes mesmos, enquanto substituídos, cujas alegações e elementos de prova, adaptadas, como não pode deixar de ser, a cada situação particular, se diluiriam e aniquilariam na massa caótica dos atos processuais! Numa síntese, legitimação extraordinária irrestrita, suscetível de abranger defesa de direitos e interesses individuais heterogêneos e ilimitados, significaria aberta contradição com a própria *ratio iuris* do art. 8º, inc. III, preordenado a favorecer, dentro do processo, os trabalhadores substituídos. Processo tumultuário não é coisa que convenha a ninguém muito menos a trabalhadores cuja inferioridade econômico-social tende a norma a compensar.”

Por fim, se a medida não se revela capaz de levar a um acesso mais amplo à justiça, nem a maior efetividade na prestação jurisdicional, igualmente não se verifica em que medida a execução movida pelo sindicato poderia contribuir para maior proteção do trabalhador, já que nem mesmo afastaria o risco de demissão ou de assédio moral por parte do empregador, tendo em vista que, mesmo sendo a ação movida pelo sindicato, é necessária a identificação do titular do direito para demonstrar (i) essa titularidade e (ii) a medida do direito individual.

¹³⁴ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 187

Dessa forma, o fato de o autor da execução ser o sindicato, atuando em nome próprio, não afasta a necessidade de identificação do titular do direito. Essa necessidade, aliás, foi reconhecida pelo STJ, em voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do EREsp nº 760.840-RS, ao ressaltar que

“a circunstância de estar o sindicato legitimado a atuar em regime de substituição processual não significa que a execução possa ser promovida por valor global, de forma impessoal e indivisa, sem identificação subjetiva e material dos titulares individuais e dos correspondentes créditos a serem executados. Em outras palavras: a autorização para promover a execução por regime de substituição processual não dispensa a prévia formação do título executivo, com as características próprias, notadamente no que se refere à identificação dos credores e o valor dos respectivos créditos.”

Em termos do exame da adequação da medida, essas as considerações que pareceram apropriadas em relação à satisfação dos princípios que fundamentam a execução coletiva (novamente – a proteção do trabalhador, em sentido estrito, e o acesso à justiça e à efetividade da jurisdição, em sentido amplo). Como visto, não há relação entre a execução (lida como satisfação do direito) e a realização desses princípios.

Sob a perspectiva da necessidade, a execução coletiva também não se revela a medida menos gravosa. Isso porque os esforços do órgão legitimado servirão melhor os representados se direcionados a informar e prestar assistência aos titulares do direito individual, preservando, entretanto, a autonomia de cada um, em termos de avaliação sobre a oportunidade, a conveniência e a utilidade de reivindicar seu direito. É exemplo dessa prática a experiênciã que ocorre atualmente no estado do Paraná, no qual associação de defesa de consumidores, depois de transitada em julgado sentença coletiva reconhecendo determinado direito¹³⁵ aos consumidores daquele estado, vem convocando os titulares individuais dos direitos a proceder à execução, individual, da sentença. O problema, como se vê, pode ser mais de acesso à informação do que de acesso à justiça.

¹³⁵ A ação coletiva (nº 38765-98, comarca de Curitiba) versava sobre a restituição de expurgos inflacionários decorrentes dos planos Bresser e Verão, a todos os correntistas titulares de caderneta de poupança no estado à época da edição dos referidos planos.

Em consideração à leitura mais restrita do acórdão, relativa à proteção do trabalhador enquanto princípio informador do art. 8º, inciso III, da CF, deve-se destacar que o ordenamento jurídico já dispõe de meios efetivos de proteção tanto contra a demissão injusta quanto contra o assédio moral decorrente da ameaça de demissão pelo fato de o trabalhador exercer direito reconhecido pelo Judiciário. Desse modo, a realização do princípio da defesa do trabalhador pode se concretizar por outros meios que não importem na restrição à autonomia da vontade do trabalhador e na satisfação de seu direito por terceiro, sem autorização.

No plano dos critérios fáticos da proporcionalidade¹³⁶, como visto, não há adequação e necessidade na satisfação dos princípios da proteção ao trabalhador, do acesso à justiça e da efetividade da jurisdição por meio da execução coletiva de direitos homogêneos sem autorização do particular.

Por outro lado, a disponibilidade de direito representa manifestação concreta do conceito de direito subjetivo, base de toda a construção jurídica moderna (tanto de direito civil quanto de direitos fundamentais), e que tem na ação civil o seu instrumento processual característico.

Dessa forma, a permissão para que a satisfação do direito seja realizada por quem dele não é titular, de forma independente de qualquer manifestação de interesse do efetivo titular, importa em grave violação tanto dos princípios que dizem respeito à liberdade de disposição de direitos (que encontra amparo, em última análise, no princípio da legalidade, art. 5º, inciso II, da CF) quanto dos elementos dogmáticos que informam a ação civil, fortes no determinar a satisfação do direito por iniciativa do seu titular.

Como foi visto, a satisfação dos princípios relativos à efetividade da jurisdição e do acesso à justiça encontra amparo e grande realização nas

¹³⁶ “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de os princípios serem mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 118.

ações coletivas. Ocorre que essa realização não se dá na mesma medida (ou não se dá em medida alguma) na execução coletiva de direitos individuais homogêneos por meio de substituição processual. Com efeito, como demonstrado, a especificidade dos direitos a serem satisfeitos é tão diversa que não há, nesse momento, homogeneidade, mas sim multiplicidade de direitos individuais.

Por outro lado, os efeitos da abertura decorrente da interpretação realizada pelo STF são claras: amplia-se o poder de disposição dos entes legitimados para a ação coletiva, representantes, em tese, de gama homogênea de interesses individuais, até o limite da satisfação do direito por essas entidades, independentemente da manifestação de vontade desses titulares individuais. Em outras palavras, privilegia-se a representação em detrimento da autonomia, ou, se se preferir, o intermediário em detrimento do titular.

Em termos de ponderação entre princípios, a questão deve ser analisada a partir da perspectiva em que esses efeitos ultrapassam a questão relativa à adequada representação processual e à efetividade da tutela proporcionada pelo Estado, para atingir o cerne da própria estrutura de proteção conferida por este último à autonomia individual de seus cidadãos.

A questão que se coloca, então, passa pela definição de estrutura de Estado que se pretende preservar (ou alterar), no sentido de se preservar ou restringir o grau de autonomia que se confere aos cidadãos na liberdade de dispor de direitos individuais seus, em contraposição à necessidade de se entregar prestação jurisdicional capaz de conferir a justa e adequada resposta a casos envolvendo questões que, embora de direitos individuais, superam essa dimensão, quando considerada a amplitude de seus efeitos.

Esse é o núcleo da questão: a necessidade de se conferir a resposta jurisdicional adequada a esses casos justifica(ria) a restrição à autonomia da vontade e a invasão ao direito subjetivo de titularidade do cidadão, para permitir a sua satisfação por substituto processual? Essa questão somente

pode ser analisada em termos da perspectiva de estrutura de Estado que se pretende.

Isso porque provavelmente o momento histórico atual seja aquele em que exista maior acesso à justiça – entendida aqui em termos de acesso ao Poder Judiciário – por parte da população em geral. O advento dos juizados especiais, a consolidação material da proteção do consumidor e as proteções trabalhistas (antigas e novas) contribuem em boa medida para esse amplo acesso.

O que se está discutindo, assim, é exatamente, a partir dessa realidade, a estrutura de proteção que se pretende seja conferida pelo Estado: a ampla proteção processual, que culmina na satisfação do direito por substituto processual que independe de autorização para tanto, ou o respeito à autonomia da vontade – inclusive quanto ao exercício da faculdade de disposição do direito pelo seu titular.

Visto sob outro prisma, a legitimação defendida pelo STF pode significar o reconhecimento da incapacidade da população em exercer eficazmente os seus direitos, o que imporia que terceiros o fizessem por ela.

Nesse cenário surge o conceito de paternalismo, a significar a tendência de, identificando-se ou supondo-se a incapacidade do cidadão para exercer determinadas atividades ou tomar certas decisões, fazê-lo em seu nome, como uma espécie de tutela social do indivíduo.

O princípio que sustenta o paternalismo diz respeito à avaliação, feita por terceiro (Estado, associação, comunidade), do que seja correto, ou melhor, ou mais justo, em termos de conduta a ser adotada pelo indivíduo, para o seu próprio bem¹³⁷.

¹³⁷ Michael Trebilcock nos fornece dimensão exemplificativa de intervenções que podem ser consideradas paternalistas ou não:

“However broad the range of circumstances in which coercion and mistake or ignorance may justify legal over-riding of preferences, an individual’s existing preferences remain the basic reference point. It is possible to argue, though, that primacy should be accorded to the good of the individual rather than to his preferences. This opens up an even broader range of possible

interference with individual preferences. Feinberg identifies four ways of treating the relationship between personal autonomy and personal good. The first, which is specially attractive to the paternalist, is to derive the right of self-determination entirely from its conductivity to a person's own good, usually conceived of as self-fulfillment. The right to self-government is not ultimate, basic, or natural, but entirely derivative and instrumental. On this view, we may exercise a right to self-determination only because, and only insofar as, it promotes our good to do so. (...)

A second view is that relationship between a person's right of self-determination and his good of self-fulfillment is not merely a strong instrumental connection but an invariant correspondence. On this view, whatever harm a person might do to his own good by foolishly exercising his free choice would in every case necessarily be out-weighted by the grater harm done by outside interference and direction. A third view is that the right of self-determination is entirely underivative and is morally basic as the good of self-fulfillment itself. On this view, there is no necessity that the free exercise of a person's autonomy will promote his own good, and even where self-determination is likely, on objective evidence, to lead to the person's own harm, other's do not have a right to intervene coercively for his own good. By and large, a person will be better able to achieve his own good by making his own decisions, and even where the opposite is true, others may not intervene, for autonomy is even more important than personal well-being. A fourth view (a compromise view) conceives of autonomy as neither derivative from nor more basic than its possessor's own good or self-fulfillment, but rather as co-ordinate with it. On this view, a person's own good in the vast majority of cases will be most reliably furthered if he is allowed to make his own choices in self-regarding matters, but when self-interest and self-determination do not coincide, one must simply do one's best to balance autonomy against personal well-being and decide between them intuitively, because neither has automatic priority over the other."

TREBILCOCK, M.J. *The limits of freedom of contract*. Second printing. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1997. p. 149.

Em tradução livre:

"Não importa quão largo seja o rol de circunstâncias em que a coerção e o erro ou ignorância possam justificar a prevalência da opção legal sobre a preferência individual, essa última permanece como o ponto de referência básico. É possível argumentar, entretanto, que a primazia deve levar em conta o melhor para o indivíduo, em vez de sua preferência pessoal. Essa perspectiva abre um campo ainda maior de possibilidades de interferência nas opções individuais. Feinberg identifica quatro formas de tratar a relação entre autonomia individual e bem estar pessoal. A primeira, de especial atração para os paternalistas, é a que reduz a autonomia individual unicamente para os casos em que a sua opção venha a lhe trazer benefício. O direito à autonomia não seria natural, básico, mas antes derivado e instrumental. Nessa perspectiva, o nosso direito à autonomia seria exercido apenas nos casos em que - e somente porque - esse exercício venha a promover o nosso benefício.

(...)

A segunda visão é a de que a relação entre o direito pessoal de autodeterminação e a preservação do bem estar não representa somente uma forte conexão instrumental, mas uma correspondência invariável. Nessa perspectiva, qualquer atitude prejudicial adotada pelo indivíduo em exercício desatento de seu direito de escolha seria, necessariamente, sobrepesado pelo mal maior causado pela interferência externa. A terceira perspectiva considera a autodeterminação tão natural e básica quanto a necessidade de bem-estar. Segundo essa corrente, não há a necessidade de que o exercício livre da autonomia da vontade leve ao bem-estar, e mesmo quando esse exercício pode trazer, de forma evidente, consequências prejudiciais, não cabe a terceiros interferir para o seu próprio bem. Em termos gerais, a pessoa estará mais apta para alcançar o seu bem-estar pessoal se tomar as suas próprias decisões, e mesmo quando o contrário se mostrar evidente, terceiros não podem intervir, tendo em vista que a autonomia é mais importante que o próprio bem-estar pessoal. Uma quarta perspectiva não considera a autonomia da vontade como contraposto ao bem-estar do indivíduo, mas antes considera esses elementos como coordenados. Para essa corrente, o exercício da autonomia da vontade na ampla maioria dos casos corresponde ou conduz ao seu benefício, e mesmo nos casos em isso não se dê, cabe ao indivíduo procurar, da melhor forma, encontrar alternativa que venha a produzir solução ponderada, tendo em vista que nenhum desses elementos tem prevalência automática sobre o outro."

No caso aqui analisado, é evidente a tendência paternalista revelada pelo STF quanto à proteção dos direitos individuais, quando em diversos trechos de votos se reconheceu a tendência patriarcal do sindicato na defesa dos direitos dos trabalhadores. Não se está aqui a negar a importância dessa defesa em algum grau, mas apenas apontando o seu exagero quando se trata da satisfação do direito de terceiros por quem não tem autorização para tanto.

Como bem destacado no voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, na ocasião,

“Como entidades imprescindíveis para o adequado funcionamento de um regime democrático, os sindicatos possuem um papel definidor da própria cidadania. Do ponto de vista individual do trabalhador, todavia, deve-se questionar qual o *quantum* de cidadania (representatividade) necessário para a efetividade de seus direitos. Como sempre ressaltava Norberto Bobbio: ‘nada ameaça mais matar a democracia que o excesso de democracia’. A democracia depende não apenas da existência de espaços públicos de participação, mas também de esferas de autodeterminação e de autonomia privada. A função constitucional dos sindicatos deixa de existir nas hipóteses em que a proteção dos direitos dos trabalhadores seja mais eficaz por meio de mecanismos procedimentais individualizados.”

A situação é exatamente essa: o excesso de proteção termina por impossibilitar o titular de direito disponível de exercer esse direito de acordo com a sua conveniência, e, mais, permite a terceiro sem autorização a satisfação desse direito.

Como demonstramos, a autonomia da vontade dá vida a elemento imprescindível à estrutura dos direitos fundamentais, que é a concepção de direito subjetivo, isto é, o reconhecimento do indivíduo enquanto titular de direitos, capaz, por essa única condição, de dispor deles da maneira que bem entender¹³⁸.

Essa perspectiva se coaduna com a interpretação dos direitos fundamentais que reconhecem na dignidade da pessoa humana o vetor hermenêutico central da leitura constitucional. Esse princípio parte exatamente do pressuposto de que o indivíduo, pessoa humana, não se limita a

¹³⁸ Ressalvadas, por óbvio, todas as restrições legais.

representar parte de um sistema, a que deve se adaptar, mas, antes, que seja capaz de incorporar aquilo que a própria vida em comunidade tem por objetivo preservar: condições de vida plena e digna para cada um de seus integrantes.

Essas condições não se limitam à satisfação de bens materiais, compreendendo também a preservação da escolha, no âmbito do indivíduo, da medida que melhor consulte ao seu interesse.

No caso aqui analisado, não há sequer o conflito, apresentado com maestria por Isaiah Berlin¹³⁹, entre a liberdade sem condições materiais de exercício (o que equivaleria à ausência de liberdade) ou a garantia das condições materiais de existência sem liberdade. Isso porque na hipótese de que se trata a satisfação material pode ser exercida, desde que haja interesse do titular do direito. Daí porque a invasão gratuita em seu poder de disposição revela, exatamente por ser gratuita, grave violação à dignidade do titular do direito.

São essas as razões que levam a concluir que a interpretação conferida pelo STF à legitimidade prevista no art. 8º, inciso III, da CF, no sentido de estender aos sindicatos a capacidade de proceder à execução coletiva de direitos individuais disponíveis da categoria, sem a necessária autorização, produz graves efeitos concretos não analisados e que ultrapassam a aparente proteção ao titular do direito (no caso sob exame, o trabalhador), em termos de maior acesso à justiça e de maior efetividade da jurisdição.

¹³⁹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. pp. 226 e ss.

CONCLUSÃO

A discussão apresentada no presente trabalho permite sejam alcançadas as seguintes conclusões:

(i) a autonomia da vontade representa princípio basilar inerente ao conceito de direito subjetivo, elemento nuclear da estrutura do direito e do Estado modernos, além de informador da ideia de direitos fundamentais;

(ii) a sua manifestação processual está calcada no elemento dogmático traduzido na possibilidade de exercício do direito unicamente por seu titular;

(iii) as ações coletivas representam meio processual de adequação da representação jurisdicional tanto à conformação social moderna quanto ao aumento da importância do Poder Judiciário na estrutura do Estado;

(iv) embora cumpram as ações coletivas, de forma incontestada, relevante função no processo de conhecimento (momento de declaração do direito), a permissão para que os legitimados à sua propositura no caso de direitos individuais homogêneos procedam à execução (momento e mecanismo de satisfação do direito) também de forma coletiva, sem autorização do seu titular, importa em inversão da dogmática tradicional e, mais grave, em restrição à liberdade e ao princípio da autonomia da vontade, da qual é manifestação;

(v) submetida uma tal mudança ao escrutínio do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação, verifica-se que os princípios que supostamente a legitimariam não se fazem presentes de forma indubitosa, o que significa que a violação à autonomia da

vontade, nessa situação, não encontra contrapartida em benefício a princípios contrapostos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Lary; KRESS, Keneth. Contra os princípios. In: *Direito e Interpretação: ensaios de filosofia do direito*. Editado por Andrei Marmor. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2. ed. em espanhol. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed, Coimbra: Almedina, 2004.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado - (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n.17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> Acesso em 03 de novembro de 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Tomo 3.

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas: o fim do social e o surgimento das massas*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia de direito*. Compiladas por Nello Moura; Tradução e Notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARVALHO, Acelino Rodrigues *et all*. A natureza da legitimidade para agir no sistema único de tutelas coletivas: uma questão paradigmática. In: *Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.

DICIONÁRIO do pensamento social do século XX. Editado por William Outwaite e Tom Bottomore; com a consultoria de Ernest Guelner, Robert Nisbet, Alain Touraine; editoria da versão brasileira, Renato Lessa, Wanderley Guilherme dos Santos, Tradução de Eduardo Francisco Alves, Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo*. 5. ed. Salvador: Pódium, 2010. v. 4.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *O mandado de Segurança Coletivo e a lei n. 12.016/2009*. In: *Revista de Direito da Universidade Federal de Viçosa*. Volume I – número 3 – outubro de 2010.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 1978.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Características e funções básicas da dogmática. In: *Função social da dogmática jurídica*, São Paulo: Max Limonad, 1998.

GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 2007.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Obra coletiva. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEITE FARIAS, Paulo José. *A dimensão econômica do meio ambiente: A riqueza dos recursos naturais como direito do homem presente e futuro*. In: Senado Federal: Revista de Informação Legislativa. Brasília – ano 45 – nº 180 – outubro/dezembro 2008.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da Lei de Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUHMANN, Niklas. Tesis sobre la dogmática. In: *Sistema jurídico e dogmática jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e Direito privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ação civil pública: desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In: Milaré, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006.

MILLS, C. Wright. A sociedade de Massas. In: FORACCHI, Marialice Mearini ; MARTINS, José de Souza (Org.). *Sociologia e sociedade: leituras de introdução à sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1977.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas, SP: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 1.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo e Podenración judicial. In: *Neoconstitucionalismo(s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

SARLET. Ingo Wolfgang (Org.). Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. In: _____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Ovídio Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TREBILCOCK, M.J. *The limits of freedom of contract*. Second printing. Cambridge, Massachussets, Harvard University Press. 1997.

VAN CREVELD, Martin. *Ascensão e declínio do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WATANABE, Kazuo. *O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ZANETI JR., Hermes. Os Direitos Individuais Homogêneos e o Neoprocessualismo. In: *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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