

Edilson Santana Gonçalves Filho

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Teoria e Prática

5^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2024

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

Parte III

PROCESSO COLETIVO E A DEFENSORIA PÚBLICA

DA NECESSÁRIA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Dispõe o artigo 4º, II da Lei Complementar 80/1994 ser função institucional da Defensoria Pública promover, prioritariamente, a *solução extrajudicial dos litígios*, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de *mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos*.

Conforme se extrai do texto legal, a solução extrajudicial deve ocorrer com prioridade. Cabe ao defensor público, portanto, diante do caso concreto, sempre buscar a composição do litígio de forma amigável, leia-se, antes de ajuizar a questão. “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público” (conforme artigo 3º, §3º do CPC)¹.

Como informa Fernanda Tartuce:

“Segundo Mauro Cappelletti, ‘à expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes *extrajudiciais* ou *não judiciais*, destinados a resolver conflitos. Esse, porém, não é o único sentido’, devendo o operador do Direito ‘ocupar-se de maneira mais geral dos expedientes – *judiciais* ou *não* – que têm emergido como alternativas aos tipos *ordinários* ou *tradicionais* de procedimentos’, mediante a ‘adoção desta perspectiva mais ampla’ na análise do quadro do movimento universal de acesso à justiça” (...)

Ante a ineficiência na prestação estatal da tutela jurisdicional, especialmente pelo perfil contencioso e pela pequena efetividade em termos de pacificação real das partes, os meios diferenciados vêm deixando de ser considerados ‘alternativos’ para passar a integrar a categoria de formas ‘essenciais’ de composição de conflitos (jurídicos ou sociológicos), funcionando como

1. Sobre o tema ver “Comentário ao parágrafo 3º do artigo 3º do CPC (solução consensual dos conflitos)”.

efetivos equivalentes jurisdicionais ante a substituição da decisão do juiz pela decisão conjunta das partes”²

O sucesso ou insucesso da mediação ou da conciliação não deve ser apurado apenas em função da celebração de acordo, como afirma o enunciado 625 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. De toda sorte, o acordo realizado com a participação do defensor público tem natureza de título executivo extrajudicial, podendo, assim, ser executado em caso de descumprimento:

LC 80/1994. Art. 4º. § 4º O instrumento de transação, mediação ou conciliação referendado pelo Defensor Público valerá como título executivo extrajudicial, inclusive quando celebrado com a pessoa jurídica de direito público.
CPC/2015 Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal.

Nada impede que haja homologação do acordo em juízo, gerando o respectivo título executivo judicial. A busca pela solução extrajudicial, todavia, visa, indubitavelmente, reduzir o volume de demandas judiciais, combatendo o grande número de judicializações e ajudando a desafogar a máquina judiciária. Por isso, vemos como desnecessária e antieconômica a homologação de todos os acordos celebrados nos moldes previstos nos artigos transcritos.

A resolução extrajudicial é cabível tanto em demandas individuais quanto coletivas. Nestas últimas é importante observar que o ajuizamento de ação coletiva exige robusto acervo probatório. Sua judicialização precoce pode representar o insucesso da ação, causando prejuízo aos direitos da coletividade atingida.

A participação do defensor público neste processo de composição das partes visa atenuar o desnível entre as partes, considerando que, regra geral, o defendido encontra-se em situação de vulnerabilidade frente ao poderio da parte contrária, tanto em razão do poder econômico quanto em decorrência do desnível informacional, capacidade de argumentação, habilidade de negociar etc. Neste ponto, destaca-se que qualquer pressão, direta ou indireta, para a autocomposição que revele abuso (jurídico, físico ou psicológico) viola a *autonomia da vontade*, que deve sempre ser respeitada, assim como deve haver o *consentimento informado*. No âmbito do processo coletivo, é exemplo disso casos envolvendo desastres de massa, onde é comum se verificar a opção da vítima por um acordo que permita o recebimento de indenização de forma mais rápida. Não há vedação para tais acordos. Todavia, somente são válidos

2. TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 148-149.

se respeitadas as premissas aqui indicadas (consentimento informado e preservação da autonomia da vontade), evitando-se qualquer espécie de pressão, especialmente no que se refere a pessoas e grupos mais vulneráveis.

Dentre inúmeros exemplos reais, mencionamos ação conjunta desenvolvida pelas Defensoria Pública da União e Defensoria Pública do Estado do Amazonas, a qual restou noticiada no sítio eletrônico da DPE/AM:

Moradores da Comunidade Indígena Parque das Nações, localizada no bairro Tarumã, zona Oeste de Manaus, procuraram a Defensoria Pública do Amazonas (DPE-AM), Especializada em Interesses Coletivos, para reivindicar a falta de escola de ensino infantil na Comunidade. A DPE-AM realizou uma reunião, na tarde desta quarta-feira, 21 de janeiro, na sede da Defensoria Pública da União (DPU), para discutir em conjunto com a DPU e o Ministério Público Federal (MPF), soluções para educação de aproximadamente 100 crianças da Comunidade Indígena que estão sem estudar.³

A atuação resultou na resolução da questão, por meio da matrícula de todas as crianças da comunidade em escola pública próxima, além da instalação de local e início, dentro da própria comunidade, de atividades específicas em educação indígena.

Excepcionalmente, em alguns casos, verificando a impossibilidade de resolução da questão pela via extrajudicial, o ajuizamento da demanda pode ocorrer sem a prévia tentativa de composição. É o caso de questões onde verifica-se a repetitiva negação do direito ou a urgência não permite buscar a solução extra juízo, a exemplo de casos de saúde de paciente em estado terminal que teve negado atendimento ou de benefício previdenciário indeferido de forma reiterada pela autarquia previdenciária⁴.

Exemplificativamente, transcreve-se caso noticiado no *site* da Defensoria Pública da União:

Manaus, 03/07/2014 – A Defensoria Pública da União (DPU) no Amazonas foi intimada na tarde de quarta-feira (2) de decisão que determina a Fundação Nacional do Índio (Funai) a providenciar, no prazo de 30 dias, local digno e adequado para abrigar as 12 famílias indígenas que vivem, desde 2011, em condições precárias na garagem da Funai, no Centro de Manaus. A presidência da fundação foi intimada na última terça-feira (1º).

3. Disponível em <http://www.defensoria.am.gov.br/index.php?q=275-conteudo-43834-acao-conjunta-entre-dpe-am-dpu-e-mpf-busca-educacao-para-criancas-de-comunidade-indigena>. Acesso em 22.11.2015.
4. Por meio do Recurso Extraordinário (RE) 631240, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal decidiu que antes de o segurado recorrer à Justiça para a concessão de benefício previdenciário junto ao INSS, deverá formular requerimento administrativo. Ressalvou, contudo, casos em que a posição do INSS seja notoriamente contrária ao direito postulado, assim como os pedidos de revisão dos benefícios, quando a exigência de requerimento prévio não se aplica.

A decisão, proferida em junho passado pelo desembargador federal Souza Prudente, do Tribunal Regional da 1ª Região (TRF1), acolhe o recurso interposto pelo defensor público federal Edilson Santana Gonçalves Filho, responsável pelo caso. A DPU atua na defesa das famílias indígenas desde fevereiro de 2013.

Entenda o caso

Em abril de 2011, doze famílias indígenas passaram a ocupar a garagem abandonada da Funai em Manaus, na rua 24 de Maio, Centro, com autorização do coordenador regional da fundação, Odiney Rodrigues.

Conforme noticiado pela imprensa local, as famílias das etnias Tikuna e Kokama foram retiradas de suas terras em Tabatinga (AM), em razão de conflitos fundiários, e trazidas para Manaus pela própria Funai. Os indígenas foram abrigados temporariamente na garagem da entidade federal, com a promessa de serem realocadas em melhores condições.

Desde fevereiro de 2013, a Defensoria Pública da União tenta solucionar a questão administrativamente, realizando reuniões com representantes de diversas entidades, secretarias governamentais e Funai. Também foi produzido relatório pela assistente social da DPU no Amazonas, Josélia Menezes, comprovando as condições insalubres em que as famílias indígenas se encontram. Em razão da demora na apresentação de solução extrajudicial, o defensor Edilson Santana ajuizou ação civil pública perante a Justiça Federal em Manaus.

Negado o pedido liminar, a DPU apresentou recurso (agravo de instrumento) ao TRF1. A decisão do tribunal visa a garantir às famílias indígenas abrigadas na garagem ambiente apropriado para fixar residência até que seja julgada a ação. Ainda cabe recurso.⁵

A busca pela solução extrajudicial não necessita aguardar a apresentação de uma demanda na Defensoria Pública. Ciente do papel do defensor público como agente de transformação social, imbuído pela educação em direitos, a Defensoria do Estado do Maranhão implementou, nos anos de 2013 e 2014, no bairro Cidade Olímpica, município de São Luís, o projeto Defensoria na Comunidade. Fruto de convênio com o Ministério da Justiça, teve como objetivo levar à comunidade conhecimento e acesso a direitos, capacitando, por meio da presença regular de um defensor público, agentes responsáveis por núcleos de mediação populares, com vistas a possibilitar a solução de pequenos conflitos pelos próprios moradores do local. A medida busca, portanto, a criação de uma cultura de autotutela regulada, como alternativa à solução de conflitos por via do Poder Judiciário.

A viabilização da composição amigável deve ser incessante, ainda que não possível em um primeiro momento. Importante é que sempre que se verifique

5. Reproduzido por JusBrasil. Disponível em <http://www.dpu.gov.br/legislacao/leis?id=22401:indigenas-abrigados-em-garagem-devem-ser-realocados-pela-funai&catid=79>. Acesso em 22.11.2015.

FUTURA EMENDA CONSTITUCIONAL PODERÁ SUPRIMIR A LEGITIMIDADE COLETIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA?

Conforme observamos ao longo desta obra, a Emenda Constitucional 80 de 2014 fez constar expressamente na Constituição Federal a capacidade de a Defensoria Pública atuar em demandas coletivas (artigo 134, *caput*, da Constituição Federal de 1988).

Antes disso, havia já previsão normativa constante, em um primeiro momento, na lei 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), em razão da alteração promovida pela lei 11.448 de 2007 e, posteriormente, também, na lei complementar 80, por força de alteração promovida pela LC 132 de 2009.

A previsão contida no artigo 134 revela-se, ao mesmo tempo, como direito, garantia e dever fundamental¹, o que resta evidente quando faz expressa referência ao inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal, relacionando-se ao acesso à justiça.

Aliás, conforme anota Amélia Soares da Rocha², com base nos diplomas do sistema universal de direitos humanos, o direito à assistência jurídica integral e gratuita “constitui-se num dos alicerces do Estado Democrático de Direito por sua essencialidade instrumental para a efetivação da dignidade humana”.

A assistência jurídica gratuita, até mesmo em razão de sua posição topológica, inserida no artigo 5º da Constituição Federal, que trata do direitos e garantias individuais, configura uma cláusula pétrea, não podendo ser objeto de proposta tendente a aboli-la (art. 60, §4º, IV, CF/88). Neste aspecto, cabe observar a distinção entre *cláusulas pétreas tópicas* e *cláusulas pétreas heterotópicas*. As primeiras são aquelas previstas expressamente no artigo 60,

1. Sobre o tema ver capítulo 2, item 2.2 - Defensoria Pública como direito, garantia e dever fundamental.
2. ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 24.

parágrafo 4º, da Constituição Federal (a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes; e os direitos e garantias individuais). Por outro lado, as cláusulas pétreas heterotópicas são aquelas espalhadas pelo texto constitucional, fora do rol previsto no mencionado artigo 60. Neste aspecto, a própria Defensoria Pública e seu delineamento constante no artigo 134 da Constituição (com redação e os avanços trazidos pela EC 80/2014), tratando-se de uma conquista do Estado Democrático (expressão e instrumento do regime democrático) de Direito, configura uma cláusula pétrea (heterotópica), que não pode ser abolida sob pena de subversão dos valores constitucionais estruturados na Constituição. O raciocínio é aplicável a outras instituições, como o Poder Judiciário e o Ministério Público.

De mais a mais, tratando-se de um direito prestacional, incide a teoria da *proibição de retrocesso*. Também conhecida como *efeito diket* (ou ainda *princípio do não retrocesso social*, expressão usada por Canotilho), dispõe que “os avanços perpetrados pelo legislador no campo dos direitos sociais e demais direitos prestacionais não podem sofrer retrocesso. Essa opção teórica social-democrata tem, por um lado, a desvantagem de intervir demais na liberdade ou discricionariedade orçamentária do parlamento, de natureza eminentemente política, mas, por outro, coaduna-se perfeitamente com a teoria liberal dos direitos fundamentais quando se reconstrói a proibição de retrocesso como proibição de intervenções não justificadas em posições jusfundamentais sociais consolidadas”³. Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, comentando o aludido artigo 134, escrevem:

“Incide, no caso, o princípio da proibição de retrocesso toda vez que a lei legitime mais de um representante adequado para o ajuizamento da ação coletiva. Esta é a vontade da Constituição, esta é a sua direção. Inconstitucional, ao contrário, é a interpretação que restringe a legitimação conferida de maneira adequada. Vale aqui, para finalizar, o brocardo latino que determina ser na teoria dos direitos fundamentais ‘*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*’⁴⁻⁵

Restando vedado o retrocesso e verificando-se que a previsão contida no artigo 134 do texto constitucional faz parte do avanço perpetrado no âmbito de alcance do direito fundamental albergado pelo inciso LXXIV da Constituição Federal, chega-se à resposta ao questionamento feito acima: *a legitimidade da Defensoria Pública para atuar em demandas coletivas, hoje constitucionalizada, não pode ser suprimida*.

3. MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CANOTILHO, J. J. Gomes. (Corrds.). *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

4. “*Odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”: Restrinja-se o odioso; amplie-se o favorável.

5. *Ibidem*.

QUESTÕES RELEVANTES DO PROCESSO COLETIVO

De acordo com lição doutrinária, o processo é coletivo por duas razões: porque o direito é transindividual, de forma que o processo é coletivo por causa do direito tutelado; quando o direito, embora seja individual, é tratado coletivamente. Neste último caso, fala-se em *tutela coletiva a direitos*. No primeiro, em *tutela dos direitos coletivos*¹. Embora o título deste livro não adote a diferenciação, não se restringindo a um ou a outro caso, tal classificação é digna de nota, especialmente por ser mencionada com frequência nos estudos envolvendo o tema.

A ausência de um código de processo civil coletivo ou sua disciplina no código de processo civil brasileiro não tem impedido a construção de sólida doutrina neste campo. As controvérsias sobre diversos temas, todavia, são por vezes potencializadas pelos inúmeros inconvenientes decorrentes da falta de regulação unificada.

Recorrer ao microsistema processual coletivo tem se mostrado a saída mais segura e adequada para a solução das controvérsias sobre a matéria. Por questões históricas, a abordagem é realizada, no mais das vezes, sob uma ótica que desconsidera a Defensoria Pública como legitimada para o processo. Demais disso, se algumas vezes a interpretação de institutos do processo coletivo é aplicável de maneira uniforme a todos os legitimados coletivos, a atuação do órgão tem revelado a necessidade de considerar suas peculiaridades com relação a determinados temas.

Neste capítulo serão abordados temas mais gerais da tutela processual coletiva, selecionados em razão de sua relevância na atuação institucional.

1. Neste sentido: ZAVASCKI, Teori. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

15.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA DAS AÇÕES COLETIVAS

Tradicionalmente, ao falar das origens da tutela coletiva costuma-se indicar o fenômeno da massificação dos litígios e o movimento de acesso à justiça, que, no Brasil, ficou marcado pela disseminação dos estudos capitaneados por Mauro Cappelletti. Com efeito, com o surgimento dos debates sobre os novos direitos, os direitos difusos, na segunda metade do século XX, passou a haver uma preocupação com o desenvolvimento de teorias pudessem responder a estas demandas. É exemplo disso a pesquisa desenvolvida no Projeto Florença, a partir da qual elaborou-se os *obstáculos ao acesso à justiça* que, de acordo com Cappelletti e Garth, são: (1ª) assistência jurídica aos pobres, (2ª) coletivização do processo e (3ª) amplo acesso à justiça (ou enfoque do acesso à justiça). Para fins didáticos, podemos indicar esse contexto como as *origens próximas* das ações coletivas.

As pesquisas do grupo que desenvolveu o Projeto Florença foram publicadas em vários volumes, tendo como relatório geral, o primeiro, escrito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que veio a se tornar uma obra clássica, tendo sido publicada em 1978 e traduzida para o Brasil em 1988 por Ellen Gracie Northfleet com o título “Acesso à Justiça”². A publicação destes estudos impulsionou um movimento de acesso à justiça pautado na premissa de que sua efetividade está vinculada à justiça social.

Em uma concepção tradicional do processo civil, voltado à solução de controvérsias entre duas partes a respeito dos seus interesses individuais, não havia espaço para a proteção de direitos coletivos. A mobilização política dos indivíduos houvera sido de capaz de transportar vários anseios ao plano normativo, convolvando-os em direitos. A enunciação legal, todavia, necessitava da possibilidade de se reclamar em juízo a concretização das previsões legais. Os procedimentos, todavia, eram insuficientes ou inadequados à tutela coletiva, que não se encaixava nos esquemas então existentes.

A questão foi abordada através da identificação de obstáculos ao efetivo acesso à justiça, estruturados em três eixos. O primeiro relacionava-se aos altos custos do processo, englobando as taxas judiciárias e os honorários advocatícios, que deveriam ser suportados pelas partes. O segundo se ligava às possibilidades das partes, o que envolve aspectos relacionados à capacidade pessoal (como o status social, o acesso à informação, a qualidade do oponente e a aptidão de suportar os ônus financeiros do litígio por mais tempo) e coloca alguns litigantes em posição de desvantagem. Em contraposição, certas pessoas

2. CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Grace. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988. Sobre a influência dos estudos de Cappelletti no Brasil, ver: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Mauro Cappelletti e o Direito Processual Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, p. 45-50, out. 2001.

ou organizações, por exemplo, em razão dos recursos que possuem ou da posição social que ocupam, são alçadas a posições de vantagens evidentes para propor ou defender demandas, já que podem pagar para litigar e suportar as demoras do litígio. Além disso, apontava-se para diversas barreiras, que eram (e ainda hoje são) determinantes para a acessibilidade à justiça, o que abrange a capacidade educacional para reconhecer a existência de direitos reclamáveis juridicamente, informações sobre como ajuizar uma ação, a disposição psicológica para enfrentar uma demanda e a intimidação derivada de um ambiente formal, com procedimentos complicados, fatores que podem ter maior ou menor influência a depender da causa e das pessoas ou instituições envolvidas. Litigantes organizacionais, por exemplo, costumam ser mais eficientes que os indivíduos, nesse contexto.

A Lei da Ação Civil Pública, de 1985, é o grande marco do processo coletivo brasileiro. Inicialmente, o dispositivo que previa, na redação original, a possibilidade de defesa de qualquer direito difuso ou coletivo foi vetado, mas, reinserido pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo artigo 129 da Constituição Federal. Ainda no que diz respeito à sua redação original, a ação teve sua legitimidade expandida, com a alteração do rol legal de legitimados. O parágrafo 1º do artigo 1º também foi alterado, passando a prever o não cabimento da ação coletiva para alguns temas que envolvem o Poder Público. Tal dispositivo foi inserido via medida provisória na redação da lei, para restringir o alcance da ACP. A doutrina defende que a modificação é inconstitucional, por violar os requisitos da medida provisória (relevância e urgência).

Antes da Lei da Ação Civil Pública, houvera sido publicada, em 1965 a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65)³. A Constituição do Império de 1824 já fazia menção à ação popular, quando, referindo-se aos juizes, previa que “Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular”. Sua identificação como popular se dá a partir do próprio nome jurídico expresso no texto e pela legitimidade, conferida a qualquer do povo. Tinha, por outro lado, natureza jurídica criminal, cujo julgamento era realizado pelo imperador e se restringia à fiscalização e ao controle da atividade jurisdicional. A constituição Republicana de 1891 não previu a ação popular, deixando de fora do seu texto até mesmo aquela prevista no Império. Na Constituição de 1934, embora as resistências ao instrumento, considerado perigoso ao ambiente político, a ação popular retorna ao texto constitucional (artigo 113, §38), agora já não mais vinculada ao tratamento de questões de natureza criminal e voltadas à atividade judiciária. Na Constituição de 1937, considerada autoritária, a ação popular volta a desaparecer do texto constitucional. Na Constituição de

3. Para uma estudo mais aprofundado, ver: GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Ação popular, acesso à justiça e vulnerabilidade: antigas e novas perspectivas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

1946 volta a ser prevista, com maior amplitude, no texto constitucional (artigo 141, § 38), o qual, segundo enunciado no preâmbulo da Carta, pretende (re)organizar o regime democrático. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01 de 1969 mantiveram a previsão da ação popular, mas com nova redação, utilizando-se a expressão “entidades públicas” no lugar de “entidades autárquicas e sociedade de economia mista”, o que acabou atingindo o âmbito de alcance da ação⁴. Na Constituição de 1988 há previsão da ação popular, buscando aperfeiçoar o instrumento, como corolário da democracia e instrumento constitucional apto à defesa dos interesses da coletividade, para a tutela do patrimônio público em todas as suas dimensões (material e imaterial – cultural, moral, histórico etc.). Com efeito, a Constituição de 1988 – já inserida no contexto do movimento de acesso à justiça – fortaleceu a ideia de tutela coletiva de direitos⁵.

Com relação às *origens remotas* das ações coletivas, é possível afirmar que, já no período medieval há elementos de ações que poderiam ser indicadas como coletivas. Embora diversas das ações coletivas hoje existentes no paradigma do Estado Democrático de Direito, aquelas *tutelavam direitos da comunidade*, revelando um evidente paralelo com o que chamamos hoje de direitos difusos e coletivos. A doutrina cita alguns exemplos de casos que tiveram curso ainda no século XII, como no caso de camponeses que ingressavam com requerimentos contra o senhor feudal ou contra a paróquia por cobrança de altos dízimos; ou requerimentos de proprietários de terras contra altos tributos (os exemplos são da França e da Inglaterra). É dessa época o instituto inglês do *bill of peace* (século XVII), por meio do qual se autorizava que o autor de uma ação individual requeresse que fosse processada como coletiva, para que decisão englobasse o direito de todas as pessoas envolvidas na mesma situação, evitando-se a multiplicação de processos⁶.

Também as chamadas ações populares romanas podiam ser ajuizadas por qualquer do povo em defesa de um direito da coletividade (da comunidade). São exemplos, entre outras, a ação de *sepulcro violato* (ação contra a violação de coisa santa ou litigiosa); a *assertio in libertatem* (similar ao *habeas corpus*); e os interditos proibitórios e restitutórios (podiam ser interpostos em defesa do uso das *res publicae*).

4. GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; QUEIROZ, Lorrane. História da ação popular no sistema constitucional brasileiro: evolução até o julgamento do STF – RE com agravo 824-781-MT. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 302, p. 265–288, abr. 2020.

5. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na constituição federal de 1988*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 61, jan. 1991.

6. LEAL, Márcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre: 1998. p. 26-38.

Os exemplos mostram que a estruturação de litígios em forma coletiva não é um fenômeno contemporâneo, já que podem ser verificados muito antes da sociedade massificada e do movimento – de acesso à justiça - da segunda metade do século XX. É certo que, diante de cada contexto, em condições bem diversas da contemporaneidade, as ações apresentam diferenças relevantes, o que não impede que sejam agregadas no gênero coletivas *lato sensu*.

Há diferenças essenciais entre aquelas ações e as que existem hoje. No período medieval ainda não havia a consideração do indivíduo como um sujeito dotado de personalidade jurídica. Tal conceito surge com o iluminismo e as revoluções oitocentistas, especialmente no final do século XVIII. Não se concebia o indivíduo enquanto sujeito de direitos, dotado de autonomia. Sua caracterização ocorria a partir do grupo ao qual pertencia (por exemplo, ao grupo dos nobres, do clero ou do Terceiro Estado). Quando o indivíduo ajuizava uma ação coletiva, era, portanto, o próprio grupo que estava em juízo.

Como o sujeito não era considerado individualmente, não se discutia a legitimidade e a representação, pois o próprio grupo – e não a pessoa - era o autor da ação e o beneficiado por seu resultado.

Com o processo evolutivo, que se estende ao longo de dois séculos, surgem as classes sociais e o problema da representação dos grupos informais, que atualmente podem ser denominados de grupos vulneráveis. Note-se que o contexto irá desaguar e, em certo momento, coincidir, com a demanda por direitos coletivos do grupo.

Uma das grandes discussões atuais do processo coletivo diz respeito à legitimidade e à representação adequada de quem pode propor ações coletivas. É curioso notar que a legislação brasileira, atualmente, afasta a legitimação individual para as ações coletivas - a exceção fica por conta da ação popular, que pode ser ajuizada pelo cidadão.

15.1.1 Modelos de tutela coletiva

Há dois modelos (*standards*) fundamentais de tutela de interesses supraindividuais, que emergem do cenário internacional e inspiram outras variações, servindo como pontos de referência. Um é aquele que existe, sobretudo, nos Estados Unidos (*class action*)⁷, regulado pela *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, cuja redação original, já modificada, é de 1938⁸. Este modelo foi adotado, com alterações e adaptações, em outros países, incluindo aqueles de

7. O modelo norte-americano é muito bem analisado por GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*: ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

8. TARUFFO, Michele. Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. *Revista de Derecho Privado*, v. 9, 2005. p. 23.

sistema *civil law*. “A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum”⁹.

O outro padrão é aquele adotado em parte dos países europeus (*Verbandsklage*¹⁰ – associativo ou de ação associativa), na Europa continental, ainda que não de forma absoluta, que não seguiram o modelo das *class action*¹¹.

Parcela da doutrina¹² defende que o modelo brasileiro, denominado de “processo coletivo”, se distanciou do das *class actions*, tendo uma característica híbrida, uma ponte entre os modelos da *common law* e *civil law*, adquirindo autonomia e permitindo o reconhecimento de situações jurídicas passivas como direitos fundamentais. Este modelo tem como atributo a atipicidade das ações e a não taxatividade dos direitos materiais que podem ser tutelados¹³, assim como a presença do interesse público primário. Assim, admite todas as espécies de ações capazes de propiciar a efetiva tutela: condenatórias, reclamatórias, constitutivas, mandamentais e executivas *lato sensu*. Diversamente, o modelo europeu (*Verbandsklage* – associativo ou de ação associativa) se caracteriza pela tipicidade das formas de tutela, geralmente não permitindo a ampla tutela ressarcitória, assim como pela taxatividade dos direitos a serem tutelados.

Em outros termos, o modelo brasileiro aproxima os dois sistemas tradicionalmente apontados. Segundo essa corrente, que parece acertada, o Brasil adaptou as premissas da tutela coletiva das *class actions*, permitindo se considerar a existência *três modelos coletivos* no direito comparado: *class actions*, *ações associativas/litígios agregados* e *modelo brasileiro (Processo Coletivo)*.

O modelo associativo (da expressão alemã *Verbandsklage*¹⁴), portanto, se caracteriza por atribuir legitimidade às associações. Por outro lado, não confere

9. BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, v. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 92-151.

10. Uma ação voltada para se anular judicialmente cláusulas ilegais em contratos de massa. Em outros países, dispositivos similares visavam proteger consumidores contra cláusulas ilegais e abusivas impostas em contratos por grandes empresas.

11. TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law, Durham*, v. 11, n. 2, p. 405-422, 2001.

12. ZANETI JR., Hermes. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: *class actions*, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. *Processo coletivo*, Porto Alegre, v. 5, n. 4, 2014.

13. Relevante pontuar que, no modelo das *class actions* norte-americanas, não se fala (não consta na Rule 23) em espécies abstratas de direitos subjetivos, como faz a classificação entre direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, adotadas no Brasil. (GIDI, Antônio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil (Class actions in Brazil: a model for civil law countries). *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, v. 151, 2004, U of Houston Law Center No. 2006-A-14).

14. Em tradução literal, *verband* significa associação e *klage* uma ação legal, ou seja, ação legal de associação que, no contexto da tutela coletiva, relaciona-se com a ideia de representação.