

Edilson Santana Gonçalves Filho

DEFENSORIA PÚBLICA E A TUTELA COLETIVA DE DIREITOS

Teoria e Prática

6^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

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 microssistema 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. De mais 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 juízes, 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 Mafra. *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.

ao indivíduo, enquanto particular, legitimação para atuar em posição jurídica que envolva interesses ou direitos de dimensão coletiva. Trata-se do modelo que foi adotado, por exemplo, pelas legislações alemã, onde é relevante papel das associações (*Verbandsklage*), francesa, com as *association agréée* (entidades associativas credenciadas pelo Estado), e italiana, conforme aponta a doutrina¹⁵. Tradicionalmente, esse modelo só leva em consideração certas instâncias de interesses coletivos, como aquelas envolvendo direitos dos consumidores ou proteção ambiental. Além disso, geralmente não se permite o uso da tutela coletiva para reparações individuais¹⁶. É limitado, portanto.

Por sua vez, o modelo das *class actions* confere legitimação individual para fazer valer os direitos de um grupo de pessoas (de uma classe). Emerge daí a necessidade de conferir se aquele que age em nome da coletividade possui a capacidade de represar os interesses dos membros (e não os seus), sendo necessário que o tribunal verifique a representação adequada (dos interesses da classe), o que envolve, no caso americano, inclusive, a capacidade financeira para arcar com os altos custos que processos desta natureza podem gerar. Concluindo-se pela ausência de representatividade a causa poderá continuar somente como ação individual dos sujeitos que a ajuizaram, de forma que seu resultado não vinculará o grupo (*The class*).

De se notar que os membros do grupo são pessoas materialmente ausentes da relação processual (presentes somente por uma ficção), de forma que se prevê a notificação dos indivíduos sobre a propositura e a certificação de uma ação coletiva ajuizada para a tutela de seus interesses, sob pena de não vinculação da sentença coletiva, possibilitando que possam intervir, controlar a atuação do representante, contribuir com provas e informações ou mesmo exercer o direito de autoexclusão, para que não sejam afetados pela coisa julgada coletiva.

De maneira geral, os membros de um grupo podem ser considerados fictamente presentes em um processo coletivo por meio de três técnicas: sua presença obrigatória; o direito de inclusão (*right to opt in*); e a técnica de exclusão (*right to opt out*). Através da primeira, todos serão, fictamente, considerados presentes em juízo, sem que exista a possibilidade de o indivíduo excluir-se do grupo e, assim, não ser afetado pela coisa julgada produzida na ação coletiva. Através da técnica *opt in*, apenas aquele que expressamente solicite sua inclusão será atingido pela decisão (e, portanto, considerado presente em juízo). Por outro lado, pela *opt out*, há uma presunção de que todos os membros do grupo estão presentes e desejam participar do litígio, porém, é possível que sejam excluídos caso se manifestem expressamente neste sentido.

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

16. *Ibid.*, p. 23.

É regra importante do modelo das *class actions* aquela por meio da qual se determina que, quando da propositura de uma ação coletiva, justamente porque a sentença terá efeito vinculante a todos, deve haver a comunicação dos demais membros do grupo, o que pode ser feito de várias formas, como através da publicidade em periódicos ou na televisão. Além disso, é permitido ao indivíduo que considere mais vantajoso se valer de uma ação individual se excluir do alcance da decisão coletiva, adotando-se o mecanismo *opting out*. Também se viabiliza a possibilidade de o indivíduo que não propôs a ação intervir no processo, com a finalidade de reforçar a tutela dos interesses dos membros (aqui considerados enquanto grupo). Esses aspectos, de certa maneira e ainda que com adaptações, também são verificáveis no modelo brasileiro.

O Código de Defesa do Consumidor, integrante do microsistema processual coletivo, dispõe, em seu artigo 104, que os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias (*opt in – opt out*), a contar da notificação nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Além disso, dispõe que, proposta a ação que verse sobre direitos individuais homogêneos, será publicado edital, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor (artigo 94).

No procedimento americano, o juiz tem poderes muito amplos, podendo, por exemplo, repartir a ação em várias ou reunir ações diversas, reformular os objetivos iniciais da ação, considerar que a defesa técnica não foi suficiente, determinando a troca do defensor, controlar a representação (considerando adequada ou não), controlar a validade de acordos realizados ente as partes, a partir da verificação de se a proposta é vantajosa para o grupo substituído etc. Trata-se de um contexto processual particular, diferente do processo civil norte-americano voltado às demandas individuais, tendo, como pano de fundo, a eficiência da solução ao problema, a tutela efetiva dos interesses em jogo¹⁷.

As *class actions* podem envolver desde a reparação de danos aos membros do grupo até a amplas reformas institucionais, cujos resultados não são obteníveis, na via judicial, em outros países que não adotam sistemas como este. Com efeito, muitas ações estruturais (*institutional injunctions*) são *class actions*. A própria sentença do caso *Brown x Board of Education* nasce de uma¹⁸. Brown era pai de uma criança negra que não foi admitida em uma escola para brancos. Naquele caso, o grupo (ou classe) se constituía por todos

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

18. *Ibid.*

os norte-americanos em igual situação (pessoas com filhos negros que eram discriminados em escolas dos Estados do sul daquele país).

15.1.2 Sistema ou microsistema do processo coletivo

Não existe um Código de Processo Coletivo no Brasil. As tentativas de reunião das normas processuais da tutela coletiva em um só diploma legal, até o presente momento, foram frustradas. O sistema processual coletivo, hoje, é formado por regras e princípios constantes em diversas leis esparsas.

A inexistência de um código não impede que se reconheça a autonomia do direito processual coletivo. Como defende considerável parcela da doutrina, a partir constituição de 1988 e com o seu desenvolvimento, o direito processual coletivo apresenta-se como novo ramo do direito processual.¹⁹

Assim, a organização do sistema coletivo brasileiro é descodificada, frequentemente denominado de *microsistema processual da tutela coletiva*, onde diversos diplomas legais se harmonizam de forma a sistematizar os princípios e regras sobre o tema.

O *sistema, microsistema ou minissistema coletivo*, resulta da reunião de normas distribuídas por inúmeras leis. Seu núcleo duro é formado pelas leis 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), mas se compõe da integração de diversas outras, como as 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa)²⁰, 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), 10.741/2003 (Estatuto da Pessoa Idosa), 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência), 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários), 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), a própria Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública – LC 80/1994, que prevê dentre as funções institucionais a promoção de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes, a Constituição Federal (fundamento de validade de todas as normas) etc. Parcela da doutrina, a exemplo de Hermes e Didier, aponta que a Lei da Ação Popular também comporia o núcleo do sistema, junto com a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.²¹

19. É a posição, entre outros, de Gregório Assagra (*Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*). Contrariamente, ver Marcelo Abelha (*Fundamentos da tutela coletiva*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017).

20. Com as alterações promovidas pela Lei nº 14.230, de 2021, na Lei da Improbidade Administrativa, parcela da doutrina passou a discutir se essa norma ainda integra o microsistema coletivo.

21. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 56.

Por meio do microssistema processual coletivo as normas que tratam da tutela coletiva de direitos se comunicam e se completam. Os artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC funcionam como normas de envio, possibilitando o surgimento do minissistema, no qual se comunicam também as outras leis que tutelam direitos de natureza coletiva, as quais, através de diálogo intercomunicante, nutrem a carência de regulação umas das outras, formando um sistema especializado.

Apesar desse diálogo das fontes, é importante reconhecer a existência de regras peculiares, concernentes à procedimentos específicos. Daí surge a principal dificuldade do sistema, que gera problemas e dúvidas a respeito da norma aplicável ao caso concreto, nem sempre identificável de maneira simples e longe de controvérsias.

Algumas premissas podem ser estabelecidas para auxiliar nesta missão. Na prática, todavia, a tarefa não é das mais simples e não há pacificidade na doutrina quanto a estes critérios.

Primeiramente, a solução deve ser buscada dentro do microssistema. Neste, deve-se buscar aplicar a norma mais benéfica à tutela do direito material em jogo, visando conferir a maior e mais efetiva proteção. Existindo regras específicas em alguma lei sobre determinado assunto, deve-se procurar respeitar sua própria regulamentação. Nesse sentido, na maior parte dos casos, havendo norma em lei específica, esta deve ser aplicada. Somente em caso de omissão ou insuficiência se buscará a norma geral nas demais leis do microssistema. Por fim, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil quando não houver regramento para o caso no minissistema e a norma do CPC não afronte os princípios do processo coletivo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, todavia, pode-se afirmar que a aplicação do código de processo deixou de ser meramente subsidiária. Superando o modelo individualista do CPC de 1973, o código processual de 2015 estabelece um sistema aberto e flexível, fazendo, inclusive, menção expressa às ações coletivas (artigos 139, X e 985, I). Como anotam Hermes Zaneti e Fredie Didier o Código de Processo Civil de 2015 “não está de costas para o microssistema da tutela coletiva: o CPC o abraça e o envolve, sendo a ponte entre o processo coletivo e a Constituição”²².

Neste aspecto, não se pode negar haver no código partes que devem ser aplicadas mesmo diretamente ao processo coletivo, como os princípios da boa-fé e da cooperação (artigos 5º e 6º), a vedação de decisão não surpresa (art. 10), os precedentes obrigatórios (art. 927) etc.

22. DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 52.

Passa a haver uma relação de intertextualidade entre o CPC e as leis do microssistema coletivo, numa dinâmica não somente de subsidiariedade e supletividade, mas também de forma direta, diante da incompletude das leis do microssistema, por meio de uma nova configuração (de diálogo), com o código de processo reconhecendo a existência do processo coletivo e incorporando normas ao minissistema.

Assim, o Código de Processo Civil deixou de ser meramente residual, como ocorrida com o diploma de 1973, passando a dialogar com o microssistema. Em última análise, com o advento do diploma de 2015, o CPC passa a ser mais uma fonte normativa do microssistema.

Por fim, pode-se que concluir que, nada obstante as dificuldades dele decorrentes, dada a ausência de regulamentação unitária ou codificada, o microssistema tem servido como salvaguarda na efetiva proteção dos direitos coletivamente considerados.

15.2 HÁ UM PROCEDIMENTO COMUM PARA AS CAUSAS COLETIVAS?

Parcela da doutrina afirma haver um processo padrão para as causas coletivas, decorrente da integração do núcleo duro do microssistema coletivo (Leis 7.347/1985 – LACP e 8.078/1990 – CDC), tratando-se de um *procedimento comum* da tutela coletiva²³.

Certo é que as diversas leis do microssistema trazem regras concernentes a procedimentos especiais, como a Lei 12.016 para o mandado de segurança.

Dada a própria natureza incompleta das leis que compõem o microssistema coletivo, no mais das vezes, não há uma regulação completa com relação a tais procedimentos especiais ou a especialidade somente diz respeito a determinados pontos, atos ou fases processuais (veja-se o caso da manifestação prévia que era prevista no revogado artigo 17, §7º da Lei 8.429/1992).

Assim, o que se chama de procedimento comum configura a primeira fonte de colmatação de lacunas legais. Ou seja, não havendo regra específica em determinada lei, deve-se buscar a solução, como visto no tópico anterior, dentro do microssistema, inicialmente em seu núcleo duro, formado pela LACP e o CDC e, após, nos demais diplomas que compõem o sistema coletivo.

15.2.1 Processo coletivo comum e processo coletivo especial

A doutrina costuma classificar o processo coletivo em comum e em *especial*, sendo que o último tem como objetivo a tutela do direito objetivo, visan-

23. Neste sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 4v. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61.

do manter um sistema constitucional íntegro e envolve as ações de controle de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF), as quais possuem regramento próprio em leis específicas, nada obstante integrem também um microsistema processual coletivo.²⁴

Já o processo coletivo *comum* seria aquele composto pelas ações coletivas que se voltam para a higidez do direito subjetivo transindividual (Ação Civil Pública - ACP, Ação Popular - AP, Mandado de Segurança Coletivo - MS, Mandado de Injunção Coletivo - MIC etc.), conforme bem observa Fabrício Bastos²⁵. Com efeito, tem-se entendido que a ação popular e a ação civil pública não se prestam à contestação da lei em tese. A declaração de inconstitucionalidade, assim, pode figurar como causa de pedir, mas não como pedido, nessas ações coletivas²⁶.

No campo do *processo coletivo especial* – é dizer, aquele que envolve as ações de controle de constitucionalidade – a Defensoria Pública muito se resente da ausência de legitimidade para ajuizar ações de controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, embora isso não tenha impedido que se fizesse presente nos tribunais por outras vias processuais em casos relevantes para o público vulnerável, utilizando-se, por exemplo, da figura do *amicus curiae*, o que, à evidência, a coloca em clara posição de desvantagem processual, fragilizando o desempenho de seu mister constitucional, mormente no que diz respeito à defesa dos interesses coletivos dos necessitados e à promoção dos direitos humanos, enquanto expressão e instrumento do regime democrático (artigo 134, Constituição Federal).

É importante, portanto, que se promova alteração no artigo 103 da Constituição Federal, que trata dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, a fim de inserir o Defensor Público-Geral Federal naquele rol. Também através da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal será possível estender a legitimação à DPU, caso sedimente-se o entendimento de que grupos vulneráveis e minoritários possam acessar o controle concentrado da constitucionalidade, pelo menos do que diz respeito à arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Por

24. ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O direito processual coletivo e a proposta de reforma do sistema das ações coletivas no código de defesa do consumidor no Brasil*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Curitiba, vol. II, n. 3, setembro 2012.

25. BASTOS, Fabrício. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Editora Foco, 2018. p. 30.

26. Nesse sentido, no STF: Rcl 600/SP. Tribunal Pleno. Julgamento em 03.09.1997; RE 595213 AgR / PR. Primeira Turma. Julgamento em 01.12.2017. Rcl 8605 AgR / MG. Tribunal Pleno. Julgamento em 17.10.2013. Na doutrina, entre outros: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 8. ed. São Paulo: Revista dos tribunais. 2015. p. 193.

fim, a admissão da intervenção institucional *custos vulnerabilis* pela corte, nestas espécies de ações, poderá ser capaz de atenuar a ausência de legitimidade para iniciar processos dessa natureza, melhor balanceando o sistema de justiça.

No plano estadual, algumas constituições dos Estados conferem legitimação ao chefe da Defensoria Pública local para ajuizar ações de controle de constitucionalidade – ações direitas de inconstitucionalidade (ADI) e ações direitas de inconstitucionalidade por omissão (ADO) ou representações de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos – como ocorre na carta do Ceará (artigo 127) do Rio de Janeiro (artigo 162).

15.2.2 Processo coletivo comum e julgamento de casos repetitivos – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos

A doutrina aponta que, atualmente, o processo coletivo brasileiro atual é um gênero que comporta pelo menos duas espécies: (1) as ações coletivas, que abrangem, entre outras, a ação popular e a ação civil pública; (2) o sistema de julgamento dos casos repetitivos, que envolve o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos (conforme o artigo 928 do Código de Processo Civil)²⁷. O primeiro caso (ações coletivas) vincula-se ao que se pode chamar de processo coletivo tradicional. No segundo (sistema de julgamento de casos repetitivos), há o tratamento de demandas coletivizadas.

Os repetitivos são, portanto, desta última espécie, de agregação de litígios. A partir da identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, as ações são suspensas para tramitação de um incidente, nos termos do artigo 928 do Código de Processo Civil, ideia inspirada na figura do direito alemão chamada *Musterverfahren*, onde se gera uma decisão modelo (*Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, independentemente de se tratar do mesmo autor ou réu, como expressamente menciona-se na exposição de motivos do CPC/2015.

Para o regramento sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas foi destinado capítulo específico no Código, a partir do artigo 976. Igualmente se fez com relação aos julgamentos dos recursos extraordinário e especial repetitivos, cujo título se inicia no artigo 1.036. As disposições dos institutos, em alguns pontos, se comunicam (vide, por exemplo, o artigo 979, §3º, do CPC). No último caso, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá

27. Neste sentido: DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos. *International Journal of Procedural Law*, Volume 7 (2017), No. 2. p. 266-275.

afetação para julgamento, observado o disposto, sobre a matéria, na lei e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça, a partir de dois ou mais recursos representativos da controvérsia selecionados pelo presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal ou, ainda, pelo relator de tribunal superior, suspendendo-se o trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

Já na primeira hipótese (IRDR) o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal competente pelo juiz ou relator, por ofício; pelas partes, pelo Ministério Público ou pela *Defensoria Pública*, por meio de petição; instruídos, em qualquer caso, com os documentos necessários à demonstração do preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente, que será cabível quando houver, simultaneamente, (1) a repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e (2) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Admitido o incidente, o relator suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso. Poderão as partes, a *Defensoria Pública* ou o Ministério Público requerer a suspensão, que se justifica em razão da garantia da segurança jurídica, dirigindo o pedido ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial (artigo 982, CPC).

Há uma relação de subsidiariedade entre os institutos. O IRDR tem caráter residual, de forma que se mostrará incabível quando um dos tribunais superiores já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (artigo 976, §4º, CPC).

Julgado o IRDR a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive nos juizados especiais. Também será aplicada aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal. Caso não seja observada a tese adotada, caberá reclamação (artigo 985). Do julgamento do (mérito) do incidente cabe recurso extraordinário ou especial, com efeito suspensivo e presunção da repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida. Uma vez julgado o recurso, pelo STF ou STJ, logicamente, a tese terá alcance nacional, aplicando-se a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e estejam em curso em território nacional (artigo 987). É possível revisão da tese jurídica firmada no incidente, pelo mesmo tribunal que a fixou, de ofício ou mediante requerimento da *Defensoria Pública* ou do Ministério Público (artigo 986).

Julgado o Recursos Especial ou Extraordinário Repetitivo os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica

controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada, a depender do resultado do julgamento. Sendo negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado (artigo 1.039). A decisão gerará um acórdão paradigma. A partir dele o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação fixada no julgamento do Recurso Especial ou Extraordinário Repetitivo. Se, todavia, o acórdão recorrido for contrário à orientação do tribunal superior, deverá ser realizado o reexame do processo na origem (pelo órgão que proferiu a decisão recorrida). Processos que ficaram suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada.

15.2.3 Não taxatividade e atipicidade da tutela coletiva

Segundo a doutrina²⁸, do princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas decorrem duas conclusões: a atipicidade ou não taxatividade dos direitos coletivos que podem ser tutelados; e a atipicidade ou não taxatividade dos procedimentos que podem servir à tutela coletiva dos direitos. Com relação ao primeiro, isto significa que qualquer interesse coletivo (em sentido amplo) poderá ser reclamado, conforme dispõe a parte final do artigo 1º, inciso IV, da LACP (Lei 7.347/1985), que traz uma cláusula aberta ao final do seu texto²⁹. No tocante ao segundo, significa que a tutela jurisdicional por meio das ações e procedimentos coletivos será ampla, falando-se em princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional, de forma que as mais variadas espécies poderão ser utilizadas para a tutela coletiva, o que encontra suporte no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor³⁰ e, em sede constitucional, nos artigos 5º, XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição ou inafastabilidade do controle judiciário) e 129, III da Constituição Federal³¹, que também traz uma cláusula aberta em seu texto, ao fazer menção a outros interesses difusos e coletivos.

O princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas é reforçado pela Lei Complementar 80/94, quando dispõe que poderão ser utilizadas todas

28. Por todos, ver DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4v. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 150-155.

29. Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

30. Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

31. III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa dos interesses (artigo 4º, inciso V), promovidas e admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sociais, econômicos, culturais e ambientais (artigo 4º, incisos VII e X).

A aplicação do princípio tem reflexo em diversas questões. Uma delas é que, para fins de admissibilidade, o que importa é a substância da ação coletiva e não o nome ou título que a ela é dado, o que reflete, também, dentre outros aspectos, na relação entre as ações coletivas, a exemplo da litispendência (que poderá ocorrer entre ações com nomes jurídicos diversos, por exemplo, entre uma ação civil pública e uma ação popular). Outra diz respeito ao mandado de segurança coletivo, especificamente aos direitos que podem ser tutelados por este remédio constitucional, que, a partir desta premissa principiológica, poderá envolver direitos difusos, coletivos ou indivíduos homogêneos. Ainda, dentre os reflexos do princípio da não taxatividade e atipicidade das ações coletivas está o reconhecimento da possibilidade de ajuizamento de habeas corpus coletivo. Acerca destes temas, remete-se o leitor aos tópicos que tratam especificamente de cada um deles.

15.3 AÇÃO COLETIVA OU AÇÃO CIVIL PÚBLICA? DISTINÇÕES TERMINOLÓGICAS

A *ação coletiva* é gênero, do qual são espécies diversas ações e seus procedimentos voltados para a tutela coletiva, como a *ação civil pública*, a *ação popular*, o *mandado de segurança coletivo*, o *mandado de injunção coletivo* e as *ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos* (cuja previsão é extraída dos artigos 91 e 100 do CDC, parte integrante do microsistema coletivo).

A questão, todavia, é objeto de cizânia, havendo divergência acerca da nomenclatura, especialmente em relação aos termos “ação civil pública” e “ação coletiva”. O debate em torno da terminologia “ação civil pública” e “ação coletiva” no ordenamento jurídico brasileiro tem sido tema de extensa análise doutrinária, especialmente à luz do artigo 91 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que se utilizou da expressão “ação coletiva”. A controvérsia central reside na dúvida sobre a existência de diferenças teóricas e práticas entre as expressões³².

Encontramos, basicamente, três posições: (1) Ação coletiva e ação civil pública são expressões sinônimas, não havendo interesse prático na distinção. (2) Ação coletiva é gênero, que engloba diversas espécies, dentre elas a ação civil pública. (3) Há diferença entre as expressões, que não são sinônimas, não se tratando, também, do binômio gênero-espécie.

32. Para uma síntese geral do debate, ver: CAVALCANTI, Marcos de Araújo. A questão terminológica: “ação civil pública” ou “ação coletiva”? *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 132, p. 76-87, 2011.