



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

BRAHIM BITAR DE SOUSA

**REVISITANDO A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO PROCESSO
COLETIVO: o pensamento sistemático aberto fundando novos horizontes para a
atuação do indivíduo membro do grupo.**

BELÉM / PARÁ

2016

BRAHIM BITAR DE SOUSA

REVISITANDO A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO PROCESSO COLETIVO: o
pensamento sistemático aberto fundando novos horizontes para a atuação do indivíduo
membro do grupo.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação
Stricto Sensu em Direito da Universidade Federal do
Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.
Orientadora: Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

Maio / 2016

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFPA

S725r

Sousa, Brahim Bitar de, 1989–

Revisitando a legitimidade ativa *ad causam* do processo coletivo: o pensamento sistemático aberto fundando novos horizontes para a atuação do indivíduo membro do grupo / Brahim Bitar de Sousa. – 2016.

Orientadora: Gisele Santos Fernandes Góes.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídica, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2016.

1. Direito processual. 2. Legitimidade (Direito). 3. Ação Coletiva (Direito processual civil). 4. Ação judicial. I. Título.

CDD CDDir: 4.ed.. ed. 341.4

BRAHIM BITAR DE SOUSA

REVISITANDO A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* DO PROCESSO COLETIVO: o pensamento sistemático aberto fundando novos horizontes para a atuação do indivíduo membro do grupo.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Pará, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

APROVADO EM: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes (Orientadora)
Universidade Federal do Pará – UFPA

Prof. Dr. Saulo Monteiro Martinho de Matos
Universidade Federal do Pará – UFPA

Prof. Dr. Antonio Carlos Oliveira Gidi
Syracuse University College of Law / USA

Dedico este estudo aos meus pais, Celia e Antônio, meus grandes e incondicionais incentivadores.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus e Nossa Senhora de Nazaré. Sei que minha aprovação na seleção para o curso de mestrado da UFPA e todas as conquistas acadêmicas que alcancei nesse período tiveram Sua intervenção, assim como em todas as graças de minha vida e família.

Família, aliás, são aqueles que movem nossas intenções; aqueles a quem tentamos orgulhar. Agradecê-los por todo o apoio e presença corresponde a pedir-lhes que continuem sempre perto. Celia e Antônio, meus amados pais, e Cassam, Yuri e Yasmim, meus amados irmãos, vocês são a base que torna tudo isso possível.

Agradeço também minha melhor amiga e namorada, Isabelle, por sempre compartilhar minhas preocupações e anseios (por “rir meu riso e derramar meu pranto”), bem como por trazer-me de volta à lucidez quando minhas pretensões transbordavam minhas capacidades físicas. Seus carinhos e companheirismo revigoram todos os dias minha vontade de evoluir.

Aos amigos, agradeço muito não terem desistido de mim, mesmo que eu não tenha podido fazer-me presente em função dos estudos. Recebo isso como claro sinal de lealdade, o que, tenham certeza, retribuirei sempre.

Na vida acadêmica, nada alcançamos sozinhos. Nossa atuação e produção intelectual é fruto da apreensão e assimilação de ideias e ensinamentos, sobretudo dos nossos professores. E nessa etapa do mestrado alguns merecem registro.

À minha orientadora, Gisele Góes – de quem não consigo retirar o tratamento de “professora”, dada toda minha admiração como docente e pesquisadora –, terei um débito eterno de gratidão. Sua maneira sempre elogiosa de apresentar-me às referências acadêmicas que tive o privilégio de conhecer nesse período revelam a gentileza e bondade raras de que é portadora. A forma como iniciou e conduziu a orientação, assim como suas lições em sala de aula – e fora dela –, estarão para sempre gravadas nas linhas deste estudo e na minha vida acadêmica.

Agradeço a Professora Pastora do Socorro Teixeira Leal, por lançar tão renovadas luzes na minha visão sobre o Direito e apresentar-me a Teoria do Direito de um modo tão percuciente, que hoje nada penso sem a ela recorrer. Sua abertura e presteza para com todos aqueles que buscam conhecimento são marcas que a distinguem como docente.

Ao Professor Jean Carlos Dias devo o corte das arestas deste Estudo. Suas críticas e sugestões de bibliografia no exame de qualificação desta dissertação, especialmente

Perelman, foram fundamentais para o aperfeiçoamento do 1º capítulo e coerência das proposições finais. Muito obrigado!

Também nutro uma gratidão enorme pelo Professor Saulo Monteiro Martinho de Matos, quem, além de me confiar oportunidades valiosíssimas de exposição e debate do meu estudo junto à comunidade acadêmica, viabilizando reflexões às quais jamais chegaria sozinho, ainda dedicou precioso tempo ao exame das incursões filosóficas que procurei desenvolver no 1º capítulo e que permeiam toda a obra.

Um agradecimento especial também a Bruno Valente, o interlocutor de mestrado com quem tive o prazer de dividir a maior parcela dos estudos sobre o Direito Processual, dentro e fora dos muros da Universidade. Espero que os laços que nos uniram nesses últimos dois anos perdurem por muito tempo.

Muitos outros foram importantes nessa empreitada e nomeá-los certamente me fará cometer injustiças, mas não posso deixar de agradecer o convívio e a especial contribuição para o desenvolvimento de minha vida acadêmica a Adelvan Oliverio, Alexandre Bonna, Denis Moreira, Homero Lamarão Neto e Semírames Leão.

A todos o meu sincero agradecimento!

Per la realizzazione dell'ordinamento non interessa chi proponga la domanda, ma che cosa viene chiesto.

Federico Carpi.

RESUMO

A Ciência Processual brasileira vivencia uma época de profundas transformações no papel da jurisdição e nos modelos de tutela jurisdicional dos diversos direitos e interesses, individuais e coletivos. Nesse cenário, este estudo tem como propósito central analisar o modelo de admissibilidade do processo coletivo, precisamente a questão da legitimação ativa *ad causam* para a propositura e condução de ações coletivas, a fim de investigar perspectivas mais eficientes e justificadas para a prestação adequada da tutela coletiva. Nesse particular, objetar-se-á a afirmação corrente da inaptidão provocativa do indivíduo para o desenvolvimento da atividade jurisdicional na via coletiva, norteando-se pela hipótese de que essa negação peremptória de legitimidade ativa constitui um erro da dogmática jurídica atual vinculado a uma concepção clássica de sistema, ao passo que uma concepção aberta de sistema (segundo o modelo de Canaris) permite um juízo que inclui o membro do grupo entre os legitimados para o processo coletivo em geral, majorando sua efetividade e prestigiando os princípios jurídicos que norteiam a tutela coletiva.

Palavras-chave: Legitimidade. Processo Coletivo. Indivíduo. Sistema. Admissibilidade.

ABSTRACT

The Brazilian Procedural Science is experiencing a time of deep changes in the role of jurisdiction and legal protection models of the various rights and interests, individual and collective ones. In this scenario, this study has the main purpose to analyze the admissibility model of collective process, precisely the question of active legitimacy for the proposition and conduction of Class Actions in order to investigate more efficient and justified perspectives for the adequate provision of collective protection. In this regard, will be objected the current statement of provocative inability of the individual to the development of judicial activity in the collective way, guided by the hypothesis that this peremptory denial of active legitimacy is a legal dogmatic error linked to a classical conception of system, while a conception of system based on openness (on the Canaris's model) allows a judgment that includes the class member among the legitimated subjects to the collective process in general, ensuring greater effectiveness and giving prestige to the legal principles that guide collective protection.

Keywords: Legitimacy. Collective Process. Individual. System. Admissibility.

LISTA DE SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
EREsp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
IAC	Incidente de Assunção de Competência
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da Ação Popular
NCPC	Novo Código de Processo Civil
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RMO	Remessa de Ofício
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJE	Tribunal de Justiça do Estado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
-----------------	----

CAPÍTULO I PENSAMENTO SISTEMÁTICO

1. INTROITO	23
2. UMA APROXIMAÇÃO À TRADIÇÃO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO	25
3. APORTES TEÓRICOS PARA A RECONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO	31
3.1. A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA E A RACIONALIDADE POR ELA FUNDADA	32
3.2. A CONTRIBUIÇÃO DA TÓPICA.....	41
3.3. DA LÓGICA DEDUTIVA À LÓGICA ARGUMENTATIVA.....	45
4. O REFINAMENTO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO: O SISTEMA ABERTO DE CANARIS	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	59

CAPÍTULO II LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*: O REGIME TRADICIONAL E SEU REDIMENSIONAMENTO DIANTE DO PROCESSO COLETIVO

1. APONTAMENTOS PROPEDEÚTICOS.....	61
2. CONCEITO	61
3. REGIME JURÍDICO.....	66
3.1. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL	68
3.2. O NOVO CPC E O(S) REGIME(S) DE LEGITIMAÇÃO ADOTADO(S).....	72
3.3. A CONCEPÇÃO ADEQUADA PARA O PROCESSO COLETIVO	80
3.3.1. O Problema da Classificação do Direito Coletivo (Difuso, Coletivo <i>Stricto Sensu</i> ou Individual Homogêneo) e suas Implicações na Legitimação Ativa: uma exortação ao definitivo abandono das reminiscências individualistas que permeiam o processo coletivo.....	90
4. CONCLUSÃO	100

CAPÍTULO III REVISITANDO A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* À LUZ DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO: POR UM NOVO MODELO DE ADMISSIBILIDADE PARA O PROCESSO COLETIVO

1. INTRODUÇÃO	102
2. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES PARCIAIS	102
3. A ESTRUTURA NORMATIVA ORDINÁRIA E A DOGMÁTICA PROCESSUAL A RESPEITO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS: A PRETENSÃO EXCLUSÃO DO INDIVÍDUO.....	108
4. DESVELANDO OS INVISÍVEIS: A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE	118
5. RETOMANDO A PROPOSTA TEÓRICA DE PENSAMENTO SISTEMÁTICO	125
5.1. O VIÉS DISCURSIVO DO PROCESSO	127

5.2. ALGUNS PRINCÍPIOS DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: PONTOS DE VISTA NECESSÁRIOS PARA O JUÍZO PROPOSICIONAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO	136
6. UM NOVO MODELO DE ADMISSIBILIDADE PARA O PROCESSO COLETIVO, INCLUINTE DO INDIVÍDUO	149
6.1. A DECISÃO DO STJ NO RESP 1.459.212/RJ.....	174
6.2. CONTROLE <i>OPE JUDICIS</i> DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA (MODELO DA <i>CLASS ACTION</i>) E CONTRADITÓRIO TRANSCENDENTE: UM ENSAIO DE RESPOSTA ÀS CRÍTICAS DE ANTONIO GIDI À LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO.....	178
CONCLUSÃO.....	188
BIBLIOGRAFIA	191

INTRODUÇÃO

O problema da adequada tutela jurisdicional dos direitos sempre ocupou lugar privilegiado nas preocupações dos juristas comprometidos, quer adotem uma abordagem teórica, quer mais prática. Aliás, doutrina, jurisprudência e os diversos atores da prática judiciária sublinham diariamente as diversas dificuldades que permeiam a tutela processual.

Com efeito, as inquietações de parcela significativa dos escritos sobre processo podem ser a ele reconduzidas.

No interior desses debates, outrossim, é possível notar o protagonismo relativamente recente da idoneidade do processo para a tutela dos chamados direitos metaindividuais, isto é, direitos e interesses titularizados por uma comunidade, classe ou grupo de pessoas e cuja lesão implica necessariamente a perturbação da esfera jurídica de todos os seus integrantes, bem como questões que, embora passíveis de alguma individualização, repetem-se de forma homogênea. Hoje, no Brasil, esses direitos metaindividuais estão consolidados sob a tipologia de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para enfrentar essa problemática, são adotadas diversas estratégias de abordagem, que vão desde reformas legislativas pontuais ou estruturais, até a criação de institutos e técnicas processuais para lidar com a litigiosidade repetitiva, ou mesmo a estruturação de meios extrajudiciais (muitas vezes chamados de “alternativos”) de solução de conflitos, de que são exemplos eloquentes a mediação e a arbitragem.

Pense-se, apenas para ficar no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), na técnica de julgamento liminar de improcedência do pedido (art. 332); no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR (art. 976) e no julgamento de recursos repetitivos (arts. 1.036 e ss.).

Todos esses esforços parecem estar vocacionados unicamente à diminuição do volume de processos que aflige os tribunais¹, sobretudo os superiores, negligenciando, contudo, tanto a solução dos conflitos em sua dimensão material, como os problemas que assolam as instâncias iniciais do Poder Judiciário.

¹ Segundo dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o Poder Judiciário brasileiro iniciou o ano de 2014 com 70,8 milhões de processos pendentes, tendo recebido durante o mesmo ano cerca de 28,9 milhões de novas demandas (*Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pi-justica-em-numeros>. Acesso em 02 nov. 2015, p. 34). Isso levou a que fosse atingida, no curso de 2015, a marca de 100 milhões de processos ajuizados, a maioria deles concentrada no 1º Grau de Jurisdição (CARDOSO, Maurício. *Brasil Atinge a Marca de 100 Milhões de Processos em Tramitação na Justiça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: 16 set. 2015).

É possível perceber certa tendência legislativa e até de parcela importante da doutrina de imaginar reformas visando a soluções individualizadas aos conflitos, o que acaba exigindo processos judiciais igualmente individualizados, como se fosse a única ou, pior ainda, a melhor forma de o Estado lidar com os conflitos sociais e apresentar suas respostas aos casos e controvérsias cotidianos.

Todas as técnicas processuais acima noticiadas têm como pressuposto inarredável a presença em juízo daqueles que esperam receber do Judiciário alguma resposta jurídica às lesões ou ameaças a direito de que sejam titulares. Mesmo que alguns indivíduos apresentem suas demandas ao Judiciário e haja inúmeros outros indivíduos que estejam inseridos em situação lesiva similar, se esses não comparecerem em juízo para deduzir suas pretensões não serão beneficiados pela decisão que eventualmente reconhecer o direito daqueles, deixando evidente a insuficiência de tais instrumentos para a solução adequada do problema da tutela jurisdicional dos direitos.

Este estudo tem como premissa inicial a necessidade de pensar as soluções para os problemas até aqui expostos no campo da tutela coletiva, porquanto detentora da aptidão para dispensar a presença individualizada, atomizada das pessoas em juízo para que recebam a adequada tutela dos seus direitos, sem que isso represente qualquer afronta às garantias processuais já historicamente sedimentadas no Direito brasileiro.

Aliás, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, já na década de 80 do século passado, sustentavam que as reformas tendentes a proporcionar representação jurídica aos interesses “difusos” consistiam precisamente na segunda “onda renovatória” de promoção do acesso efetivo à justiça, forçando uma “reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais”².

Aquela necessidade de caminhar no campo da tutela coletiva, contudo, esbarra na percepção de que tanto os direitos transindividuais como o processo judicial institucionalizado para a sua tutela têm representado o palco de incontáveis controvérsias no âmbito do Direito Processual moderno.

² *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 18. Sobre as chamadas barreiras ao acesso à justiça, esclarecem os autores (p. 19) que “a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”.

Uma abordagem interessante para explicar a origem de tais controvérsias é a que, calcada na evolução histórica dos direitos humanos, afirma a inefetividade do processo individual para a tutela dos direitos coletivos porque excessivamente assentado em bases liberais, de modo que concebido apenas para a tutela de direitos subjetivos de matriz individual, sobretudo os civis e políticos.

Nesse caso, como os direitos coletivos ocupariam a chamada terceira dimensão dos direitos humanos³, somente vindo a cristalizar-se por volta da década de 1970, os instrumentos do processo judicial que já haviam sido institucionalizados para a tutela dos direitos de primeira e, no máximo, segunda dimensão não comportariam as nuances práticas e jurídicas que o trato dos direitos coletivos exige⁴.

Isso porque os valores e premissas que informavam os lindes do modelo liberal de processo foram responsáveis por erigir fundamentos e técnicas processuais totalmente voltados para os direitos subjetivos de índole individual, tais como o regime jurídico das condições da ação, sobretudo a legitimidade *ad causam*; os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, a liquidação e a execução. Ademais, a atividade jurisdicional era orientada para uma tutela ressarcitória (repressiva) dos direitos e que se satisfazia com o seu equivalente em pecúnia⁵, tudo para garantir o mínimo intervencionismo do Estado (absenteísta) na liberdade dos indivíduos.

³ Nesse sentido, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 569, onde se lê: “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...) Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. Na mesma esteira, Paula Buffarini, para quem “asistimos al fenómeno de la aparición de los derechos del hombre que se han denominado “de la tercera generación”, surgidos luego de varios procesos sociales y en el marco de los ya existentes derechos civiles y políticos primero y derechos culturales, sociales, y económicos después. Dentro de esta nueva generación de derechos – actualmente de tan indiscutida consagración como indiscutible protección – se encuentran: el de los consumidores y usuarios, al medio ambiente, el de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, al desarrollo, a la calidad de vida, a la libertad informática, a la autodeterminación de los pueblos, etcétera, resultando obligatorio remarcar que a mayor desarrollo socioeconómico-cultural, mayor será el espectro de derechos a tutelar...” (Ámbito de la Tutela Colectiva. In: OTEIZA, Eduardo (Org.). *Procesos Colectivos*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 63).

⁴ Nesse particular, confira-se a seguinte constatação doutrinária: “a consequência mais veemente do reconhecimento dessa categoria ampla de interesses foi a de pôr a descoberto a insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referência individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais” (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 430).

⁵ Nesse sentido do caráter individualista e patrimonialista do processo civil da época, bem como de sua orientação para o dano e para uma tutela repressiva e baseada no equivalente monetário, cf. MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *RePro*, São Paulo, vol. 183, maio 2010, p. 185-187.

No particular da legitimidade *ad causam*, a deficiência do sistema processual se mostrou ainda mais visível, uma vez que a orientação corrente de permitir o acesso à justiça somente às pessoas que buscassem a tutela de direito subjetivo próprio, jamais alheio⁶, não se adaptava a direitos cujos titulares são toda a coletividade, isto é, uma pluralidade tão extensa de pessoas que a presença todos os seus membros em juízo, tal como pretenderia o modelo então vigente, seria impraticável⁷.

O interessante dessa abordagem é que ela deixa claro por que no Direito brasileiro a tutela dos direitos coletivos encontrou na insuficiência do modelo de tutela jurisdicional individual de direitos subjetivos, previsto genericamente pelo Código de Processo Civil, seu obstáculo mais vigoroso.

É que o então vigente Código de Processo Civil fora promulgado em 1973, ao passo que a “descoberta” dos direitos coletivos, conforme visto acima, se deu em meados do mesmo século, de modo que seu desenvolvimento ainda era incipiente para influenciar a estruturação do modelo de tutela jurisdicional brasileiro.

Isso sem considerar que sua submissão ao Congresso Nacional pelo então Ministro do Estado e da Justiça, Alfredo Buzaid, ocorrera em agosto de 1972 e que a incumbência de sua formulação lhe fora confiada anos ainda no pretérito, tendo sido eliminada, pois, qualquer possibilidade do Diploma legal em tela realmente levar em conta os direitos coletivos ou prever técnicas que possibilitassem sua adequada tutela.

Daí que a instrumentalização da tutela coletiva acabou sendo realizada pelo legislador fora do Código de Processo Civil e em diversas leis esparsas, a fim de viabilizar a tutela dos direitos coletivos que paulatinamente foram chamando a atenção da sociedade e do Estado.

Mais especificamente, sem negar o mérito de inovações legislativas anteriores com inequívoca preocupação com os interesses transindividuais⁸, foi em 1985, com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (LACP), que fora dado o início mais expressivo das reformas no

⁶ Num exemplo sintomático, confira-se a redação do art. 6º do Código de Processo Civil de 1973: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

⁷ Manoel Gonçalves Ferreira Filho igualmente pontuou essa dificuldade de acomodação da titularidade dos direitos de terceira dimensão, ao afirmar que “o direito ao desenvolvimento, o direito ao meio ambiente e o direito à comunicação podem ser vistos como direitos individuais. Seu titular pode ser uma pessoa física. Mas os dois primeiros pelo menos também são vistos como direito de todos, do povo. Ora, este – em termos de direito positivo – não tem personalidade. Assim, surge um problema para o jurista, qual seja o de um direito sem titular (jurídico). (...). É extremamente heterogêneo e complexo o objeto desses direitos. Na verdade, esses novos direitos não se ajustam à estrutura ‘clássica’ dos direitos subjetivos, o que torna difícil caracterizar nítida e seguramente seus elementos, no caso, o seu objeto” (*Direitos Humanos Fundamentais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83-84).

⁸ Como é o caso, a título de exemplo, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulamentou a ação popular.

sistema processual civil brasileiro tendentes a reformular os princípios e regras até então concebidos a partir do individualismo resultado das influências do Liberalismo.

Em seguida, várias foram as reformas legislativas que possuíram o condão de regulamentar as demandas que envolviam os direitos coletivos, das quais se pode destacar a Lei de Apoio às Pessoas com Deficiência (7.853/89); Lei de Ação Civil Pública para a tutela de investidores em mercados de valores mobiliários (7.913/89); o Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90); o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90); a Lei de Improbidade Administrativa (8.429/92); a Lei nº 9.494/97, que alterou o regime jurídico da sentença coletiva proferida em Ação Civil Pública; o Estatuto do Torcedor (10.671/03); o Estatuto do Idoso (10.741/03), e tantas outras que versaram de forma esparsa acerca da tutela jurisdicional dos direitos coletivos *lato sensu*.

Ocorre que o aglomerado de normas positivadas destinadas à proteção jurisdicional de tais direitos – o qual constitui o chamado microsistema de tutela coletiva⁹ – não tem conseguido atingir sua ideal efetividade, cujo viés mais pernicioso avilta não só a integralidade dos direitos que visa a resguardar, mas os próprios direitos fundamentais dos quais são desdobramento.

É que todo esse arcabouço jurídico que instrumentalizou a defesa dos direitos coletivos, talvez em razão da forma esparsa pela qual fora lançado no ordenamento jurídico

⁹ O Superior Tribunal de Justiça tem sistematicamente adotado essa designação, consignando sua formação, outrossim, a partir de dois vieses. O primeiro parte de uma matriz constitucional, elucidado pelo AgRg no Ag 1249132/SP, Primeira Turma, julgado em 24/08/2010, DJe 09/09/2010; REsp 904.548/PR, Primeira Turma, julgado em 04/12/2008, DJe 17/12/2008; REsp 869.843/RS, Primeira Turma, julgado em 18/09/2007, DJ 15/10/2007, p. 243; REsp 817.710/RS, Primeira Turma, julgado em 17/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 364; REsp 749.988/SP, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 18/09/2006, p. 275; REsp 552.691/MG, Primeira Turma, julgado em 03/05/2005, DJ 30/05/2005, p. 216 e REsp 406.545/SP, Primeira Turma, julgado em 21/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 292; todos da relatoria do Ministro Luiz Fux, donde fora possível extrair que “a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas”. O segundo já parte de uma análise infraconstitucional, representado pelo REsp 695.396/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011; REsp 1106515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 02/02/2011; REsp 1085218/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJe 06/11/2009; REsp 510.150/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/02/2004, DJ 29/03/2004, p. 173; nos quais restou consignado, dentre outras ilações, que “os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de ‘propiciar sua adequada e efetiva tutela’ (art. 83 do CDC)”.

pátrio¹⁰, tem mitigado o desenvolvimento das técnicas e institutos dessa modalidade de tutela jurisdicional, logo, sua própria efetividade. São exemplos eloquentes dessa realidade as controvérsias interpretativas acerca da natureza jurídica do direito material objeto da tutela coletiva – se difuso, coletivo ou individual homogêneo, na tipologia adotada pelo CDC –, o que, agregado à carência de harmonização do microsistema de tutela coletiva, vem embaraçando a sua prestação adequada.

Retratando essa problemática, a doutrina pátria tem fornecido diversos ângulos a partir dos quais se pode descrever tal efetividade comedida do microsistema de tutela coletiva, os quais, aliados às digressões até aqui realizadas, retratam de forma clara a questão em tela.

Teori Albino Zavascki¹¹, por exemplo, depois de uma análise histórica, conclui que “sem a tradição dos mecanismos da tutela individual dos direitos subjetivos, os instrumentos de tutela coletiva, trazidos por leis extravagantes, ainda passam por fase de adaptação e de acomodação, suscitando, por isso mesmo, muitas controvérsias interpretativas”.

Essa novidade dos mecanismos próprios da tutela coletiva, outrossim, ainda teve o viés negativo de levar parcela dos agentes que atuam na tutela coletiva a tentar aproveitar conceitos e institutos do modelo individual de tutela jurisdicional para a tutela dos direitos coletivos, criando verdadeiras aporias à ideal fruição desses últimos.

Corroborando esse entendimento, Eduardo Oteiza, discorrendo acerca dessa subordinação a que se submete a tutela coletiva em relação à tutela individual, adverte que, ao invés de se conceber para a primeira um conteúdo próprio para a proteção dos direitos coletivos, as soluções jurídicas nessa seara são pensadas a partir da matriz da segunda, somente com algumas adequações. Nas palavras do autor, “esas herramientas procesales al no apoyarse en idénticos presupuestos para el amparo individual que para el colectivo pueden desvirtuar la esencia de este último”¹².

¹⁰ Sublinhando essa fragmentariedade do microsistema de processo coletivo, Fernando da Fonseca Gajardoni afirma que “embora o reconhecimento acadêmico e jurisprudencial da existência desse *microsistema processual coletivo* tenha contribuído, profundamente, para a evolução da sociedade brasileira e para a tutela de um sem número de situações coletivas, fato é que a sua fragmentação (várias leis tratam de temas iguais ou semelhantes) tem dificultado, sobremaneira, a interpretação adequada de uma série de dispositivos que disciplinam as ações coletivas (alguns deles – reconheça-se –, com sentido contraposto)” (O Processo Coletivo Refém do Individualismo. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 134, destaque no original).

¹¹ *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21.

¹² La Constitucionalización de los Derechos Colectivos y la Ausencia de un Proceso que los “ampare”. In: ORTEIZA, Eduardo (Org.). *Procesos Colectivos*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 43.

Conquanto não se possa atribuir exclusivamente à estrutura legislativa do microsistema de tutela jurisdicional coletiva a responsabilidade pela sua moderada efetividade, há de ser reconhecida sua importância para a instauração e manutenção desse cenário. Mas outro fator parece tão relevante quanto, ou até preponderante para a inefetividade do processo coletivo, que é o modelo de pensamento jurídico que domina a interpretação/aplicação do sistema de tutela coletiva. Se a premissa inicial deste estudo é de pensar os problemas da prestação adequada da tutela jurisdicional no campo do processo coletivo, parece não ser possível afastar-se do enfrentamento dessas questões.

Conduzir a discussão em tela unicamente no campo da norma processual positivada, então, não é suficiente. É preciso abandonar os pontos de partida tomados apoditicamente como fundados (orientação dogmática), para experimentar novos rumos para a construção de proposições.

Nesse particular, parece que os estudos de Filosofia e Teoria do Direito quanto ao pensamento jurídico representam importante avanço na busca de soluções àqueles dilemas do microsistema de tutela jurisdicional coletiva, na medida em que viabilizam maior racionalidade à mediação legislativa, permitindo a visualização de um “sistema jurídico” mais amplo e que melhor responda aos casos e controvérsias.

Com isso, novos desafios surgem para esta pesquisa, porquanto, a despeito de toda a tradição jurídica ocidental repousar na noção de sistema jurídico¹³, o “sistema” subjacente a esse pilar da Ciência Jurídica é, na grande maioria das vezes, considerado de maneira meramente pressuposta e, ainda pior, condicionado historicamente por concepções de longínquos períodos do pensamento sistemático, cujas compreensões não mais acomodam as exigências dos avanços filosóficos modernos.

A esse respeito, portanto, importa dedicar uma investigação capaz tanto de desvelar essas reminiscências históricas hoje ignoradas, quanto descortinar os contornos do pensamento jurídico mais adequado aos paradigmas filosóficos e sociais hodiernos.

Embora se reconheça quão árdua é a tarefa de elucidar os traços de Teoria do Direito que permeiam as posições jurídicas que serão abordadas, acredita-se que investigações que a descurem ou não compreendem adequadamente sua indispensabilidade, ou se limitam a atuar

¹³ Nesse sentido, Mario G. Losano: “a noção de sistema é, de fato, um pilar da sabedoria ocidental. A ela faz referência – consciente ou inconscientemente, por consenso ou por dissenso – qualquer um que empreenda uma descrição científica ou uma construção teórica. Em suma, ela é uma chave de leitura para passar em revista a evolução de toda a ciência jurídica” (*Sistema e Estrutura no Direito: das origens à escola histórica*. Vol. 1, Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. XXIX).

em campos do Direito que, embora mais confortáveis, não resolvem os problemas em sua inteireza.

Óbvio que não se pretende cotejar todos os problemas do processo coletivo à luz das proposições do pensamento jurídico e da Teoria do Direito. Este estudo se voltará àquele que, segundo se pensa, apresenta-se como um dos pontos mais sensíveis¹⁴ do acesso à justiça e da adequada tutela jurisdicional dos interesses metaindividuais: a legitimidade ativa *ad causam* das ações coletivas, ou simplesmente legitimidade coletiva.

Isso porque o modelo de legitimação ativa para o processo coletivo é responsável não apenas pela disciplina das pessoas e/ou entidades que têm aptidão para a propositura e condução de uma ação coletiva, mas também por diversos desdobramentos no campo do procedimento, da eficácia subjetiva da coisa julgada, da produção probatória, liquidação, execução, entre diversos outros pontos de fundamental importância para a tutela coletiva.

Corroborando o acerto dessa abordagem para enfrentar os problemas do processo coletivo, Sérgio Cruz Arenhart¹⁵ relata um panorama estrutural que resume bem a problemática até aqui apresentada:

Várias reformas recentes buscam oferecer instrumentos hábeis a dar conta do volume descomunal de feitos repetitivos, na maioria das vezes sem grande sucesso. Quem pensa no art. 285-A do CPC, no julgamento de recursos extraordinários por amostragem ou mesmo no incidente de resolução de demandas repetitivas – proposto pelo projeto de Código de Processo Civil em debate no Legislativo (...) – notará facilmente que os instrumentos não dão solução adequada ao problema. Embora tais medidas possam desafogar as instâncias superiores do Judiciário, não foram, a toda evidência, pensadas para racionalizar o volume de causas com que a máquina judiciária como um todo deve lidar. De fato, todos esses instrumentos pressupõem que o interessado *se apresente em juízo*, de modo a impor, sempre, a incoação de novas demandas. Não se pensa em mecanismos capazes de tornar desnecessária a presença da parte perante o Poder Judiciário, o que, ao invés de contribuir para diminuir o volume extraordinário de demandas, só favorece seu aumento exponencial.

Assim, considerando que a legitimação *ad causam* constitui o instituto que disciplina o início do processo coletivo e a própria formação da relação jurídico-processual, relacionando-se com quem deve fazer-se presente em juízo para o ajuizamento e desenvolvimento válido e regular do processo, a sua escolha como recorte de análise deste estudo parece acertada.

¹⁴ A expressão é de um dos maiores processualistas brasileiros deste tempo, que considerou a legitimidade coletiva como uma das questões “sensíveis” do processo coletivo (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais*: Processo Civil: processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 172).

¹⁵ *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 19-20, destaque no original.

Nesse particular, nota-se grande inclinação do Judiciário para extrair os legitimados ativos para o processo coletivo de modo geral exclusivamente do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública¹⁶, cujo rol, repetido parcialmente pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷, não inclui o indivíduo.

Para esse, sobra apenas a ação popular, cujas limitações – que serão oportunamente enfrentadas – acabam suprimindo o indivíduo do cenário dos legitimados para a propositura das ações coletivas em geral. Essa reserva legal da legitimidade coletiva diminui em larga medida o conhecimento, pelo Judiciário, de situações ilícitas e com enorme potencial lesivo a diversos direitos coletivos, tais como direitos econômicos, sociais e culturais; o meio ambiente; o patrimônio histórico, cultural, turístico e paisagístico e os próprios direitos dos consumidores.

Olhando a problemática de maneira ampla, a indagação que traduz toda a inquietação deste estudo consiste em saber em que medida o pensamento jurídico, voltado à legitimidade *ad causam*, é idôneo a fundar um modelo de admissibilidade para o processo coletivo que lhe confira maior efetividade.

O presente trabalho se norteará pela hipótese de que aquela negação peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas constitui um erro da dogmática jurídica atual vinculado a uma concepção clássica de sistema, ao passo que uma concepção aberta de sistema (segundo o modelo canariano) permite um juízo que inclui o indivíduo (membro do grupo) entre os legitimados para o processo coletivo em geral.

Como essa hipótese será perquirida no campo do pensamento jurídico, as proposições deste estudo prescindem de eventuais inclusões, reformas ou, de modo geral, alterações

¹⁶ Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

¹⁷ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

legislativas, haja vista que dirigidas à norma jurídica enquanto produto da interpretação dos textos normativos já em vigor (*de lege lata*).

Para tanto, é necessário definir os contornos do pensamento sistemático clássico que condiciona historicamente as soluções dogmáticas da atualidade, bem como desenhar a concepção canariana de sistema aberto, a fim de verificar as bases do pensamento sistemático moderno tomado como idôneo a viabilizar maior efetividade ao processo coletivo. A esse propósito, dedicar-se-á o primeiro capítulo deste estudo.

Em seguida, no segundo capítulo, será investigado o estado da arte da legitimidade *ad causam* na Ciência Processual, inclusive suas nuances diante do processo coletivo. Essa investigação será acompanhada, outrossim, da análise da forma como o Judiciário se comporta empiricamente a respeito da legitimidade *ad causam* nos conflitos envolvendo direitos transindividuais, atmosfera em que serão perquiridas as reminiscências teóricas e práticas vinculadas ao modelo clássico de pensamento sistemático.

Por fim, já no terceiro capítulo, procurar-se-á revisitar o instituto da legitimidade *ad causam*, desta vez à luz do pensamento sistemático moderno e das particularidades do Processo Coletivo, perquirindo uma alternativa com eles consentânea a título de solução para as controvérsias que permeiam a legitimidade coletiva do indivíduo. Essa pesquisa não se furtará, ademais, de examinar as repercussões da possibilidade de deflagração de ações coletivas pelo indivíduo, até como forma de testar a viabilidade teórica e prática da proposição alcançada.

As categorias de análise desta pesquisa, portanto, não estão circunscritas a esta ou aquela disciplina jurídica, constituindo, assim, um esforço para abordar os problemas até aqui narrados não apenas a partir do ponto de vista do objeto de estudo tradicional do processualista – a norma processual –, mas recorrendo também à análise de outros fatores que também influenciam o equacionamento das decisões estatais – legislativas e judiciais – a respeito da tutela coletiva, tentando lançar novas luzes sobre as soluções já suscitadas na doutrina para as vicissitudes do processo coletivo.

CAPÍTULO I

PENSAMENTO SISTEMÁTICO

1. INTROITO

Há muito se ressentem os que se ocupam do estudo da filosofia, da Teoria do Direito e das disciplinas jurídicas específicas da falta de um controle conteudístico das normas, sobrando críticas às atitudes solipsistas dos intérpretes que se utilizam da polissemia dos signos linguísticos que compõem o texto normativo para aplicar o direito no sentido que mais lhes convém, fazendo soçobrar até direitos fundamentais.

Para tolher tal prática deletéria de aplicação das normas, bastante fecundas tem sido as incursões da filosofia no Direito na última quadra da história, responsáveis pela instituição de verdadeiros paradigmas de racionalidade a metodizar a interpretação e aplicação do Direito, se é que se pode anunciar essas duas dimensões de maneira apartada, o que ora se faz apenas para fins didáticos.

Essas incursões têm encontrado especial impacto na dinâmica do pensamento jurídico, parecendo essencial à sua boa elucidação uma análise que transite pela tradição do pensamento sistemático, pelos fundamentos mais cardeais da reviravolta linguístico-pragmática, pela tópica, pela lógica jurídica e, finalmente, pela moderna concepção do pensamento sistemático¹⁸.

Essa abordagem, embora pouco frequente na doutrina nacional e internacional relativa ao pensamento jurídico, sendo mais consentânea com os estudos de cariz filosófico mais especializados, parece não mais poder ser descurada, porquanto responsável por fixar novos horizontes para o pensamento jurídico, rompendo uma continuidade reticente de nuances até então consideradas incindíveis dos seus modos de pensar.

Aliás, na seara do pensamento jurídico é perceptível certa inclinação dos que se propõem a divagar sobre esse específico da Ciência do Direito no sentido de impor uma dualidade excludente, como se o processo de apreensão e formulação da norma jurídica fosse possível apenas mediante o emprego ou da tópica, ou do pensamento sistemático. Essa suposição, ao fim e ao cabo, fomenta as críticas mútuas e oculta as respectivas virtudes.

¹⁸ Convém deixar expresso que tais empreitadas teóricas têm como principal objeto a teoria do “sistema” estritamente no domínio jurídico, isto é, abstraindo particularidades pertinentes a outros campos científicos. Para uma abordagem voltada ao sistema enquanto conjunto de leis aplicáveis a qualquer ciência (física, química, biologia, psicologia, sociologia etc.), cf. BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Trad. Francisco M. Guimarães. 5ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

Não obstante, é de se reconhecer que a tópica – estilo de pensar aporético que mais se contrapõe ao pensamento sistemático – soube incorporar de forma percuciente a inteligência da dimensão pragmática da linguagem, conforme restará demonstrado em momento oportuno, o que demonstra categoricamente a pertinência da pesquisa proposta neste estudo para o pensamento jurídico, sobretudo para o pensamento sistemático.

Obviamente que, nos lindes do presente trabalho, não será possível examinar todas as implicações do giro-linguístico no pensamento sistemático, constituindo o seu desiderato, antes, apenas demonstrar de que maneira a premissa ideológica mais cardeal do pensamento sistemático – o sistema – é redimensionada pela racionalidade da reviravolta linguístico-pragmática e demais aportes teóricos da filosofia da linguagem e teoria do Direito.

Sem embargo, se adequadamente compreendidos os desdobramentos desses aportes teóricos, talvez grande parte das críticas da tópica ao pensamento sistemático ceda espaço para o reconhecimento de virtudes, fundando as balizas para um modo de pensar que acomode ambas as correntes filosóficas em situação de permanente dialogicidade e, nessa extensão, permitindo aos intérpretes um emprego mais racional e otimizado do pensamento jurídico.

Para cumprir essa tarefa, algumas escolhas metodológicas hão de ser desde logo anunciadas. É que o leitor facilmente notará a falta de alguns autores que também tiveram importância para o desenvolvimento do conceito de sistema, a exemplo de Savigny, bem como que a concepção moderna de sistema delineada ao final deste capítulo abrangerá os estudos existentes até meados do século XX. Essa abordagem passará ao largo das mudanças da chamada pós-modernidade, aí incluídas as concepções cibernéticas e autopoieticas de sistema¹⁹.

Isso se justifica no fato de que as hipóteses deste estudo se nutrem apenas dos autores que legaram à evolução semântica do conceito de sistema rupturas ideológicas voltadas à sua conformação aberta. Parece desnecessário mover-se sobre as guinadas sociológicas e cibernéticas da pós-modernidade, na medida em que as incursões teóricas ligadas ao âmbito normativo, sobretudo as de tradição civilista, são suficientemente idôneas ao trato das questões fundamentais desta pesquisa.

¹⁹ Quanto a esse particular, sugere-se LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: do século XX à pós-modernidade*. Vol. 3, Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

2. UMA APROXIMAÇÃO À TRADIÇÃO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO

Não há como iniciar qualquer estudo sobre o pensamento sistemático, senão reconhecendo que toda a sabedoria – científica ou não – ocidental repousa sobre a clássica construção grega: a noção de “sistema”.

Essa realidade pode ser sentida, no campo jurídico, pelo fato de que a grande maioria dos estudos hodiernos sobre o tema volta seu campo objetual ao “sistema jurídico” sem sequer mencionar a simples construção sintática que encerra a expressão: o “jurídico” que a adorna nada mais é que um adjetivo para o substantivo inicial (“sistema”), esse quase nunca esclarecido isoladamente²⁰.

Revisitar toda a história semântica do termo não se acomodaria nos limites e desideratos deste estudo, mas uma pequena aproximação a essa história pode muito bem lançar luzes sobre a tarefa, essa sim assumida, de sintetizar o pensamento sistemático tradicional²¹.

Pois bem, como já adiantado, o termo “sistema” tem origem grega (“σύστημα”), derivando da composição de “conjunto” (“σύν”) e “estar” (“ισταμαι”), e possuía aplicação inicial fora do Direito, relacionada mais à métrica e à música, adquirindo apenas posteriormente dois significados atécnicos – esses sim relevantes para a concepção moderna de sistema –, vale dizer, um relacionado a “qualquer forma de organização de qualquer elemento” e, outro, em que se refere à “organização do mundo, seja natural, seja social”²².

Com a natural adequação do grego para a elaboração de conceitos científicos, o termo em questão se difunde com grande aceitação por diversos campos, inclusive nas ciências sociais, em que, em geral, assume uma configuração organizacional.

²⁰ Norberto Bobbio já denunciava essa deficiência ao afirmar que “o problema do sistema jurídico foi até agora escassamente estudado. Juristas e filósofos do Direito falam em geral do Direito como de um sistema, mas em que consiste este sistema não fica muito claro” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 71).

²¹ Para conduzir essa aproximação histórica, contudo, serão necessários recortes temporais que deixarão inevitáveis lacunas. Para supri-las, remete-se o leitor para LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: das origens à escola histórica*. Op. cit. Já para uma análise que não deixa de ser histórica, mas que adota uma metodologia que preza mais pela demonstração do conceito de sistema a partir do ideal aristotélico e sua interligação com a noção de ciência, cf. ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.

²² LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 9-10. O autor, aliás, atribui a essas duas acepções “atécnicas” do termo sistema, respectivamente, a característica de menos rigorosa e mais rigorosa, esclarecendo, ainda, que as mesmas, embora em sentido não univocamente determinado, encontraram “aplicação em diversos campos além do direito: retórica, gramática, arquitetura, astronomia e, principalmente, matemática e geometria” (p. 12).

No latim clássico, dada sua tendência de evitar abstrações, tais acepções atécnicas do termo sistema experimentam certo período de desaparecimento²³, quando são substituídas pelos vocábulos latinos “compages” e “structura”, designando qualquer tipo de conexão. No Direito, conforme leciona Mario G. Losano²⁴, “*structura* ou *compages* não aparece no *Corpus iuris* a não ser em significados marginais, e *systema* é usado apenas sob a manifesta influência da terminologia bizantina, para indicar assembleias e organizações sociais”.

Todavia, a noção de sistema subsiste e, na fase final da República romana, o Direito experimenta grande contato com as ciências exatas, levando alguns juristas, sobretudo Cícero, depois de constatar as disciplinas que já teriam sido organizadas unitariamente (leia-se: sistematizadas), isto é, aquelas cujos saberes fragmentados teriam sido conectados de modo a dar-lhes uma “forma racional unitária”, a preconizar a aplicação do mesmo método (sistematizador) também ao Direito²⁵: pouco a pouco, vem à tona o vocábulo então afastado.

Abstraindo tentativas de sistematização menos expressivas, até para avançar na evolução semântica do termo em voga, é com Justiniano que os textos jurídicos mais importantes são compilados de forma taxonômica e pretensamente organizada, constituindo o seu *Corpus iuris* a base das discussões jurídicas futuras por longo tempo.

Ao se debruçarem sobre essa composição romanística de matérias jurídicas, os teólogos, encarando-a como desorganizada (na verdade, caótica), prestaram relevantíssima contribuição à noção de sistema:

Em particular, a partir da segunda metade do século XV até o início do século XVII, começava a surgir a exigência de dar uma nova denominação às exposições cada vez mais articuladas que, originariamente, eram indicadas como *loci communes*, *corpus* ou *summa*. Essas designações tradicionais, porém, não expressavam integralmente aquelas características que aos teólogosurgia sublinhar, ou seja, a *unidade* e a *completude* da exposição. [...]. Dada a insuficiência da terminologia latina, prejudicada também por um longo uso pós-clássico, os teólogos debruçaram-se sobre o grego para encontrar um termo que expressasse a unitariedade e a completude da exposição teológico-dogmática. [...]. À medida que a referência aos clássicos tornou-se menos rigorosa, ao lado de *syntagma*, começou-se a usar *systema*, também ele escrito primeiramente em caracteres gregos, depois latinos. Após um período de coexistência, *syntagma* desapareceu (e também aqui, mais do que difícil, é impossível explicar a razão disso) e *systema* difundiu-se sem dificuldades²⁶.

Ainda no campo da teologia, o termo sistema fora abordado dogmaticamente por teólogos como Melanchthon, Selnecker e Ursinus, cujas fecundas incursões viabilizaram não apenas a compreensão do termo como típico da sua terminologia técnica – e não mais um

²³ Idem, *ibidem*, p. 15.

²⁴ Idem, *ibidem*, p. 18, destaques no original.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 20-21.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 54-55, destaques no original.

empréstimo léxico do grego – e a sua consolidação na teologia e difusão para as demais ciências; mas, notadamente, a evolução do seu significado, passando a designar tanto a estrutura interna do objeto de investigação, que mais tarde receberia a denominação de “sistema interno”, quanto a ordem de proposições coerentes com que o estudioso descreve o – antes – conjunto caótico de objetos, ulteriormente concebido como “sistema externo”²⁷.

No Direito, àquela época já se ressentiam os juristas da carência de organização coerente do conjunto de escritos romanísticos e, a partir do século XVI, toma corpo um desejo sistemático que pretendia submeter tal material jurídico a um método (palavra que encerra inequívoca alusão ao pensamento sistemático) para sua melhor exposição, o qual buscava, mediante o distanciamento dos textos justinianos e a construção racional do Direito, “reconduzir cada elemento disperso a princípios mais gerais, assim como Cícero já havia proposto reconduzir as partes aos *genera* para obter ‘um perfeito direito civil’”²⁸.

Os séculos XVII e XVIII que se seguiram anunciaram, sobretudo com os estudos de Timpler e Alsted, a especialização do significado de sistema e a distinção entre “sistema externo” e “sistema interno” que se desenvolveria profundamente no século XIX.

Papel importante na evolução semântica do termo sistema deve ser atribuído a Leibniz (1646-1716) e Wolff (1679-1754), que deram ao pensamento sistemático uma acepção específica diretamente vinculada ao raciocínio matemático – aqui reside, note-se, o embrião do pensamento sistemático que se tornou corrente na tradição ocidental.

Com eles, noticia Mario G. Losano²⁹, o vocábulo sistema passa a representar um discurso dedutivo, cujas partes estão logicamente relacionadas a certos princípios explícitos, como no raciocínio matemático, servindo, sobretudo em Wolff, ao escopo de fornecer “regras demonstrativas que tivessem validade geral”, inclusive prática, extraídas da certeza e clareza advindas de uma rigorosa sistematização da especulação filosófica.

Trata-se da consolidação do termo numa acepção vocacionada ao âmbito externo do objeto investigado – daí porque “sistema externo” –, que busca pôr em ordem o caos de informações e proposições isoladas, para dessa ordem extrair deduções suscetíveis de aplicação prática. A certeza prometida com a associação do sistema às ciências exatas alcançou tamanho grau de convicção que ulteriores menções ao mesmo receberam apenas acepção de sistema externo.

²⁷ Idem, ibidem, p. 61.

²⁸ Idem, ibidem, p. 65.

²⁹ Idem, ibidem, p. 102-105.

Já no final do século XVIII e início do século XIX, são Lambert (1728-1777) e Kant (1724-1804) que dão novos contornos ao termo sistema. Diretamente influenciados pela concepção wolffiana, aquele afirma pela primeira vez ter o sistema externo uma estrutura formal aplicável a todas as ciências, ao passo que esse afirma ser o sistema o ideal ao qual deve tender toda ciência, o qual consiste num conjunto de proposições deduzidas de um único princípio³⁰.

Em sua *Crítica da Razão Pura*, Immanuel Kant lança os traços que vão desenhar o significado de sistema e, com isso, condicionar a pretensão cognitiva dos mais importantes juristas de sua época e das supervenientes.

Para ele, o sistema nasceria da acumulação³¹ de conceitos, sobre os quais intervém o autor do sistema, que organiza cada elemento segundo uma única ideia, todos unificados pela “tendência em direção a um único escopo”³²⁻³³.

Esclarecendo a noção kantiana de sistema, Mario G. Losano³⁴ pontua exigir-se, segundo Kant, que o sistema “tenha não só unidade, mas também unitariedade; ou seja, cada parte deve ser unida não somente pelos nexos genéricos da dedução lógica, mas esses nexos dedutivos devem se referir a um único princípio”.

Tamanha é a persuasão da construção kantiana que, mesmo os sucessores que ousaram discordar em alguma medida de sua concepção, se limitaram a voltar seus inconformismos para o princípio primeiro do sistema, tomando como pressuposta a noção – que se estabiliza – de um sistema externo fundado sobre um único princípio básico.

Para o desiderato deste estudo, a história semântica levada a cabo até aqui parece ser suficiente para esclarecer, finalmente, que fenômeno intuem os juristas quando se referem a sistema e o adjetivam de jurídico: um sistema localizado no âmbito externo da matéria estudada, isto é, um conjunto unitário de deduções lógicas orientado para proposições de direito pertinentes a determinado ordenamento jurídico ou parcela dele.

³⁰ Idem, *ibidem*, p. 115.

³¹ A rigor, “Kant declara na *Arquitetura da Razão Pura* que o sistema é uma *articulatio* e não uma *coacervatio* (um acúmulo)” (NANCY, Jean-Luc. *O sistema, Ontem e Hoje*. *Veritas*, Porto Alegre, v. 59, n. 2, maio-ago. 2014, p. 247).

³² LOSANO, Mario G. *Op. cit.*, p. 132.

³³ Perceba-se que a formulação kantiana, segundo a qual o caráter unificador de conhecimentos heterogêneos que detém o sistema depende da sua recondução a uma única ideia fundamental, fora tão influente que, na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, a norma hipotética fundamental não constitui outra coisa, senão a consubstanciação jurídica da noção jusfilosófica daquele.

³⁴ *Op. cit.*, p. 136.

A despeito da suficiente descrição do termo sistema, parece ainda necessária maior digressão a respeito de como funciona o pensamento sistemático tradicional nele baseado.

Na esteira do raciocínio até aqui exposto, não se pode olvidar de que, das incursões teológicas e filosóficas sobre o sistema, talvez a que mais tenha ganhado admiradores no campo jurídico tenha sido aquela que buscou aproximar o sistema jurídico das ciências exatas. Pois bem, essa empreitada não apenas subsiste no século XIX, como é levada ao extremo, dando azo à concepção de pensamento sistemático tida como tradicional para a cultura ocidental.

A profunda especialização do termo sistema na história vivenciou, depois de Kant e da grande dificuldade de superação da sua doutrina, uma virada objetual: no lugar de investigar, para a formação do sistema, quantos e qual(is) deveria(m) ser o(s) princípio(s) cardeal(is) do(s) qual(is) todas as proposições científicas poderiam ser deduzidas, era preciso sedimentar as características do próprio sistema e de seus elementos, inclusive dos jurídicos, independentemente do conteúdo.

Nessa toada, noções da lógica e da matemática são incorporadas ao pensamento sistemático, de tal modo que, aos seus elementos internos, princípio(s) e proposições, são associados os termos “axioma” (pontos de partida indiscutíveis) e “teoremas” (conclusões extraídas dos axiomas mediante a aplicação da lógica)³⁵, respectivamente; passando o primeiro a ter requisitos formais indispensáveis para sua validade científica: coerência, completude, independência e, para alguns, necessidade³⁶.

Dos quatro requisitos formais, coerência e completude são de fundamental importância: o primeiro requisito, a coerência, diz respeito à necessidade de que os axiomas do sistema sejam compatíveis entre si, isto é, não estejam em contradição (aquilo que, no Direito, receberá o nome de antinomia); ao passo que o segundo, a completude, exige que do conjunto de axiomas possam ser deduzidos todos os teoremas do sistema e, simetricamente, que não seja admissível um teorema não passível de dedução de um axioma do sistema³⁷.

³⁵ Abordando especificamente esse estágio histórico da conformação do pensamento sistemático, Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca (*Normas y Sistemas Normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 42) esclarecem que “así como en la geometría los teoremas se infieren de unos pocos axiomas, los juristas pretendían deducir las soluciones jurídicas para todos los casos a partir de un número reducido (y em todo caso finito) de normas, ya sea de las normas del derecho natural (como los racionalistas de los siglos XVII y XVIII), ya sea de las normas legisladas (como intentaba la dogmática jurídica des siglo XIX)”.

³⁶ Explicando com mais vagar a correspondência desses requisitos aos princípios lógicos, Losano (op. cit., p. 250) esclarece que “a coerência corresponde ao princípio da não contradição; a completude, ao princípio do terceiro excluído; a independência, ao princípio da identidade, e a necessidade recai no requisito da completude”.

³⁷ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 249.

Mais adiante na Ciência do Direito, quando retomada a questão da identificação dos elementos internos do sistema – e quando, aliás, finalmente teve espaço o último movimento que culminou na conformação do pensamento sistemático tradicional – as normas jurídicas³⁸ foram identificadas com os axiomas do sistema, enquanto que os teoremas foram reduzidos às proposições de direito que descrevem as normas jurídicas³⁹.

Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin⁴⁰, partindo da análise da teoria aristotélica de Ciência e sua influência no conceito de sistema, descrevem com maestria essa passagem:

Un importante cambio en la concepción del sistema jurídico se produce en el siglo XIX. Ese cambio se debió a la influencia de diversos factores, tanto jurídicos como filosóficos, entre los cuales cabe mencionar, como los más importantes, la codificación napoleónica en Francia, la escuela histórica de Savigny en Alemania, y el utilitarismo con Bentham y Austin, a la cabeza, en Inglaterra. El cambio mencionado se caracteriza por el abandono de las doctrinas del derecho natural y por una nueva concepción de sistema jurídico, que se cristaliza en la *dogmática jurídica*. La ciencia dogmática mantiene la estructura deductiva, pero abandona resueltamente el Postulado de la Evidencia, al desachar los principios del derecho natural y sustituirlos por las normas del derecho positivo. El positivismo de la nueva ciencia del derecho consiste en aceptación “dogmática” de las normas creadas por el legislador positivo; los axiomas del sistema jurídico no son ya principios evidentes e inmutables del derecho natural, sino normas contingentes, puestas por el legislador humano.

Exemplo eloquente desse movimento pode ser colhido num dos juristas mais influentes do século XX, Hans Kelsen⁴¹, para quem:

A norma funciona como esquema de interpretação. [...]. Ora, o conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de atos jurídicos (ou antijurídicos). Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Aí se nota o apogeu do pensamento sistemático que dominou a tradição ocidental.

Para ilustrar a disseminação desse modo de pensar, bastam duas digressões: primeiro, compreender que a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, apropriadamente lida, não consubstancia outra coisa, senão a conjugação dos requisitos formais do sistema externo, especialmente a completude, com a concepção da Ciência do Direito no sentido de que as normas jurídicas seriam os seus axiomas, tornando inválido deduzir proposições (teoremas) de normas estranhas às normas jurídicas, como as do direito natural, psicologia, sociologia,

³⁸ Lembre-se que, àquela altura da história do Direito, quando ainda não haviam despontado as teorias dos princípios e a filosofia da linguagem ainda estava em estágio incipiente o bastante para permitir a elaboração mais sofisticada de teorias discursivas e argumentativas; a locução “normas jurídicas” representava mais as leis e aquelas normas que, hoje, denominam-se regras, sobretudo aquelas voltadas à regulação do comportamento humano, mas, de todo modo, positivadas.

³⁹ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 252.

⁴⁰ *Sistemas Normativos*. Op. cit., p.79, destaque no original.

⁴¹ *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4-5.

ética e política (a pureza metodológica kelseniana); segundo, perceber que, mesmo aqueles que não elegiam apenas as normas jurídicas à condição de axiomas, incluindo entre eles outras normas de origem divina ou racional (o que, de forma genérica, representa as teorias jusnaturalistas, historicamente refratárias às teorias juspositivistas), também assumiam como correto o modelo formal de conformação sistemática do pensamento jurídico, limitando-se a indicar elementos diferentes para ocupar o lugar dos axiomas do sistema externo.

Enfim, aí se consolida o pensamento sistemático que fora erigido à condição de pilar sobre o qual repousará toda a tradição ocidental do século XX e que, mesmo nos dias atuais, continua a condicionar o raciocínio de parcela importante dos juristas menos afetos às mudanças paradigmáticas que a filosofia da linguagem e do direito legaram ao conhecimento contemporâneo⁴².

A essas mudanças, dedicar-se-ão os tópicos seguintes, em ordem a viabilizar a compreensão dos fundamentos e virtudes do modelo de pensamento sistemático em cujo lastro serão tecidas todas as demais ilações e considerações deste estudo.

3. APORTES TEÓRICOS PARA A RECONSTRUÇÃO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO

O século XX foi um dos mais fecundos para conformação do modelo aberto de sistema e revisitar os influxos teóricos mais relevantes para esse despertar é tarefa da qual não se pode furtar.

Adotando uma orientação cronológica, é possível identificar três grandes movimentos críticos que impactaram decisivamente o pensamento jurídico, notadamente o pensamento sistemático: a reviravolta linguístico-pragmática, inaugurada por Wittgenstein; o resgate e

⁴² Em introdução à sua concepção de formação jurídica do sistema, Karl Larenz igualmente ressalta o alcance emblemático que teve o raciocínio baseado nesse sistema externo: “esse sistema, que na exposição que se segue denominamos de ‘externo’, baseia-se em que se há de separar e generalizar, a partir dos factos-tipo que são objeto de uma regulação jurídica, determinados elementos. A partir deles formar-se-ão conceitos de género, que são ordenados de modo a que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares, se possam alcançar diversos graus de abstração. Os conceitos ‘inferiores’ respectivos, que são os de menor grau de abstração, ao serem subsumidos aos conceitos ‘superiores’ correspondentes, permitem, finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos ‘supremos’. Um tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse ‘completo’, poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as consequências dele derivadas e com isso, segundo parece, a ‘cientificidade’ da Jurisprudência, no sentido do conceito cientificista de ciência. Com efeito, a questão sobre a valoração apropriada será, num tal sistema, suplantada – enquanto nos mantivermos nos seus quadros – pela da subsunção adequada; a lógica formal ocupa o lugar da teleologia e da ética jurídica. Esse sistema exerceu sobre muitas gerações de juristas um fascínio que nunca será de mais acentuar” (*Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991, p. 622-623).

modernização da tópica aristotélica por Viehweg e a reformulação da lógica jurídica, capitaneada por Perelman.

Os tópicos seguintes buscarão investigar esses movimentos.

3.1. A REVIRAVOLTA LINGUÍSTICO-PRAGMÁTICA E A RACIONALIDADE POR ELA FUNDADA

O conhecimento, desenvolvimento e aplicação do Direito estão eminentemente vinculados a textos, sejam eles normativos, doutrinários, ou judiciais; os quais encontram limites no horizonte polissêmico das palavras, fazendo emergir o problema da dificuldade da exata compreensão desses textos e, com ela, o problema da indeterminação do sentido e alcance do Direito. Há, como registra a doutrina, “uma relação básica, embora não reducionista, entre direito e linguagem”.⁴³

Daí porque fácil perceber que o primeiro aporte teórico rumo a uma nova racionalidade do pensamento sistemático adveio justamente da filosofia da linguagem.

Essa reviravolta linguístico-pragmática consiste em um movimento filosófico que se desenvolve a partir da metade do século XX, encontrando na obra “Investigações Filosóficas”, de Ludwig Wittgenstein, um de seus principais marcos.

Esse movimento, contudo, ocorre no interior de uma tradição filosófica que já objetava a linguagem há muito tempo e que, portanto, compõe apenas uma fase desse fenômeno mais geral que, na filosofia da linguagem, convencionou-se designar de giro-linguístico (*linguistic turn*).

Apenas para aproximar o leitor desse movimento mais amplo, pode-se afirmar que o giro-linguístico, em linhas gerais, designa um conjunto de estudos filosóficos derivados da semiótica⁴⁴, que, a despeito das variáveis desenvolvidas pelos diversos autores e até Escolas jurídicas que se propuseram a versar o tema, compartilham um único cerne epistemológico, ou, noutras palavras, um único ponto de convergência no tocante aos limites do conhecimento humano: a linguagem como elemento cardeal do processo de conhecimento e sua comunicação. Nas palavras de Manfredo Araújo de Oliveira⁴⁵, “a linguagem é o espaço da expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade”.

⁴³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 6.

⁴⁴ Ciência que estuda os símbolos e signos (linguísticos ou não) enquanto fenômenos de significação.

⁴⁵ *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 13.

Essa linguagem, advirta-se, não deve ser confundida com a língua – tal como o inglês, o português, o italiano, o mandarim... –, apenas umas das expressões da linguagem, a qual, encarada de maneira ampla, representa o *modus operandi* da comunicação; o conjunto léxico dos signos linguísticos que compõem a fala, a escrita, os gestos, o comportamento humano, os símbolos, as imagens, a arte, enfim, as mais variadas formas de transmissão de informação e conhecimento⁴⁶.

Para os propósitos deste estudo, veja-se, escapa uma análise que dê conta das nuances de cada vertente filosófica voltada à afirmação desse fenômeno mais geral⁴⁷; tendo pertinência apenas a demonstração da racionalidade fundada por aquela fase consistente na reviravolta linguístico-pragmática, essa sim relevante para a compreensão dos influxos que ocasionaram o redimensionamento do pensamento sistemático.

E, para tanto, importa entender a concepção de linguagem que predominava na tradição filosófica que antecedeu tal guinada pragmática.

Para essa tradição, a linguagem encerra uma relação de meio entre o ser, o real, o ontológico e o produto do raciocínio intelectual que se volta a esse ser: a compreensão, o ôntico. Ela intermedeia as informações emanadas do ser ontológico até os juízos apreensivos que captam sensorialmente essas informações – os enunciados linguísticos – e lhes dão um significado tipológico, permitindo sua transmissão.

Noutras palavras, a linguagem ocupa o lugar de condição de possibilidade da comunicação de um conhecimento humano previamente realizado pela captação sensível das informações dispersas num mundo disponível em sua realidade, nada importando para a própria constituição do conhecimento humano⁴⁸.

Qualquer objeto estaria disponível em potência no mundo empírico, a ele podendo acessar diretamente o sujeito mediante sua experiência imediata, independentemente da linguagem. Após a constituição do conhecimento em si, sua transmissão ou compartilhamento é que se daria por intermédio da linguagem, de tal modo que a preocupação desse modelo

⁴⁶ A problemática da linguagem não escapou a Pontes de Miranda: “é pela linguagem que nós, homens, nos comunicamos. Sem os sinais sonoros, susceptíveis de expressão ótica, escrita, gráfica, não poderíamos, fora do cérebro, manter o ‘dado’, isto é, conservá-lo no tempo e transmiti-lo a outros indivíduos” (*Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 89).

⁴⁷ Para um estudo percuciente do giro-linguístico, inclusive do viés histórico e dos múltiplos pensadores e filósofos que permearam as várias fases do tema, confira-se a fundamental obra de Manfredo Araújo de Oliveira, *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*, op. cit. Leitura complementar, já com implicações especificamente no campo jurídico, está em STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 119.

consiste basicamente na precisão semântica dos termos, a fim de que a linguagem traduza à exatidão o conhecimento já adquirido pelo sujeito pensante (solipsista).

O papel dessa concepção tradicional de linguagem consiste em investigar a capacidade representativa dos enunciados linguísticos; as suas condições de validade, isto é, a sua aptidão ou não para ensejar conceitos que correspondam fidedignamente à realidade, ao ontológico. Como aduz Daniel Silveira⁴⁹, um enunciado linguístico seria tão mais verdadeiro e, portanto, válido, quanto fosse capaz de reproduzir, fielmente, as estruturas em análise.

Mas é na limitação dos próprios meios de verificação da correspondência à realidade, que pressuporia uma final certeza a respeito do mundo empírico; da verdade do fato em si; do ontológico, que as investigações cognitivas contemporâneas, sobretudo a partir dos estudos do segundo Wittgenstein⁵⁰, têm dedicado especial atenção ao uso pragmático da linguagem, com ênfase ao pragmatismo desenvolvido no domínio do discurso⁵¹⁻⁵², isto é, uma pragmática como linguística do diálogo.

Para levar a cabo a sua proposta filosófica de crítica da linguagem, Wittgenstein promove profundo exame da linguagem, a partir de um olhar eminentemente realista. O acesso do sujeito (solipsista) aos fatos do mundo empírico ou qualquer conhecimento, antes viabilizado pela razão humana, não mais é dissociado da linguagem. A mesma deixa de constituir mera condição de possibilidade da transmissão ou comunicação de um

⁴⁹ *Prova, Argumento e Decisão*: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro. Jun/2011. 344 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 95.

⁵⁰ Wittgenstein é sem dúvida um dos corifeus da pragmática. Na primeira fase de sua filosofia, consubstanciada no seu *Tractatus Logico-Philosophicus*, de 1922, contudo, a sua teoria da figuração não só ainda não pode ser identificada com a pragmática, como é por muitos considerada o apogeu da semântica. A filosofia de Wittgenstein que inaugurou verdadeira reviravolta pragmática na linguagem e o tornou um dos filósofos mais influentes dos últimos dois séculos aparece apenas na sua obra “Investigações Filosóficas” (*Philosophical Investigations*), publicada dois anos depois de sua morte em 1951. Por esse motivo que se atribui o nascimento da pragmática ao segundo Wittgenstein, ou Wittgenstein de segunda fase.

⁵¹ A esta altura, um exercício de pragmática é necessário. Isso porque o contexto comunicativo para o qual o uso pragmático da linguagem é vocacionado, segundo os grandes mestres alemães, é designado pelo vernáculo germânico “Diskurs”. Ocorre que verter simplesmente “Diskurs” por “discurso” poderia levar a ledos equívocos. Isso porque, em *terrae brasiliis*, discurso possui uma conotação demasiadamente voltada para o aspecto subjetivo do seu emissor, representando uma exposição analítica e exaltada, possivelmente até individual, detentora ou não de um viés argumentativo polêmico. Essa situação é versada na língua germânica por outros vocábulos, como “rede”. O termo “Diskurs”, rigorosamente, engloba não apenas o aspecto subjetivo da argumentação, como também o intersubjetivo, constituído numa relação dialética, de embate de opiniões. Assim, para viabilizar uma apropriada compreensão do *locus* do pragmatismo, imprescindível que, doravante, o termo em português “discurso” seja compreendido numa acepção ampla, que contemple também a dimensão dialógica, significando um discurso organizado argumentativamente e numa interação polêmica intersubjetiva.

⁵² Theodor Viehweg, autor ao qual se retornará mais adiante como precursor do pensamento tópico moderno, confirma: “lo más importante es que la dimensión pragmática del lenguaje (es decir, las relaciones entre los signos y quienes los utilizan) encuentra su comprensión siempre desde la situación del discurso” (*Topica y Filosofía del Derecho*. 2ª ed. Trad. E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 186).

conhecimento previamente realizado, para tornar-se condição de possibilidade do conhecimento em si.

Como notou Manfredo Araújo de Oliveira⁵³, para o II Wittgenstein não existe um mundo em si, imediatamente, independente da linguagem; ele só está disponível na linguagem e por meio dela.

Ora, para a tradição, a linguagem tinha como principal função a de designar objetivamente os dados do mundo empírico, sendo que essa designação poderia projetar-se a objetos singulares ou ao que há de comum nos objetos do mesmo tipo, isto é, sua essência⁵⁴.

Wittgenstein, entretanto, passa a sustentar, de maneira precursora, a inexistência dessa essência que constituía a base ontológica da designação⁵⁵ e, com isso, da concepção lógico-semântica de linguagem. No lugar da essência dos objetos ou do significado das palavras, o filósofo vienense apresenta o conceito de “semelhanças de família”⁵⁶.

Para entendê-lo, todavia, é preciso apresentar também aquela que é, sem receio, a principal categoria do programa linguístico do II Wittgenstein: o “jogo de linguagem”.

Ele mesmo não chega a dizer o que constitui um jogo de linguagem, mas mostra alguns traços: os jogos de linguagem seriam o conjunto da linguagem e das atividades a ela inerentes; as atividades de construção/apreensão do significado das palavras⁵⁷. Mas seriam também as atividades de descrever um objeto conforme sua aparência, ordenar e seguir ordens, relatar um acontecimento, traduzir um texto e tantas atividades quanto seja possível imaginar⁵⁸.

Isso não exhibe o conceito de jogo de linguagem, mas mostra de maneira inequívoca que, com a linguagem, faz-se muito mais do que designar dados objetivamente, tal como exacerbaram tanto os teóricos que analisaram a estrutura lógica da linguagem, neles incluído ele próprio, Wittgenstein, referindo-se à sua obra *Tractatus Logico-philosophicus*.

Conforme notou Manfredo Araújo de Oliveira⁵⁹, o parágrafo 23 das Investigações Filosóficas põe a descoberto a preocupação de Wittgenstein com uma das principais causas dos problemas filosóficos, uma vez que as incursões filosóficas da tradição, de cariz

⁵³ Op. cit., p. 127.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 129.

⁵⁵ *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1999, p. 54-55.

⁵⁶ Idem, ibidem, p. 52-53.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 29-30.

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 35-36.

⁵⁹ Op. cit., p. 127.

semântico, eram alimentadas apenas com uma parcela das possibilidades cognitivas, tal como ocorreu quando se reduziu a linguagem humana à pura função designativa. Na linguagem wittgensteiniana, tais “doenças filosóficas” padeceriam da “dieta unilateral”⁶⁰.

Ora, prestando-se a linguagem para muito mais do que designar objetos, a exemplo de realizar todas aquelas atividades citadas acima e muitas outras – todas com variado grau de distinção –, a relação entre jogos de linguagem e semelhanças de família começa a tomar forma.

No parágrafo 65 das Investigações, o filósofo vienense expressamente rejeita a tarefa de indicar algo de comum – a essência! – a tudo aquilo que ele chama de linguagem, precisamente por não haver algo de comum entre os fenômenos linguísticos. O motivo de empregar a palavra “linguagem” para referir a todos os fenômenos linguísticos, conquanto não sejam idênticos, é o “parentesco” que possuem de muitos modos diferentes.

Para ver isso, Wittgenstein recorre ao uso da palavra “jogo”, tal quando empregado às atividades envolvendo tabuleiro, cartas, bola etc.⁶¹. Pede ele que se indique aquilo que é comum a todos eles (a essência do jogo), bem como que não se pense, mas veja!

Um a um, ele mostra como os elementos aparentemente comuns dos jogos, a exemplo da função recreativa, do ganhar e perder e da competição entre jogadores, bem como aqueles mais característicos de cada jogo (pense-se na presença de cartas, bola ou peças); constituem somente traços que vêm e vão; que ora se apresentam com elevado grau de correspondência, ora desaparecem.

O que resta desse lançar de olhos às diversas atividades que se costuma chamar de jogo, veja-se, é apenas uma “rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente. Semelhanças de conjunto e de pormenor”⁶².

A essa relação de semelhança ou parentesco, Wittgenstein denomina “semelhanças de família”⁶³, tal como os traços característicos que identificam os membros de uma família, que ora os afeiçoam, ora se esvaem e nada mostram de comum.

O significado de “jogo de linguagem”, pois, segue o mesmo destino: seus contornos são imprecisos⁶⁴, já que não podem ser fixados definitivamente; apenas se pode traçar alguns limites.

⁶⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 150.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 52.

⁶² Idem, ibidem, p. 52.

⁶³ Idem, ibidem, p. 52.

⁶⁴ Idem, ibidem, p. 54.

Mais importante ainda: do mesmo modo que não há essência do significado de palavras e expressões⁶⁵, enunciados linguísticos não possuem significados definitivos, fixados desde sempre e para sempre.

Como, então, torna-se possível compreender o significado das palavras, expressões e enunciados? Aqui talvez resida o maior legado wittgensteiniano para a filosofia, responsável por deslocar a concepção de linguagem, de sua orientação semântica, para a prática social, inaugurando a chamada reviravolta pragmática.

Isso porque o significado das palavras segue regras determinadas pelo seu uso, mesmo que a observação empírica não permita percebê-las, servindo como um indicador da direção de como se deve comportar frente às palavras⁶⁶.

Importante perceber que essas regras não são essencialmente privadas, mas, sim, fenômenos eminentemente sociais, o que torna possível avaliar se alguém está corretamente seguindo uma regra⁶⁷.

Vê-se, pois, que Wittgenstein recusa a pretensão – inclusive do seu *Tractatus* – a uma linguagem pura, artificial, que aspira a um ideal de exatidão; para assumir que tal ideal de exatidão não está previsto⁶⁸ e carece de qualquer sentido. Apenas a referência às situações concretas de uso das palavras é que torna possível identificar as regras que guiam sua significação específica⁶⁹: “a significação de uma palavra”, afirma Wittgenstein⁷⁰, “é seu uso na linguagem”; sozinho, o signo parece morto, apenas adquirindo vida no seu uso⁷¹.

Mas não se cometa o erro em que os chamados positivistas lógicos incorreram ao ler o *Tractatus*: investigar o uso de uma palavra ou um jogo de linguagem não se satisfaz com a simples constatação e “descrição”, tampouco constitui uma antropologia dos usos constituídos; devendo mostrar de que modo podem as palavras e enunciados revestirem-se de significações diversas, a depender do jogo de linguagem a ser jogado⁷². Afinal, devem os

⁶⁵ DALL'AGNOL, Darlei. A Vida e Obra de Ludwig Wittgenstein. In: _____; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012, p. 36.

⁶⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 57-59.

⁶⁷ DALL'AGNOL, Darlei. Op. cit., p. 36.

⁶⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 61.

⁶⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 131.

⁷⁰ Op. cit., p. 43.

⁷¹ Idem, ibidem, p. 129.

⁷² SALLES, João Carlos. Crença e Proposição. In: DALL'AGNOL, Darlei; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012, p. 98.

filósofos lançar luzes sobre todas as “possibilidades” dos fenômenos e o modo das asserções sobre elas⁷³.

Aqui reside um ponto de grande controvérsia nos leitores de Wittgenstein⁷⁴ e, pois, convém insistir: ele não preconiza a mera descrição dos significados que satisfaçam à maioria dos significados pretendidos pelas pessoas. Tampouco sustenta a descrição dos significados mais recorrentes das palavras nos seus contextos de usos na linguagem ordinária⁷⁵.

As regras de uso das palavras devem ser entendidas como padrões de correção, orientando como lograr significados corretamente e com sentido dentro de cada horizonte contextual, os quais, aliás, podem até não coincidir com qualquer uso pragmático atual das palavras num determinado contexto. O significado da linguagem nos diversos jogos, portanto, é normativo em todos os contextos⁷⁶.

Ademais, não pertencendo as regras de uso das palavras (a linguagem, enfim) ao domínio privado de cada pessoa, mas, ao contrário, ao domínio público, aos contextos linguísticos em que o indivíduo é apenas um dos componentes; a compreensão do significado das expressões linguísticas igualmente não depende do ato intencional de querer significar algo, mas, sim, da “situação histórica” em que as mesmas são empregadas⁷⁷.

Com isso, fica claro que a linguagem, para Wittgenstein, é uma atividade ou ação humana⁷⁸ e, assim como as atividades humanas não existem fora do mundo e sem referência a outras atividades humanas – lembre-se que os jogos de linguagem são, também, o conjunto da linguagem e das atividades a ela inerentes –; a linguagem adquire significado enquanto vinculada ao contexto situacional em que está inserida.

E a esses contextos de ação que determinam o horizonte de significação das palavras e enunciados Wittgenstein chama de “formas de vida”⁷⁹.

⁷³ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 61.

⁷⁴ Relatando igualmente as variações dos intérpretes de Wittgenstein, sobretudo no que toca à sua orientação ética e ao modo descritivo ou normativo do seu filosofar, cf. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991, p. 268 e ss.

⁷⁵ Em termos estatísticos, por exemplo, poder-se-ia dizer que Wittgenstein não está preocupado com a média (uma medida tal que possa substituir todos os elementos de um conjunto de dados, sem alteração de valor), ou moda (medida ou elemento que mais se repete num dado conjunto de dados) dos índices de aparecimento de significados das palavras na linguagem ordinária.

⁷⁶ PERUZZO JÚNIOR, Léo; PABLOS, Mayara. Wittgenstein e Hart: regras de reconhecimento, normatividade e indeterminação do direito. In: DALL’AGNOL, Darlei; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012, p. 197-198.

⁷⁷ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 135.

⁷⁸ AARNIO, Aulis. Op. cit., p. 269.

⁷⁹ Op. cit., p. 35.

Conhece-se as regras de uso das palavras e expressões porque se participa de uma forma de vida comum, na qual os usos constantes delas se tornam hábitos, costumes ou instituições que passam a guiar (indicar a direção) o uso das palavras⁸⁰. Como anotou Manfredo Araújo de Oliveira⁸¹, o significado das palavras se torna passível de compreensão porque há hábitos determinados, intersubjetivamente válidos, de manejar com elas.

Conhecer as regras de uso das palavras, emprestando-lhes significações coerentes com os jogos de linguagem em que serão empregadas, é dominar uma técnica; seguir uma regra é uma práxis⁸². Tais regras, por sua vez, são algo historicamente adquirido, um fenômeno histórico⁸³.

Aprender as regras de uso das palavras é, enfim, assumir a forma de vida da comunidade humana em que o jogo de linguagem é jogado, único sistema de referência a partir do qual se pode manejar a linguagem conhecida e interpretar uma linguagem desconhecida⁸⁴, mesmo que os faça inconscientemente ou cegamente⁸⁵, já que seguir uma regra, uma vez já inserido na forma de vida em que ela se insere, não é uma opção espontânea.

Nas Investigações Filosóficas seguem muitos outros aforismos sobre a concepção de linguagem de Wittgenstein, mas as categorias até aqui expostas são suficientes para perceber as implicações da reviravolta linguístico-pragmática.

Uma asserção qualquer recebe sua significação completa apenas no contexto situacional em que é empregada e somente para ela. É no discurso prático, mediante o adequado manejo das regras de uso das palavras e no interior de um jogo de linguagem específico que as asserções ganham um significado próprio, não se admitindo posições cognitivas absolutistas, dado o reconhecimento da inidoneidade da linguagem para fundar significações definitivas e não situacionais.

Nessa esteira, a dimensão pragmática da linguagem encerra uma notável mudança de perspectiva, a partir da qual não mais se postula significados estáticos e definitivos para os signos linguísticos, porquanto não mais fundados na dualidade enunciado-fato empírico; mas

⁸⁰ Idem, *ibidem*, p. 92.

⁸¹ Op. cit., p. 141.

⁸² WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 92-93.

⁸³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 143.

⁸⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig. Op. cit., p. 93.

⁸⁵ Idem, *ibidem*, p. 96.

apenas significados que guardem pertinência situacional com o contexto discursivo, donde exigir-se um comportamento crítico permanente na busca da elucidação desses significados.

Destarte, a reviravolta linguístico-pragmática, adequadamente incorporada, não se compadece com concepções metafísicas ou empíricas absolutistas, que aspirem a uma verdade definitiva.

Se na concepção de linguagem da tradição a relação enunciado-fato deixava de operar uma ruptura no nível de empirismo guardado pelo signo linguístico, porquanto desconhecia a cisão existente entre ontológico e ôntico, bem como a inidoneidade da linguagem para fundar significados definitivos não-situacionais; essa é precisamente a virtude da dimensão pragmática da linguagem, que enxerga no discurso a condição de possibilidade da formulação dos enunciados linguísticos, dos seus significados e, com isso, do conhecimento.

O conhecimento deixa de exigir unicamente juízos epistemológicos de verdade como exata correspondência da assertiva com os fatos do mundo empírico, passando a se satisfazer com aquela possibilidade hipotética que, dentre todas as demais passíveis de apreensão a partir do espectro de possibilidades narrativas existentes; vai sendo confirmada por novas observações e discursos dialógicos, mas que, mesmo assim, não alcança – jamais – um grau de certeza absoluta, sendo sempre reconhecida, ao revés, como provisória e suscetível de reformulações.

Daniel Silveira⁸⁶, no mesmo sentido, igualmente preconiza como implicação cardeal do giro-linguístico que “a pretensão de conhecimento não mais se refere à realidade em si, nem, tampouco, à certeza subjetiva quanto a verificação daquilo que aparece diante dos olhos, mas como uma espécie de interpretação contextualizada da realidade”.

Suficientemente compreendidos os contornos da pragmática no giro-linguístico, é de verificar-se que a mesma funda um novo paradigma de racionalidade para o pensamento jurídico, na medida em que se lho compreenda – como de fato parece ser – como o espaço intelectual mais propício para o desenvolvimento do discurso vocacionado à compreensão e solução dos problemas jurídicos.

O fato de o pensamento jurídico recorrer a juízos relativos a fatos e a textos normativos com os quais possuem elementos coincidentes (ambos mediados por signos linguísticos); ao exame da congruência do primeiro com as possibilidades semânticas do segundo (apenas tangíveis se descortinadas pela pragmática), entre diversos outros vieses que dependem de atos de comunicação ou de transmissão de conhecimento; parece não mais

⁸⁶ Op. cit., p. 96.

permitir aos que sobre ele se debruçam pretensões cognitivas que descurem a reviravolta linguística, com todas as suas implicações.

Nesse sentido, necessário atentar que o paradigma de racionalidade fundado pela guinada pragmática impacta desde as bases do pensamento jurídico, até aspectos mais específicos dos seus estilos de pensamento derivados.

Obviamente que analisar minuciosamente cada uma dessas implicações epistemológicas demandaria um discurso analítico não comportado pelos limites deste estudo.

Por ora, contudo, apenas se insta o leitor a acompanhar alguns desses desdobramentos, precisamente o que ocorre no âmbito da tópica.

3.2. A CONTRIBUIÇÃO DA TÓPICA

Viu-se anteriormente que o pensamento sistemático que se cristaliza em meados do século XX era baseado numa concepção de sistema externo, cujos axiomas – identificados com a norma jurídica em sentido restrito – eram dotados dos atributos da coerência e completude; o que supostamente permitiria dele extrair, por meio de deduções lógico-formais (subsunções), todas as conclusões ou proposições jurídicas – teoremas – necessárias à solução dos problemas de interpretação e aplicação desse sistema.

Esse modelo de pensamento sistemático, ademais, exerceu tamanho deslumbramento nos juristas da época, que mesmo as doutrinas do jusnaturalismo, declaradamente refratárias às versões mais radicais daquele pensamento – o positivismo exegético – se limitavam a apontar soluções no interior do mesmo raciocínio baseado num sistema externo, geralmente associadas à composição dos seus axiomas.

Nesse contexto de calma proeminência desse pensamento sistemático, entretanto, uma doutrina alemã da década de 50 do século XX pouco a pouco passou a chamar a atenção de juristas e filósofos afeitos ao pensamento jurídico: a tópica⁸⁷.

Trazida a lume pelos estudos de Theodor Viehweg (1907-1988) – em obra publicada pela primeira vez em 1953 –, o resgate da tópica aristotélica significou verdadeira

⁸⁷ Não constitui objetivo deste diapasão, percebe-se, explanar a tópica à exaustão, nem sequer demonstrar todos os lindes no interior dos quais se aplica o raciocínio que lançou tão renovadas luzes na Ciência do Direito. Empreitada como essa flertaria com um perigoso desvio da finalidade deste capítulo, reputando-se mais apropriado apenas apresentar ao leitor os fundamentos e esquemas mais cardeais da tópica, na exata medida necessária à sua contraposição ao pensamento sistemático. Para uma leitura mais pormenorizada da tópica, cf. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 133-157.

contraposição ao pensamento sistemático⁸⁸, finalmente impondo-lhe críticas que realmente se afastavam do seu correspondente modo de pensar.

A tópica é uma técnica – ou melhor, um estilo⁸⁹ – de pensar orientada pelos e para os problemas, que se desenvolve pela retórica fundada no raciocínio dialético, ou seja, de modo não apodítico. Esse raciocínio dialético, por sua vez, tem como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação geral, fornecendo indicações de como comportar-se em situações aporéticas⁹⁰.

Basicamente, a tópica preconiza raciocínios dialéticos baseados exclusivamente nos chamados *topoi*, que são lugares-comuns, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à solução⁹¹.

Opõe-se, portanto, ao pensamento sistemático, que procede do todo. Segundo a tópica, o sistema fixaria as premissas e os próprios pontos de vista a partir dos quais os problemas seriam selecionados e resolvidos, e isso mediante a delimitação igualmente prévia dos limites dentro dos quais a solução pode ser buscada⁹². Essa crítica é voltada eminentemente ao pensamento formal, lógico-dedutivo, que se mostra insuficiente para os casos mais difíceis (*hard cases*).

Viehweg⁹³ distingue, ainda, a tópica de 1º grau, pensamento indutivo e intuitivo, mas potencialmente arbitrário; da tópica de 2º grau, pensamento orientado para o problema, que parte dos chamados “catálogos de *topoi*”, gerais e especiais, aos quais todo e qualquer

⁸⁸ É preciso esclarecer que na tópica, “porém, sua recusa do pensamento sistemático não é total, e por isso é melhor falar do pensamento tópico como de uma doutrina assistemática, mais do que anti-sistemática” (LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2, Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 264).

⁸⁹ Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., tradutor da edição brasileira do principal livro de Theodor Viehweg a respeito do tema, “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UnB, 1979, p. 3).

⁹⁰ Confira-se a descrição de Viehweg: “o termo aporia designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a ‘falta de um caminho’, a situação problemática que não é possível eliminar, e que Boécio traduziu, talvez de modo frágil, pela palavra latina *dubitatio*. A tópica pretende fornecer indicações de como comportar-se em tais situações, a fim de não ficar preso, sem saída. É portanto uma *técnica do pensamento problemático*” (*Tópica e Jurisprudência*. Op. cit., p. 33, destaques no original).

⁹¹ O autor alemão acrescenta ainda que “não só há *topoi* que são universalmente aplicáveis – dos quais tratam Aristóteles, Cícero e seus sucessores – como também há outros que são aplicáveis apenas a um *determinado ramo*. Os primeiros são aplicáveis a todos os problemas apenas pensáveis e representam generalizações muito amplas, enquanto que os segundos servem só para um determinado círculo de problemas. Não obstante, sua função em ambos os casos é a mesma” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Op. cit., p. 37).

⁹² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Op. cit., p. 34-35.

⁹³ Idem, *ibidem*, p. 36.

problema poderia recorrer para encontrar uma orientação para a solução, eliminando a arbitrariedade do pensamento sistemático que seleciona previamente os problemas passíveis de solução.

A Tópica, enfim, preconiza um raciocínio dialético baseado exclusivamente nos “catálogos de *topoi*”, aquelas premissas fundamentais que se aplicam a todos os problemas, mas que não limitam a argumentação, nem a solução jurídica; fornecendo uma tessitura muito mais flexível para adaptar-se aos casos concretos.

E é nesse particular que residem as admoestações mais veementes da tópica ao pensamento sistemático e, paralelamente, uma das implicações mais relevantes do giro-linguístico, aparentemente não incorporada pela maioria dos autores que perfilham esse último modo de pensar.

Isso porque, como já denunciado ao norte, em geral a primazia dada ao sistema pelo pensamento sistemático ocorre mediante um raciocínio excessivamente lógico-dedutivo, segundo o qual o mesmo consiste no único *locus* em que devem ser buscadas as soluções para os problemas, os quais, nessa extensão, apenas são cognoscíveis enquanto guardarem coincidência com os supostos fáticos previstos abstratamente pelas normas jurídicas que seriam os seus axiomas. Tudo quanto lhe escape é eliminado por representar um problema meramente aparente, ou falsamente proposto⁹⁴.

A tópica aristotélica, resgatada por Viehweg ao pensamento jurídico contemporâneo como estilo de pensar aporético, que desloca a ênfase do raciocínio, do sistema, para o problema; tem o grande mérito de denunciar a negligência, pelo pensamento sistemático lógico-formal, do papel do discurso e da retórica para a formulação das proposições jurídicas e para a compreensão das próprias normas jurídicas; em cuja base estão, aliás, os fundamentos da dobra da linguagem.

Sublinhando a relação de pertinência entre tópica e a dimensão pragmática da linguagem, valiosa a seguinte lição de Viehweg⁹⁵:

Por el contrario, la actitud espiritual retórica – para cuyo esclarecimiento recurrimos actualmente a nuevos medios – prefiere la concepción pragmática del lenguaje. (...). Lo que primordialmente interesa aquí es dilucidar cómo se lleva a cabo la comunicación. Es necesario investigar el permanente proceso de creación que en la situación de discurso produce significados lingüísticos. Pues aquí no está permitido suponer simplícidamente que estos significados están determinados de una vez para siempre, sin relación situacional.

⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁹⁵ *Topica y Filosofía del Derecho*. Op. cit., p. 188.

Ora, se a dimensão pragmática da linguagem mostrou serem inadmissíveis posições cognitivas absolutistas, dado o reconhecimento da inidoneidade da linguagem para fundar conhecimentos definitivos e não-situacionais; e se o sistema invariavelmente é constituído por signos linguísticos; vê-se que as críticas da tópica ao pensamento sistemático, precisamente ao raciocínio lógico-dedutivo ao qual ele supostamente estaria vocacionado, procedem⁹⁶.

Nesse sentido, como reconhece Atienza⁹⁷, na medida em que a tópica sustenta a prevalência “do nível pragmático da linguagem em relação ao sintático e ao semântico, a ênfase do caráter de dependência em relação à situação de toda argumentação e a crítica à ontologização a que tende uma compreensão ingênua da linguagem”, ela, apesar das críticas, “contém algo importante: a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica”.

Ao fim e ao cabo, é possível afirmar que a tópica jurídica constituiu não apenas os primeiros passos para as teorias da argumentação mais modernas, como, antes, uma das – senão a – mais contundentes admoestações ao pensamento sistemático que até então dominava o pensamento jurídico ocidental.

A recepção da tópica de Viehweg pela Ciência do Direito, entretanto, não pode dar-se sem reservas. Na linha das já comentadas críticas de Manuel Atienza, a tópica exerce um papel importante, sim, mas não suficiente. Os *topoi* dos quais ela se vale, dada sua superficialidade e maior abstração, deixam um espaço muito amplo para que a dialética argumentativa possa desenvolver soluções jurídicas concretas, negligenciando a própria função do Direito de garantir um mínimo de certeza, confiança ou previsibilidade de expectativas (segurança jurídica).

A tópica funciona muito bem para a obtenção de soluções razoáveis para todo e qualquer problema, mas não apenas o Direito não se resume à solução de problemas, possuindo igualmente um viés preventivo que se volta à orientação das condutas humanas

⁹⁶ Perceba-se, contudo, não estar-se propugnando, ao fim e ao cabo, a superioridade epistemológica da tópica sobre o pensamento sistemático. A tópica apresentada por Viehweg e seus sucessores não é nada imune a críticas. Ao contrário, como bem demonstrou Manuel Atienza, os elementos mais cardeais do pensamento aporético, até mesmo as noções de problema e *topos*, são vagos e permeados por uma série de imprecisões conceituais, além do que a própria visão de Viehweg a respeito de lógica e sistema, principais elementos de contraste para caracterizar a tópica, pode ser considerada um tanto quanto “estreita” (*As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. 3ª ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 52-53). Aliás, como anotou o mesmo autor mais adiante (p. 55), “a tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de grande generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito”.

⁹⁷ Op. cit., p. 56-57.

precisamente a não culminarem em problemas; como a própria solução das controvérsias deve estar adstrita a uma margem mais ou menos reduzida e estável de possibilidades, garantindo a continuidade das relações sociais (segurança jurídica, repita-se).

Esse viés preventivo do Direito não se coaduna com um raciocínio que parte de premissas muito genéricas e que confia unicamente à argumentação a responsabilidade pela obtenção do Direito.

A tendência da última quadra da história de afastar a Ciência do Direito dos lindes das ciências racionalistas, em prestígio às características das ciências empíricas, campo em que a tópica e as teorias da argumentação ocupam lugar privilegiado; revela uma compreensão reducionista da função do sistema, o qual parece ainda fornecer respostas bastante aproveitáveis ao Direito.

Por isso que, no cotejo entre tópica e pensamento sistemático, esse parece melhor atender às virtudes que se espera do Direito, ainda que se reconheça a inidoneidade do modelo de pensamento sistemático até aqui objetado, vale dizer, aquele que tem como pressuposto a coerência e completude das normas jurídicas positivadas e que enxerga as soluções jurídicas a partir de deduções lógico-formais delas.

Essa concepção clássica de sistema, contudo, passou por uma última quebra de paradigma para começar a dirigir-se rumo à concepção aberta já mencionada, qual seja, o reconhecimento da inevitabilidade da interpretação e dos juízos de valor, o que implica a reformulação tanto do método de obtenção das proposições jurídicas (lógica jurídica), quanto da natureza delas (o seu caráter razoável ou aceitável e, não, apodítico).

3.3. DA LÓGICA DEDUTIVA À LÓGICA ARGUMENTATIVA

Até aqui foram abordados como aportes teóricos para o despertar de uma nova concepção de sistema e, nessa medida, do modo de pensar que o pressupõe, a uma, a reviravolta linguístico-pragmática, com a primazia do discurso situacional para a concretização dos significados dos enunciados linguísticos; a duas, a tópica, como estilo de pensar que recusa a fixação apodítica dos axiomas do sistema e a maneira deducionista de obtenção de proposições.

O terceiro movimento teórico que atinge o cerne da concepção clássica de sistema reside, precisamente, na crítica à lógica formal que subjaz tal pretensão deducionista do pensamento sistemático, que tem em Chaïm Perelman um de seus principais expoentes.

O desenvolvimento dessa crítica do filósofo polonês nasce no seu mais famoso livro, Tratado da Argumentação, publicado pela primeira vez em 1958, quando estatui entre as

premissas de sua teoria de resgate da retórica antiga⁹⁸ a contraposição entre a lógica formal e a lógica argumentativa.

Afirma ele que a lógica formal é limitada à demonstração necessária das proposições do sistema, bastando a indicação dos procedimentos por meio dos quais elas podem ser obtidas como expressão derivada de uma sequência dedutiva que parte dos primeiros elementos fornecidos por quem construiu o sistema no interior do qual se efetua a demonstração⁹⁹.

Embora Perelman não desenvolva com maior vagar essa premissa sobre a qual repousa o seu Tratado da Argumentação, ele se debruça detidamente sobre a mesma no futuro¹⁰⁰, quando acresce que, a admitir-se a verdade ou correção das premissas de um sistema, o raciocínio demonstrativo, fruto da lógica formal, mostra-se totalmente convincente. O problema surge na medida em que se reconhece que as premissas do sistema (seus axiomas), antes apodíticas ou garantidas pela evidência, na verdade são compostas de palavras que podem ser tomadas em vários sentidos, bem como incluir noções vagas ou confusas. Dá-se conta, com isso, de que a lógica formal esconde um problema de escolha e decisão quanto a saber se também as premissas do sistema são fundadas, em que é necessário fornecer as razões da decisão para obter adesão à solução proposta¹⁰¹.

Arremata Perelman¹⁰²:

⁹⁸ Aqui é importante notar que o termo “retórica” empregado por Perelman não está eivado da noção deletéria que hoje normalmente se lhe empresta, devida especialmente aos sofistas, de construções argumentativas que visam apenas ao sucesso oratório, em detrimento da melhor justificação ou correção das proposições jurídicas. Daí o esclarecimento de Manuel Atienza de que “se Perelman escolhe, para designar a sua teoria, o nome ‘retórica’ e não o de ‘dialética’, isso se deve precisamente à importância que ele dá à noção de auditório, que é certamente a noção central de sua teoria (cf. Fisher, 1986, p. 86), e ao fato de que ‘dialética’ lhe parece um termo mais equívoco, pois ao longo da história ele foi utilizado com múltiplos significados” (op. cit., p. 61). Desse modo, para os propósitos deste estudo não há qualquer prejuízo ao referir a teoria perelmaniana como uma teoria retórica, dialética ou argumentativa.

⁹⁹ PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 15-16. Manuel Atienza, apoiado nas lições de Perelman, igualmente explica que “a lógica formal se move no terreno da necessidade. Um raciocínio lógico-dedutivo, ou demonstrativo, implica – como vimos – que a passagem das premissas para a conclusão é necessária: se as premissas são verdadeiras, então a conclusão também será, necessariamente” (op. cit., p. 61).

¹⁰⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 142.

¹⁰¹ Mais adiante (p. 155), esclarece o filósofo polonês que, para além do realismo e nominalismo filosóficos, “se vemos numa língua um instrumento de comunicação e de ação, adaptável a fins variados e não apenas a fins científicos, já não é questão de modelá-la por uma língua ideal, caracterizada pela univocidade, pela ausência de imprecisão e de ambigüidades. Essas características que exigimos de uma linguagem formal, tal como a da lógica e a das matemáticas, não podemos impô-las a qualquer linguagem, seja qual for o fim para o qual a utilizamos. Uma língua, elaborada para um fim único, é freqüentemente inapta para outro: a língua dos cálculos não é a língua dos poetas ou dos diplomatas, nem a dos juristas”.

¹⁰² *Lógica Jurídica*. Op. cit., p. 170.

Em um sistema formal, uma vez enunciados os axiomas e formuladas as regras de dedução admitidas, resta apenas aplicá-los corretamente para demonstrar os teoremas de uma forma impositiva. Se a demonstração estiver correta, deveremos inclinar-nos diante do resultado obtido e, se aceitarmos a verdade dos axiomas, admitir a verdade do teorema, enquanto não tivermos dúvidas sobre a coerência do sistema. O mesmo, porém, não acontece quando argumentamos. As técnicas de argumentação fornecem todo um arsenal de razões mais ou menos fortes, mais ou menos pertinentes, mas que podem, partindo de um mesmo ponto, conduzir a conclusões diferentes e, por vezes até opostas. (...). A argumentação nunca é impositiva como a demonstração...

Para afastar a arbitrariedade na escolha dos axiomas de um raciocínio, sustenta o autor o retorno à retórica aristotélica, a qual, diferentemente da lógica formal, não se ocupa com a demonstração de proposições a partir de verdades abstratas, categóricas ou hipotéticas, mas com a persuasão, guiada por argumentos, que busca produzir ou intensificar a adesão de um dado auditório a certas teses¹⁰³.

Ora, viu-se acima que a reviravolta linguístico-pragmática inaugurada por Wittgenstein no interior da filosofia da linguagem passa a exigir permanente atenção com o processo de produção de significados linguísticos que se desenvolve em cada discurso.

Nesse sentido, parece que a aceitação da lógica argumentativa para a obtenção das proposições do sistema tem a importante virtude de desvelar questões fundamentais do raciocínio prático que a lógica formal, baseada na univocidade, deixa de lidar, a exemplo da determinação do conteúdo e alcance concretos das expressões e enunciados normativos¹⁰⁴.

Uma vez que as ilusões de segurança e total determinação das decisões estatais pregadas pelo racionalismo pós-revolução francesa (separação dos poderes e submissão das decisões, sobretudo as judiciais, à supremacia da lei positiva) e pelo positivismo lógico (baseado na lógica formal para a dedução das soluções concretas) cedem espaço para o reconhecimento da equivocidade dos textos normativos, a retórica tem o importante papel de prestigiar a inevitabilidade da interpretação e dos juízos de valor¹⁰⁵.

¹⁰³ PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 70. Acrescenta ainda o autor que “o que distingue, além disso, a lógica da retórica é que, enquanto na primeira sempre se raciocina no interior de um dado sistema, que se supõe aceito, numa argumentação retórica tudo sempre pode ser questionado; sempre se pode retirar a adesão: o que se concede é um fato, não um direito. Ao passo que, em lógica, a argumentação é coerciva, não há coerção em retórica. (...). A argumentação retórica não é coerciva porque não se desenvolve no interior de um sistema cujas premissas e regras de dedução são unívocas e fixadas de maneira inveriável” (p. 77).

¹⁰⁴ Aliás, afirma Perelman: “não só determinar o sentido das noções, mas também a intenção de quem fala, a significação e o alcance do que diz – tudo isso são problemas fundamentais da retórica com que a lógica formal, baseada na univocidade, não tem de se preocupar” (*Retóricas*. Op. cit., p. 81).

¹⁰⁵ Outro autor que tratou com notável profundidade do tema foi o já mencionado jurista finlandês Aulis Aarnio, para quem um dos fundamentos da necessidade de justificação da escolha entre as múltiplas alternativas que possui o intérprete ao se deparar com um caso difícil é precisamente o reconhecimento de que “todas las pautas de la interpretación jurídica están abiertas desde el punto de vista de su contenido. Estas pautas son del tipo de los principios y no del tipo de las reglas. Por lo tanto, todo caso difícil y toda elección de alternativas

A pretensão de completude da concepção clássica de sistema, cujas proposições (teoremas) deveriam ser extraídas mediante raciocínios lógico-dedutivos; meros silogismos da lei positiva (axiomas), descurando o papel criativo do discurso e transformando o juiz num operador autômato, mecanicista de declaração de soluções¹⁰⁶, dá lugar à compreensão das proposições jurídicas como enunciados plausíveis, aceitáveis ou razoáveis, extraídas do sistema mediante o emprego de técnicas argumentativas que simplesmente subsidiam a sua correção.

A validade das proposições jurídicas, antes, na lógica formal, justificadas de forma apodíctica por critérios que garantiriam sua validade formal; é substituída pela justificação persuasiva das mesmas, calcada na maior razoabilidade ou “aceitabilidade racional”¹⁰⁷ do enunciado.

Considerando a inevitabilidade da interpretação e dos juízos de valor em áreas como a filosofia e o direito, a lógica que deve guiar o desenvolvimento das proposições do sistema não pode ser a formal; tem de ser retórica ou argumentativa. Aliás, como afirmou Perelman¹⁰⁸, “os raciocínios válidos em lógica formal não podem ser aplicados quando não se trata nem de juízos puramente formais nem de proposições que têm um conteúdo tal que a experiência baste para esteá-las”.

Ressalve-se que isso não quer dizer, por exemplo, que o intérprete esteja completamente livre para escolher entre as diversas posições razoáveis ou aceitáveis passíveis

interpretativas en la dogmática jurídica están abiertos a criterios valorativos. Ya el orden de preferencia de las fuentes del derecho presupone una referencia a valoraciones” (*Lo Racional como Razonable*, op. cit., p. 237-238).

¹⁰⁶ Esse cenário representativo da concepção clássica de sistema é relatado também por Aulis Aarnio, segundo o qual “en principio, el derecho es un sistema normativo completo. Los significados del derecho son producidos por medio del razonamiento lógico y todo caso concreto puede ser colocado dentro del ámbito de aplicación del derecho mediante una operación simple. Es fácil ver que el modelo de Weber no ofrece espacio alguno para una interpretación correcta, que requeriría especificar los contenidos. Según Weber, el razonamiento jurídico tan sólo revela significados. El juez, por otra parte, sería una especie de máquina de subsunciones, que carecería totalmente de libertad para actuar sobre la base de sus propias consideraciones” (op. cit., p. 242).

¹⁰⁷ A expressão é de Aulis Aarnio: “el concepto de aceptabilidad racional se refiere a un fenómeno totalmente distinto al descrito más arriba. La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos” (op. cit., p. 241). E mais adiante (p. 247-248) acrescenta: “A su vez, el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o con las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica”.

¹⁰⁸ *Retóricas*. Op. cit., p. 87.

de extração do ordenamento jurídico.¹⁰⁹ Isso seria até mais arbitrário do que aceitar a lógica formal e a verdade apodítica de suas premissas.

No raciocínio jurídico prático (de que é exemplo eloquente aquele realizado pelos juízes), deve persistir o compromisso com a legalidade, de modo a constranger o intérprete a guiar sua decisão pelos parâmetros legalmente estabelecidos, ao passo que, na busca da justiça e equidade, surge para o mesmo o ônus de motivar suas escolhas e eleições, a fim de mostrar ser a proposição por ele sustentada a melhor justificada¹¹⁰ dentre as demais hipóteses proposicionais razoáveis ou aceitáveis para o contexto a que se dirige. Para tanto, os princípios gerais de direito assumem relevância singular¹¹¹.

Aliás, como bem anotou Manuel Atienza¹¹², “a nova concepção do Direito se caracteriza pela importância atribuída aos princípios gerais do Direito e aos lugares específicos do Direito (os tópicos jurídicos)”.

Enfim, percebendo-se com clareza a passagem da lógica formal à lógica argumentativa, em que as proposições jurídicas de um sistema despontam apenas como racionalmente razoáveis ou aceitáveis, por não se basearem em deduções silogísticas, mas na persuasão dos argumentos, parece suficiente para este estudo as críticas perelmanianas até aqui abordadas.

Essa transformação da lógica jurídica se adita aos movimentos filosóficos abordados acima para culminar no conjunto de aportes teóricos mais determinantes para o reconhecimento da insuficiência e falibilidade do modelo clássico de pensamento sistemático. Para responder todas as críticas e incorporar os aportes teóricos já mencionados, o

¹⁰⁹ No mesmo sentido, AARNIO, Aulis. Op. cit., p. 236-237.

¹¹⁰ Esclarece Aulis Aarnio que “el procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo. Es una secuencia de preguntas y respuestas sobre la base de la cual son presentados diferentes argumentos em pro y en contra. De esta manera, el intérprete encuentra finalmente una combinación de proargumentos necesaria para la justificación” (ibidem, p. 239).

¹¹¹ Como pontua Perelman, “o raciocínio jurídico deixa de ser, nessa perspectiva, uma simples dedução silogística cuja conclusão se impõe, mesmo que pareça desarrazoada, mas não é tampouco simples busca de solução equitativa (*ars aequi*), que poderá ou não ser inserida na ordem jurídica em vigor. (...) A tarefa que o juiz se impõe é portanto a busca de uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito” (*Lógica Jurídica*. Op. cit., p. 114). Mais adiante (p. 184-185), esclarece o filósofo polonês que se deve buscar “uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, em uma palavra, que possa ser, ao mesmo tempo, justa e conciliável com o direito em vigor. A solução buscada deveria não apenas poder inserir-se no sistema, mas também revelar-se social e moralmente aceitável para as partes e para o público esclarecido”. E para que o juiz realize essa tarefa, “é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos”.

¹¹² Op. cit., p. 77.

pensamento sistemático tinha de aperfeiçoar-se. E é para esse particular que se dedicará o tópico seguinte deste estudo.

4. O REFINAMENTO DO PENSAMENTO SISTEMÁTICO: O SISTEMA ABERTO DE CANARIS

A esta altura, já se sabe que o pensamento sistemático é uma espécie do pensamento jurídico que se utiliza, para a obtenção do Direito e a solução de problemas concretos, de um elemento metodológico bastante definido: o sistema.

Viu-se, outrossim, que a(s) cultura(s) ocidental(is), dos séculos XVI a XX, cuidou(aram) de emprestar ao termo sistema uma visão excessivamente formal, associando-o a elementos das ciências exatas e logrando, com isso, uma conformação de pensamento sistemático que enxergava nas normas jurídicas (positivadas) os horizontes axiomáticos do sistema, a partir das quais se poderia deduzir pela lógica toda e qualquer proposição jurídica, quase que de maneira apodítica.

Não à toa que a tópica aristotélica, desenvolvida na antiguidade também por Cícero e Vico, e resgatada ao pensamento jurídico na segunda metade do século XX por Viehweg, tinha como principal elemento de contraste o sistema externo de funcionamento lógico-dedutivo, impondo-lhe críticas ferozes.

Mas a insuficiência do modelo de sistema externo não fora denunciada somente pela tópica¹¹³.

Na verdade, pode-se atribuir o início das críticas ao sistema externo e a guinada rumo à formulação do sistema interno que culminará no pensamento sistemático contemporâneo a Rudolf von Jhering¹¹⁴, em cuja obra é possível encontrar aquilo que pode ser chamado de

¹¹³ No Brasil, desde 1922 já censurava Pontes de Miranda: “a Ciência do Direito atravessa grande crise, – não se está contente com os juristas, nem eles estão satisfeitos uns com os outros. A incompreensão mútua é tremenda. Não pode haver tranqüilidade em espíritos que recebem rudimentos científicos e vão lidar com tediosa disciplina, cujos métodos destoam de toda a organização das ciências. E tudo isso por quê? Por se pretender que fosse dedutiva uma ciência social, quando indutiva é a Sociologia” (*Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, p. 69).

¹¹⁴ Nesse sentido, MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo II. Op. cit., p. 88, onde se pode ler: “o ponto de partida na história da fundação de uma ‘técnica jurídica’ está no artigo de Rudolf von Jhering, sob o título *Unsere Aufgabe* (...). Anatomicamente, pode [o direito] ser considerado nos elementos, que o compõem, e na ação recíproca, que se exerce; e em sua estrutura. (...) [Jhering] mostrou que o espírito sistemático, aplicado ao direito, apresenta a particularidade de servir, não somente, como nas outras ciências, a pôr no verdadeiro lugar cada uma das partes, mas de exercer reação sobre a própria substância do objeto a que se impõe; donde certa transformação interna das regras do direito”.

prelúdio do sistema interno: “o sistema do direito ou de qualquer outro objeto não deve ser uma ordem que se introduz na coisa, mas uma ordem que se extrai dela”¹¹⁵⁻¹¹⁶.

Mario G. Losano¹¹⁷ bem sintetizou a mudança de perspectiva em tela, para quem, “uma vez que o *habitus* sistemático já estava muito radicado nos juristas, produziu-se uma inversão de termos: acabou-se por acreditar que o sistema estivesse dentro do direito e que, portanto, a tarefa do teórico do direito consistisse em trazer à luz essa sistematicidade oculta”.

Muitos buscaram demonstrar a relação existente entre todas as normas de um dado ordenamento jurídico que permitisse conferir-lhes um significado enquanto parte de uma estrutura maior¹¹⁸, mas foi Hans Kelsen quem, além de construir uma descrição sistemática do direito (sistema externo), soube também indicar tal elemento subjacente às normas em geral¹¹⁹.

A Ciência do Direito herdou de Kelsen a noção, doravante corrente, da existência de uma relação entre fato e norma, essa dando significados positivos ou negativos àquele segundo valores que recomendam deva o mesmo ser prestigiado ou reprimido, porque conveniente/útil ou prejudicial/nocivo à sociedade, respectivamente.

A partir dele também se torna mais evidente a existência, no Direito, de uma particular relação entre o problema e a resposta, em razão da qual, na busca de uma solução para o primeiro, erige-se normas definidoras de condutas e estatuidoras de sanções.

Independentemente do conteúdo da norma, o que para este estudo releva perceber é que, qualquer que seja o seu objetivo, a norma somente se torna inteligível na medida em que

¹¹⁵ JHERING, Rudolf von apud LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito*: das origens à escola histórica. Vol. 1. Op. cit., p. 358. Losano acrescenta ainda que “a fronteira entre sistema externo (dogmática, sistema como fato) e sistema interno (construção, sistema como valor) tornou-se cada vez mais incerta. Para encontrar a chave de acesso ao sistema interno, em 1865 Jhering deixou inacabados os quatro volumes do *Espírito do direito romano* e passou à análise sociologizante do *Escopo no direito* de 1877, tornando-se o precursor dos movimentos antiformalistas, tais como o direito livre e a jurisprudência dos interesses” (ibidem, p. 350, destaques no original).

¹¹⁶ Depois de apresentar o modelo de sistema externo, Karl Larenz igualmente reconhece o papel histórico do autor citado: “desde a viragem de JHERING, e em especial desde os dias da Jurisprudência dos interesses, não faltaram, contudo, os críticos desse sistema. Foram sobretudo discutidas – e sê-lo-ão em crescente medida – as pretensões de plenitude e unidade lógica, e a sua idoneidade em ordem à obtenção de conhecimentos jurídicos e de resoluções, que sejam materialmente adequadas” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 623).

¹¹⁷ Ibidem, p. 421.

¹¹⁸ Karl Larenz, por exemplo, assume expressamente que “a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente” (op. cit., p. 694).

¹¹⁹ Como anotou Losano, “Kelsen leva a termo a construção de um sistema interno do direito que constitui o mais rigoroso sistema jurídico formulado em linguagem natural. Distinguindo claramente a ciência do direito do próprio direito, que dela é objeto, Kelsen oferece seja um sistema externo do direito (isto é, uma sua descrição sistemática), seja um sistema interno do direito, em que identifica no dever ser (*Sollen*) o específico nexu unificador das normas de um ordenamento positivo” (*Sistema e Estrutura no Direito*: o século XX. Vol. 2. Op. cit., p. 2, destaque no original).

utiliza uma linguagem compartilhada por aqueles a quem ela se dirige, seja enquanto destinatário da conduta prescrita; seja enquanto responsável pela aplicação da sanção correspondente à conduta desviante.

Nesse particular, contudo, é que reside o principal elemento de desgaste da teoria kelseniana, e que faz imperar a adoção de novos rumos para o pensamento sistemático. Isso porque, conforme anotou Mario G. Losano¹²⁰:

[...] pode-se acrescentar um terceiro [princípio fundamental], que caracteriza a forma mais rigorosa de positivismo, a que podemos atribuir também o de Kelsen: de fato, c) o positivismo mais extremo vincula o jurista unicamente à interpretação literal ou lógica da norma: interpretações que se refiram de algum modo aos valores são inadmissíveis porque não científicas.

Ora, as incursões da filosofia da linguagem demonstraram que o problema da significação das palavras e demais signos linguísticos somente é passível de resolução se observada a dimensão pragmática da linguagem, isto é, se houver espaço para que os participantes de determinado discurso dialógico esclareçam em alguma medida o conteúdo situacional intersubjetivamente válido das palavras.

Assim, seja a adoção de uma norma jurídica fundamental, seja a da característica de um dever ser como elemento unificador das normas jurídicas, o caráter excessivamente lógico-formal atribuído à interpretação das normas jurídicas impõe a sua superação, em prol de modelos de pensamento sistemático que prestigiem outros elementos internos ao sistema, assim como outras formas de interpretação desses elementos.

Nessa empreitada, imperioso fazer menção à teoria do sistema móvel desenvolvida por Walter Wilburg na década de 50 do século XX, que, inicialmente voltado ao sistema privado de ressarcimento de danos, consistia em identificar “uma pluralidade de princípios que regem um certo instituto jurídico, em confiar ao legislador a tarefa de fixá-los numa norma jurídica e em remeter ao juiz a escolha dos princípios que, entre esses, lhe parecem mais aplicáveis ao caso em exame”, representando, portanto, “uma solução de compromisso entre exigências opostas da adaptabilidade do direito e da certeza do direito”¹²¹.

Mas a própria “flexibilidade” ou “mobilidade” do sistema Wilburg, ao fim e ao cabo, está calcada em princípios cuja utilização pelo juiz do caso concreto depende de um critério de seleção no direito positivo (*de lege lata*), sendo-lhe vedado utilizar princípios não explicitamente incorporados à produção legislativa (mesmo aqueles passíveis de identificação *de lege ferenda*), de modo que sua concepção de sistema ainda guarda uma deletéria dose de

¹²⁰ *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 34.

¹²¹ *Idem*, ibidem, p. 282. Acrescenta o autor mais adiante (p. 287) que, para Wilburg, os princípios mais elevados a serem seguidos na aplicação do direito seriam a justiça e a equidade.

vinculação juspositivista, atraindo para si parcela não insignificante das críticas endereçadas ao sistema externo.

Mas essa orientação para valores subjacente ao sistema móvel de Wilburg encontrará num jurista alemão de formação civilista e interlocutor de Karl Larenz uma formulação que enfim acomoda, segundo parece, as grandes discussões e críticas da Ciência do Direito para o pensamento jurídico: trata-se do sistema aberto¹²² de Claus-Wilhelm Canaris.

Para conduzir sua formulação de sistema, Canaris¹²³, depois de enunciar o conceito de sistema proposto por importantes expoentes da Ciência do Direito sob solo germânico, tais como Kant, Eisler, Savigny, Stammler, Hegler e Stoll; registra que, em todas as definições dos mesmos, a ordenação e a unidade são características firmemente presentes¹²⁴, acrescentando ainda que, pela ordenação, pretende-se exprimir o sentido das normas de modo racionalmente apreensível; ao passo que, com a unidade, busca-se revelar não estarem as mesmas dispersas numa “multitude de singularidades desconexas”, antes permitindo reconduzi-las a uns tantos princípios fundamentais comuns.

Perceba-se que, para Canaris, a unidade, não a completude, figura como elemento essencial para o conceito geral de sistema, o que extrema a sua concepção da noção clássica até então corrente¹²⁵.

Na história da Ciência Jurídica, todavia, nem sempre essa unidade constituía elemento ínsito ao conceito de sistema, vários tendo sido os sistemas jurídicos concebidos como ideais para a produção de soluções adequadas aos problemas emergentes da vida em sociedade, sem essa característica.

¹²² Não se pense, todavia, que a versão jurídica de sistema aberto tenha sido uma descoberta isolada das demais ciências. Esse movimento de afastamento das concepções de sistema externo (que se valem de um raciocínio excessivamente lógico-formal e, muitas vezes, até em termos matemáticos), rumo a concepções abertas de sistemas pode ser sentido em diversos outros campos da ciência, conforme anotou Bertalanffy: “o modelo do organismo como sistema aberto mostrou-se útil na explicação e na formulação matemática de numerosos fenômenos vitais. [...]. O conceito mecanicista de natureza até agora predominante acentuava a resolução dos acontecimentos em cadeias lineares causais, a concepção do mundo como resultado de acontecimentos causais, um ‘jogo de dados’ físico e darwinista (Einstein) e a redução dos processos biológicos à leis conhecidas da natureza inanimada. Por oposição a este ponto de vista, na teoria dos sistemas abertos (e sua mais recente generalização na teoria geral dos sistemas), tornam-se visíveis os princípios de interações entre múltiplas variáveis (por exemplo, cinética das reações, fluxos e forças na termodinâmica irreversível), uma organização dinâmica de processos e a possível expansão das leis físicas ao domínio biológico. Portanto, estes desenvolvimentos formam parte de uma nova formulação da concepção científica do mundo” (*Teoria Geral dos Sistemas*. Op. cit., p. 200).

¹²³ *Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 12-13.

¹²⁴ Como esclarece Losano, “Canaris constrói seu sistema indutivamente, partindo do direito privado alemão e remontando à origem primeira do sistema interno do direito por meio das categorias da *ordem* e da *unidade*” (*Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 311, destaques no original).

¹²⁵ No mesmo sentido, LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 317.

Dignos de nota, por exemplo, o sistema externo de Heck; o sistema de “puros” conceitos fundamentais; o sistema lógico-formal, que ainda teve como vertentes o sistema lógico da jurisprudência dos conceitos e o sistema axiomático-dedutivo; o sistema como conexão de problemas; o sistema como relações da vida; o sistema de decisões de conflitos; todos – insista-se – sem possuir como justificativa as ideias de adequação valorativa e unidade interna¹²⁶.

Canaris, ao contrário, ganhou notoriedade no âmbito do pensamento sistemático na Ciência do Direito precisamente por formular um modelo de pensamento sistemático que deve partir de um conceito de sistema fundado nas ideias de adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica, o que fez nos seguintes termos:

O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais¹²⁷.

O pensamento sistemático canariano, portanto, consiste na técnica cognitiva que preconiza ao sujeito intérprete a apreciação de todo o conjunto de normas dispostas num dado espaço topográfico do ordenamento jurídico, desde que estejam axiologicamente ordenadas e, ademais, deixem-se reconduzir a uns tantos princípios fundamentais comuns.

Elucidando melhor o *modus operandi* do pensamento sistemático para a obtenção do Direito, Canaris¹²⁸ assevera:

Quando se ordena sistematicamente, de certa forma, um fenômeno jurídico, está-se, em regra, com isso, a fazer uma afirmação sobre o seu conteúdo teleológico. (...) com isso, solicitam-se de imediato os valores e, em especial, os princípios gerais da ordem jurídica que estejam por detrás das normas questionadas. (...). No entanto, este processo de determinação da essência não é, por assim dizer, um processo de sentido único, pelo qual o objeto seja, primeiro, totalmente desconhecido e, depois, de repente, através da ordenação sistemática, se tornasse compreensível. Existe, antes, um efeito mútuo entre o conhecimento do objeto em causa e a sua qualificação sistemática. (...). Além disso – o que é ainda mais importante – só a ordenação sistemática permite entender a norma questionada *não apenas como fenômeno isolado, mas como parte de um todo*. (...). Existe portanto, um *processo dialético de esclarecimento duplo*.

Para ele, portanto, os princípios gerais de direito são o elemento fundamental do sistema jurídico; não os valores neles em alguma medida concretizados porque ainda muito abstratos, mas sim os princípios, que já guardam em si grau suficiente de previsibilidade e

¹²⁶ A esse respeito, cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 26 e seguintes.

¹²⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 77-78.

¹²⁸ Idem, ibidem, p. 154-156, destaques no original.

consequência, a permitir a recondução aos mesmos dos institutos jurídicos, dos conceitos jurídicos gerais e das normas, vértices que também atuam no sistema interno¹²⁹⁻¹³⁰.

Ademais, tais princípios deveriam ser realizados, no momento da aplicação do sistema jurídico a um dado caso concreto – e aqui resida talvez o ponto de maior contraste com a teoria do sistema móvel de Wilburg –, mediante um processo de contínua elaboração de subprincípios, o qual deve ser compreendido como a atividade do juiz que adapta o princípio geral ao caso concreto¹³¹⁻¹³².

Uma vez cediço o processo metodológico de obtenção do Direito, é de se perquirir, agora, de que maneira esse Direito se relacionará com aqueles fatos do mundo empírico cuja constatação constitui o suposto fático de uma norma jurídica em abstrato, isto é, como o sistema fornece respostas aos problemas mundanos.

Nesse particular, Canaris oferece respostas que parecem ter como preocupação as críticas da tópica ao pensamento sistemático¹³³ e apresenta a característica que se tornou o apanágio de sua formulação: a abertura do sistema.

Viu-se que a tópica é um estilo de pensar orientado pelo e para o problema, renegando a validade do sistema como ponto de partida porque o raciocínio lógico-dedutivo que ele encerra acaba operando a seleção prévia dos problemas e das possíveis soluções, daí porque mais acertado seria utilizar os *topoi*, porquanto premissas de aceitação geral que permitiriam

¹²⁹ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 327-328.

¹³⁰ Segundo Humberto Ávila, para Canaris, os princípios “possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para sua concretização”, além de que “receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 56).

¹³¹ LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 330.

¹³² Humberto Ávila fornece lição que explica tanto o maior grau de concreção dos princípios diante dos valores, quanto a razão que leva a reconhecer-se, à semelhança de Canaris, a necessidade de adaptação do princípio ao caso concreto: ensina o jurista que “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais. Eles são, ao mesmo tempo, mais do que isso e algo diferente disso. Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários” (*Teoria dos Princípios*. Op. cit., p. 104).

¹³³ Aliás, Canaris levará bem mais adiante a análise crítica da tópica a que se dedicou seu mestre de cátedra, Karl Larenz, para quem “é certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento ‘tópico’ e ‘sistema interno’, por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam justificáveis a partir do ‘sistema interno’. Mas isso não corresponde ao entendimento geral da tópica. Nem uma argumentação lógico-formal e conceptual, nem uma argumentação ‘tópica’ conduzem à descoberta do ‘sistema interno’. Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função. Estas são as formas específicas de pensamento de uma Jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento ‘orientado a valores’ e pensamento sistemático” (*Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 697).

ao desenvolvimento dialético do discurso fundar respostas mais corretas para todo e qualquer problema.

Canaris igualmente rejeita a concepção de sistema formal que se baseia num raciocínio lógico-dedutivo, mas isso não esvazia a utilidade do pensamento sistemático¹³⁴, desde que se passe a compreender o sistema – seu elemento metodológico mais cardeal – como uma ordem teleológica de princípios jurídicos e em situação de unidade interna, mas que não aspira a enunciados linguísticos, ou comandos jurídicos, nele aprioristicamente imanentes.

Nessa toada, a abertura do sistema pode ser entendida como sua incompletude, modificabilidade, possibilidade de desenvolvimento, enfim, como sua característica não apodítica, ou, como enuncia Losano¹³⁵, num “sentido moderno, pós-pandectístico, do termo ‘sistema’”; ou ainda, na dicção de Larenz¹³⁶, “inacabado e inacabável”.

Mais uma vez conveniente, nesse particular, a lição do próprio Canaris¹³⁷ – quem, com essa “abertura”, parece ter melhor incorporado os aportes teóricos vistos nos tópicos antecessores:

...a abertura do sistema significa a *incompletude e a provisoriidade do conhecimento científico*. De facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, tão só um *projecto* de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso e necessariamente, ele não é nem definitivo nem ‘fechado’, enquanto, no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis.

Essa abertura preconizada por Canaris, percebe-se, dirige-se ao conjunto de proposições passíveis de serem extraídas do sistema, isto é, aos diversos juízos de valor que descrevem o sistema ou exprimem uma consequência dele derivada.

Mas aquela abertura do sistema não se resume à incompletude e provisoriidade das proposições jurídicas a respeito do sistema jurídico já formado; significando também a modificabilidade do próprio sistema objetivo, isto é, dos valores fundamentais da ordem jurídica, em reconhecimento da necessidade de que as formulações concretas – teóricas ou empíricas – dos princípios gerais de Direito estejam radicadas na historicidade (leia-se, pragmática!). Confira-se:

¹³⁴ Como afirma o jurista alemão, “longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direcção” (Op. cit., p. 22, destaque no original).

¹³⁵ *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 330-331.

¹³⁶ *Metodologia da Ciência do Direito*. Op. cit., p. 696.

¹³⁷ Op. cit., p. 106, destaques no original.

Segue-se, daí, finalmente, que o sistema, como unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser, isto é, que tal como esta, não é estático, mas dinâmico, assumindo pois a estrutura da historicidade¹³⁸.

Nessa toada, o sentido e a extensão de determinada norma componente do sistema apenas se deixam revelar mediante um discurso que abranja texto normativo, princípios gerais do Direito, historicidade e caso, atuando norma e problema exatamente naquele “processo dialético de esclarecimento duplo” de que fala Canaris; não mais tendo espaço, portanto, um raciocínio sistemático que aspire a soluções deduzidas lógico-formalmente do sistema, porque o próprio sistema somente se torna inteligível a partir de um discurso dialético, o que em larga medida corresponde às asserções da reviravolta linguístico-pragmática, da tópica e da lógica jurídica argumentativa.

Ora, visto o sistema como uma ordem de princípios que se conectam com os demais vértices do sistema, mas todos comunicados entre os homens pela linguagem, todos os parâmetros textuais (lei, precedente, regra da experiência, ensinamento doutrinário) utilizados para a obtenção do direito hão de ser significados segundo as regras de uso das palavras e expressões¹³⁹, evitando-se possíveis sentidos que não guardem pertinência com o contexto situacional em que foram/são empregadas.

Deve-se proceder, portanto, à presentificação dos textos normativos, adaptando-os à realidade social em que incidentes, o que se dá com o auxílio do próprio caso e dos princípios jurídicos do sistema – obtidos por indução –¹⁴⁰, tudo no bojo de um discurso dialético que culmine numa deliberação que possa ser vista, afinal, como produto de todo esse raciocínio.

A racionalidade fundada pelos aportes teóricos mencionados ao norte, destarte, revela uma característica do sistema que não pode mais ser descurada: a sua abertura.

Embora não expressamente, emerge de forma inequívoca da definição de Canaris o respeito à dimensão pragmática da linguagem, não sendo demais acrescentar que, para o

¹³⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 107-108.

¹³⁹ Focados precisamente nas nuances da norma jurídica, Eugenio Bulygin e Daniel Mendonca afirmam que “sería ingenuo, sin embargo, creer que a cada palabra le corresponde una entidad única que es su sentido y que nosotros podemos aprehender esa entidad por medio de algún tipo de intuición intelectual. El sentido, em verdad, depende del uso que se les da a las palabras, y como éste puede variar de grupo a grupo y de momento a momento, sería ilusorio buscar *el* sentido de una palabra o expresión” (*Normas y Sistemas Normativos*. Op. cit., p. 16-17, destaque no original).

¹⁴⁰ Até porque, não fossem essas fontes auxiliares ao esclarecimento dos textos normativos, facilmente se incorreria no problema alertado por Pontes de Miranda: “se, para formular a regra, se procuraram sinais que expressassem a realidade, – para aplicar o organizado à matéria social, tem de ser seguido o método oposto: substituir realidades a sinais; e então à perda ou ao excesso, que sobre o ‘dado’ apresentou a expressão, ter-se-á de somar a perda ou excesso da nova redução. Não é de crer que naquele e nesse método não escape apreciável parcela, ali de objetividade, e aqui de conteúdo ideográfico” (*Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo II. Op. cit., p. 91-92).

mesmo, um pensamento sistemático que se utilize de pretensões cognitivas baseadas em raciocínios lógico-dedutivos seria inadmissível precisamente por restringir o pensamento e a argumentação racionais, frustrando a própria tentativa de entender a aplicação do Direito como um processo conduzido racionalmente¹⁴¹.

A abertura do sistema, enfim, parece dar respostas razoáveis às críticas da tópica ao pensamento sistemático, as quais, na verdade, mais se dirigiam a um tipo específico de sistema: o formal, lógico-dedutivo.

A absorção pelo pensamento sistemático das implicações dos movimentos críticos antes referidos, garantindo-se com isso, sobretudo, uma reformulação do conceito de sistema que passe a reconhecer a sua necessária abertura; parece viabilizar novos horizontes para o pensamento jurídico, rompendo a racionalidade fragmentária que permeava a tentativa de encaixe do raciocínio num ou noutra estilo de pensar – aporético ou sistemático¹⁴² – para uma compreensão do processo de conhecimento que pressuponha a complementaridade mútua dos elementos mais importantes de ambas as técnicas de pensamento¹⁴³; tudo convergindo para um benefício deveras legítimo: o aprimoramento do processo de obtenção do Direito.

¹⁴¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 69-70.

¹⁴² Na esteira desse raciocínio, não se pode concordar com Antonio Nedel, para quem “levando em consideração o respeitável esforço de Canaris, que busca conciliar as duas alternativas no plano de uma mútua complementação, pensamos que, na realização concreta do direito, em que o verdadeiro sentido do jurídico pode ou não se manifestar, as diferenças entre ambas as perspectivas assumem uma dimensão dicotômica que nos leva a concordar com Castanheira Neves, quando afirma que entre elas é necessário optar” (*Uma Tópica Jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 201). Primeiro, Canaris não buscou, segundo parece, “conciliar” as duas vertentes do pensamento jurídico, haja vista que, mesmo quando ele admite ter a tópica “uma função complementadora inteiramente legítima” a cumprir perante o pensamento sistemático (CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 272), assim somente procede porque linhas atrás (p. 254) censurou veementemente a ligação da tópica à retórica – que estaria muito mais preocupada com o sucesso oratório do que com a busca da verdade das proposições jurídicas, tornando-a, nessa extensão, “impraticável” (p. 255) para a Ciência do Direito –, de modo que a tópica que cumpre aquela função complementar ao pensamento sistemático seria apenas a tópica depurada da retórica (no mesmo sentido, cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 345 e 347). Segundo, porque, embora se possa aceitar que, numa análise perfunctória, as duas técnicas de pensamento sejam inconciliáveis; o sistema aberto de Canaris absorve conscientemente o pensamento aporético (op. cit., p. 248), isto é, a característica de que é ínsito a toda e qualquer ciência, inclusive a do Direito, se orientar para a busca de solução para problemas; demonstrando que ambas as correntes do pensamento jurídico podem, sim, complementar-se reciprocamente, em permanente situação de dialogicidade.

¹⁴³ Nesse sentido da complementaridade entre tópica e pensamento sistemático, cf. LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2. Op. cit., p. 348-349, onde se lê: “do ponto de vista da teoria jurídica, essa contigüidade permite reunir o pensamento de Viehweg, de Wilburg e de Canaris em um único reagrupamento de teorias caracterizadas por um elemento comum: o esforço de oferecer ao jurista um instrumento para atuar nas áreas em que a teoria sistemática clássica já não é de ajuda. Essas três teorias estão ligadas entre si por uma relação não hierárquica, mas paritética; ou seja, colocam-se segundo uma estrutura não piramidal, mas circular”. No Brasil, outrossim, essa complementaridade pode ser encontrada em FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 56, destaque no original. Esse autor, destacando as intercessões entre pensamento sistemático e tópica, conceitua o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos

Obviamente que o reconhecimento dessa abertura e, com isso, do papel fundamental do discurso racional para a formulação dos enunciados normativos e das proposições jurídicas traz consigo o peso de algum espaço para a atuação criativa do jurista (construtivismo). Perceba-se, não obstante, que esse espaço é sensivelmente menor do que o aconselhado pela tópica – donde receber a censura canariana à sua “inadstringência” –, não sendo demais ponderar, como fez Canaris¹⁴⁴, que, a rigor, “a abertura do sistema não tem qualquer significado para a admissibilidade da interpretação criativa do Direito; esta não é admissível por aquele ser aberto; antes aquele surge aberto porque esta – por razões exteriores à problemática do sistema – é admissível”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As incursões epistemológicas da filosofia da linguagem e da Teoria do Direito até aqui versadas, sem embargo de outras tantas que têm expandido sobremaneira os horizontes da Ciência Jurídica, particularmente ao pensamento jurídico, revelam o quão importante é o papel da filosofia no Direito, por fundar verdadeiros paradigmas de racionalidade que reformulam desde as bases do raciocínio, até a compreensão de institutos e fenômenos específicos, tal como se pretendeu demonstrar neste capítulo.

Nessas incursões, abordou-se inicialmente as alterações inauguradas pela reviravolta linguístico-pragmática, que partiu de uma inicial formalística sintático-semântica, até o modelo epistemológico da pragmática, que preconiza como condição de possibilidade do conhecimento não apenas a linguagem, mas também o discurso – dialógico –, vale dizer, o contexto situacional que dá conteúdo concreto aos enunciados linguísticos, às possibilidades semânticas dos mesmos e, enfim, ao conhecimento compartilhado pelos sujeitos da comunicação.

O mérito desse aperfeiçoamento da linguagem, como foi visto, é denunciar a diferença entre o ontológico e o ôntico, revelando a incapacidade de os signos linguísticos representarem toda a extensão empírica do ser ao qual se relacionam, não mais tolerando, portanto, posicionamentos cognitivos definitivos e não-situacionais. O discurso passa a ser imperativo categórico do conhecimento, demandando sempre novos elementos dialógicos para a confirmação da possibilidade narrativa viabilizada pela linguagem.

objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 111-112.

Viu-se igualmente o resgate da tópica aristotélica por Viehweg e sua recusa tanto à aceitação apodítica do sistema como ponto de partida para a solução dos problemas, como à pretensão deducionista de obtenção das proposições jurídicas. Sua orientação indutiva sublinhou o permanente processo de produção de significados linguísticos que ocorre no interior do discurso, descortinando novos horizontes para o pensamento jurídico.

Por fim, abordou-se também a reorientação da lógica jurídica preconizada por Perelman, cujo afastamento da pretensão demonstrativa da lógica formal, em direção à lógica argumentativa ou retórica, prestigia o reconhecimento da inevitabilidade da interpretação e dos juízos de valor para a construção do sistema e, nessa medida, da razoabilidade ou aceitabilidade das proposições jurídicas.

Esses aportes teóricos conduziram o pensamento sistemático a aperfeiçoar-se e, nesse sentido, não mais compadecer-se com juízos lógico-dedutivos que postulem enunciados linguísticos aprioristicamente imanentes no sistema.

Passa ele a possuir como traço característico a abertura, isto é, o reconhecimento da incompletude, provisoriedade e modificabilidade do conhecimento transmitido pelo sistema, donde exigir-se, sempre, a presentificação dos enunciados normativos à luz dos princípios jurídicos, única maneira racional de garantir que as proposições jurídicas guardem pertinência situacional com o problema com o qual dialoga e sejam concretamente justificadas ou corretas.

Compreendido nos termos aqui propostos, isto é, como produto da síntese das críticas da reviravolta linguístico-pragmática, da tópica e da lógica argumentativa, o sistema aberto de Canaris encerra lídima ruptura do modelo tradicional de racionalidade do pensamento jurídico, tornando possível estabelecer quando e em que medida as proposições jurídicas pretensamente extraídas do sistema constituem soluções jurídicas racionais e bem justificadas, tolhendo atitudes arbitrárias e prestigiando apenas o comprometimento com a integridade¹⁴⁵ do Direito.

¹⁴⁵ Por integridade não se pretende fazer alusão à teoria dworkiniana; apenas se deseja expressar, numa palavra, o caráter unitário do ordenamento jurídico, como idôneo a formular proposições de direito concretas que sejam racionais e corretas para cada controvérsia jurídica que a ele recorre em busca de solução.

CAPÍTULO II

LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*: O REGIME TRADICIONAL E SEU REDIMENSIONAMENTO DIANTE DO PROCESSO COLETIVO

1. APONTAMENTOS PROPEDÊUTICOS

No capítulo anterior foram delineadas, a partir de análise eminentemente crítica, as linhas teóricas que servirão de substrato para o enfrentamento da questão nuclear deste estudo.

O presente capítulo, diferentemente, tem como apanágio a imagem dogmática de outra categoria central deste estudo, vale dizer, a legitimação *ad causam*, a fim de evidenciar a sua disciplina *de lege lata*, sem, todavia, evitar as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que gravitam em torno dos vários aspectos do tema, para o que não se deixará de posicionar – sempre criticamente – sobre as questões mais relevantes para a compreensão da visão deste estudo sobre o processo coletivo em geral.

Importa lembrar que a hipótese de trabalho deste estudo é a de que a negação peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas constitui um erro da dogmática jurídica atual vinculado a uma concepção clássica – e, como se viu, obsoleta – de sistema, sendo que o modelo canariano do mesmo – calcado na sua abertura – permitiria um juízo que inclui o indivíduo entre os legitimados ativos para a tutela coletiva, com importante ganho de efetividade.

Nessa esteira, conhecer a estrutura dogmática da legitimidade ativa das ações coletivas e os juízos judiciais que nela se baseiam sem maiores preocupações teóricas constitui passo fundamental para a empreitada em curso, daí porque a pertinência deste capítulo.

2. CONCEITO

Doutrina em geral não costuma conceituar legitimação *ad causam*. O que normalmente fazem os doutrinadores é explicar que o direito de ação, embora de envergadura constitucional e natureza pública, não pode ser exercido aleatoriamente, sendo, antes, condicionado à observância de certos pressupostos ou requisitos, sem os quais o órgão jurisdicional competente para o conhecimento e julgamento da causa emitiria um juízo negativo de admissibilidade do processo, negando a quem propôs indiscriminadamente a ação o conhecimento e julgamento do mérito que constitui seu objeto.

Dentre esses requisitos – continua a doutrina corrente –, figurariam as chamadas condições da ação, que abrangeriam a legitimidade *ad causam* das partes, o interesse de agir e

a possibilidade jurídica do pedido. No tocante à legitimação das partes, a doutrina passa desde logo a explicar a necessidade de que, para a obtenção de um juízo positivo de admissibilidade do processo quanto a esse particular, sejam as partes legítimas, para o que já iniciam a análise de quando uma parte tem legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo de uma demanda.

Pensa-se, contudo, que essa abordagem negligencia um passo importante para a compreensão do instituto, uma vez que os moldes em que as partes têm legitimidade para cada situação jurídica dizem muito pouco a respeito da razão de ser dessa indicação.

Essa constatação equivale a indagar a razão que leva tais doutrinadores a afirmarem que, por exemplo, o adquirente de um produto durável tem legitimidade para ajuizar ação que verse sobre vícios redibitórios; ou que o proprietário de um imóvel tem legitimidade para propor ação que vise à sua reivindicação de quem quer que o possua clandestinamente; ou que para reclamar o despejo de um locatário inadimplente não teria legitimidade um vizinho do imóvel locado cujo proprietário/locador seja terceira pessoa. Afinal, que motivo há para que se forme um juízo acerca da [i]legitimidade *ad causam* de uma parte, seja para o polo ativo; seja para o polo passivo da demanda?

A resposta para essa inquietação parece residir justamente no conceito de legitimidade *ad causam*, daí porque se reputa pertinente tecer breves linhas a respeito.

Nesse sentido, para elucidar o conteúdo e a extensão da expressão em tela convém, de início, proceder à decomposição de seus elementos constitutivos, expediente do qual se extrai como primeira categoria relevante o termo “legitimidade”.

Ocorre que legitimidade, conforme lecionou Donald Armelin¹⁴⁶, é conceito que não se circunscreve ao Direito, possuindo aplicação primeira no campo sociológico, no qual se relaciona com o fenômeno da dominação, “como uma forma de justificação desta pelo dominante e da sua aceitação pelos dominados”, tendo conotação relativa à origem e à situação do poder. Nesse particular, prossegue o autor, “a legitimidade é uma qualidade que se agrega ao poder, emergido da situação de quem o exerce e da origem daquele”.

O Direito, como fenômeno social que é, nutre-se dessa acepção sociológica, encarando a legitimidade como a justificação do exercício de um poder, direito ou faculdade jurídica e a probabilidade de aceitação, pelos destinatários, dos comandos emergentes do titular daquele poder, direito ou faculdade. Corresponde, enfim, “a uma qualidade no exercício de um direito,

¹⁴⁶ *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 5.

poder ou faculdade, qualidade essa agregada ao agente e decorrente da situação deste no sistema jurídico”¹⁴⁷.

Em razão de relacionar-se, no Direito, com o exercício de poderes, direitos e faculdades em cotejo com a norma jurídica, a legitimidade é conceito que pertine à Teoria Geral do Direito, assumindo a noção de “requisito indispensável à perfeição do ato jurídico”, isto é, “no seu sentido mais amplo de exigência legal e de perfeição também na amplitude de seu conceito de pressuposto de ato válido e eficaz”¹⁴⁸.

Donalado Armelin¹⁴⁹ fornece o seguinte conceito analítico de legitimidade:

A legitimidade é uma qualidade do sujeito aferida em função de ato jurídico, realizado ou a ser praticado. Qualidade outorgada exclusivamente pelo sistema jurídico e exigível, como é óbvio, em se tratando de negócios jurídicos multilaterais, de todos os seus participantes, qualquer que seja o pólo da relação jurídica em que se encontrem. Essa qualidade resulta de uma situação jurídica oriunda precipuamente da titularidade de uma situação jurídica ou de uma posição em uma situação de fato, à qual o direito reconhece efeitos jurídicos.

Suficientemente compreendido o conceito de legitimidade, parece possível recompor a expressão que urge explicitar, readjetivando a categoria principal (legitimidade) com a locução que direciona sua aplicação ao fenômeno processual (*ad causam*).

Para tanto, contudo, é preciso entender a relação sobremaneira imbricada que há entre ação e processo, o que fica mais facilmente identificável nas relações mais embrionárias.

Num plano ideal, seria esperável que a observância das obrigações contraídas nas relações mundanas dependesse apenas de razões morais, que conduziriam invariavelmente o agente ao cumprimento de suas prestações, independentemente da sua expectativa quanto ao cumprimento das obrigações da parte com quem pactua. Mas, como é óbvio, é questionável se

¹⁴⁷ Idem, *ibidem*, p. 6-7.

¹⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 9-10.

¹⁴⁹ Idem, *ibidem*, p. 11. Mais adiante (p. 13-14), depois de sublinhar a necessidade de aferir a legitimidade a partir de um prisma subjetivo-objetivo concreto, isto é, da situação do sujeito e de ato jurídico específicos, recusando a possibilidade de legitimação *in genere* para todos os atos, o autor esclarece que legitimidade é a “idoneidade do sujeito para a prática de determinado ato ou para suportar seus efeitos, emergente em regra da titularidade de uma relação jurídica ou de uma situação de fato com efeitos jurídicos, asseguradora da plena eficácia desse mesmo ato, e, pois, da responsabilidade pelos seus efeitos, relativamente àqueles atingidos por estes”, conceito que ele fornece para remarcar as características que reputa básicas do instituto: “a) a idoneidade jurídica do sujeito, como uma atribuição do sistema, normalmente sem caráter declaratório; b) a necessária vinculação entre essa qualidade e o objeto do ato, com implicações recíprocas indissociáveis; c) o caráter de anterioridade ou contemporaneidade da idoneidade em face do ato a ser praticado, ou das conseqüências a serem suportadas, o que lhe assegura a categoria de pressuposto destes; d) a emergência da qualidade em tela de uma titularidade de relação jurídica, simultânea e qualificante da relação resultante do ato praticado, ou, ainda, de uma situação de fato à qual o sistema jurídicos, por razões relevantes de segurança jurídica e tutela à boa fé, outorga efeitos jurídicos; e) finalmente, a correlação entre legitimidade e eficácia de ato jurídico, com ênfase à característica específica daquela no sentido de assegurar a plenitude dos efeitos deste, no que dependa da legitimidade como pressuposto do ato.

os indivíduos possuem razões morais para seguir todos os comportamentos a que se constrangeram¹⁵⁰.

Como sucedâneo imediato dessa falta de razões estritamente morais para a satisfação das convenções sociais, poder-se-ia cogitar a alocação, pelo Direito, de razões prudenciais para tal cumprimento, mas, como afirma Carlos Santiago Nino¹⁵¹, há uma forma mais econômica de atingir aquele desiderato, que é o Direito colocar à disposição do indivíduo o aparato coativo estatal para que possa obter o cumprimento forçado da prestação pactuada ou outra providência que tente recompor o resultado prático equivalente ou, na sua impossibilidade, a sua transformação em perdas e danos.

A partir do momento que o Estado se organiza e passa a deter o monopólio do uso da força, esse “empréstimo” da coação estatal se reveste da natureza de dever (já que instituído em função de interesses que lhe são alheios), do qual se desincumbe mediante o estabelecimento de um instrumento específico que garanta o adequado, proporcional e suficiente uso da força.

Esse instrumento, guiado pelas garantias que condicionam o uso da força, é o processo.

Nele, não se visa apenas ao reconhecimento e fruição dos bens e direitos que são devidos à parte requerente, mas também a garantir que a coação estatal, requerida a atuar em dado caso em favor de uma parte, seja legitimada pela participação ativa e substancial da parte a quem se imputara a responsabilidade pelo conflito, permitindo-lhe igual espaço (dialético) para apresentar fundamentos e deduzir pretensões, a fim de que, conforme o caso, igualmente possa obter a proteção estatal, seja mediante a simples declaração de que os pedidos da parte postulante são infundados (julgamento de improcedência); seja mediante o empréstimo da coação estatal ao próprio demandado (procedência de reconvenção, por exemplo).

Para majorar a legitimação da atuação estatal por meio do processo, é preciso que o órgão estatal incumbido de conduzir e finalizar o processo seja imparcial e deixe orientar sua decisão sobre quem merece proteção jurídica apenas pelas normas jurídicas, sem deixar que preferências pessoais sejam determinantes para os rumos da tutela jurisdicional a ser prestada. E uma das formas de se atingir esse objetivo é reservando a instauração do processo apenas

¹⁵⁰ NINO, Carlos Santiago. *La Validez Del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 204.

¹⁵¹ *Ibidem*.

àqueles que espontaneamente submetam seu conflito à resolução jurisdicional (grosso modo, trata-se do princípio da inércia da jurisdição).

Erige-se, com isso, uma forma específica de retirar o Estado da inércia e provocar a atividade jurisdicional, chamada ação.

Ação, portanto, nessa visão mais embrionária, é o instrumento jurídico idôneo a desencadear o processo por meio do qual o Estado, em diálogo com as partes envolvidas e também terceiros que possam contribuir para o exercício da função judicante, deliberará sobre a justificação e limites no interior dos quais é pertinente o uso da coação.

O exercício concreto da ação, contudo, em ordem a garantir aquela legitimação do processo por meio do diálogo com quem efetivamente esteja envolvido no conflito, não apenas é subtraído, via de regra, das faculdades ou poderes do próprio Estado, como igualmente dos indivíduos e demais entidades com capacidade de ser parte que não tenham um especial liame com a situação fática e, nessa medida, aptidão para regularmente deflagrar e conduzir o respectivo processo.

Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*, como a aptidão (ou qualidade) do sujeito para ostentar em juízo alguma posição jurídica tutelável que seja inerente ao conflito de interesses, o que lhe permite praticar, relativamente a certa situação fática concreta, atos postulatórios orientados a provocar a atividade jurisdicional necessária à tutela de interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico¹⁵².

Esse conceito, embora até aqui elaborado com referência às relações sociais mais incipientes ou menos complexas, pode validamente ser utilizado para representar o instituto no seio de relações jurídicas mais complexas, a exemplo do próprio processo coletivo, uma vez que, conquanto – como se verá adiante – não se deva perquirir a respeito da titularidade do direito material objeto do processo para determinar a legitimidade para a provocação da tutela coletiva, nesse âmbito é igualmente possível identificar uma especial posição jurídica ocupada pelo demandante, atribuída pelo sistema jurídico, que o vincula ao direito ou interesse coletivo, donde extrair-se sua aptidão para postular em juízo a sua tutela jurisdicional.

¹⁵² No mesmo sentido, ARMELIN, Donald. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 80, para quem “a legitimidade para agir, como condição de exercício regular da ação, é uma qualidade jurídica que se agrega à parte, habilitando-a a ver resolvida no mérito a lide *sub judice*. Essa qualidade emerge de uma situação jurídica legitimante e dá colorido a uma situação processual oriunda, obviamente, de um processo existente, ou seja, a situação de parte nesse processo”. Mais à frente (p. 85), aperfeiçoa o conceito: “a legitimidade para agir é de ser conceituada como uma qualidade jurídica que se agrega à parte no processo, emergente de uma situação processual legitimante e ensejadora do exercício regular do direito de ação, se presentes as demais condições da ação e pressupostos processuais, com o pronunciamento judicial sobre o mérito do processo”.

Veja-se que, mesmo no âmbito do processo coletivo, em que à primeira vista poderia parecer problemática a aplicação do conceito em razão da peculiaridade de dissociação entre o titular da relação jurídica e os sujeitos legalmente legitimados à sua persecução judicial, o instituto continua a guardar seus elementos conceituais básicos, uma vez que sua aferição permanece sendo realizada em face do sistema jurídico, que atribui efeitos jurígenos à atuação do sujeito não apenas quando emergente da titularidade da relação jurídica material, mas também de uma situação de fato que o qualifica à prática do ato postulatório.

Eis aí o conceito de legitimidade *ad causam* que parece adequado para representar a relação de imbricação existente entre ação (concreta) e processo e que subjaz às incursões doutrinárias que investigam sua natureza ou regime jurídico diante das diversas situações que reclamam a tutela jurisdicional, particular para o qual se dedicará o tópico seguinte.

3. REGIME JURÍDICO

Não se pode negar que as teorias da ação ocuparam lugar de protagonismo no processo de afirmação do Direito Processual como ramo autônomo do Direito. Mas negar também não se pode que o nível de sofisticação técnica almejado pelas teorias que acabaram por condicionar a ideologia processual brasileira teve o pernicioso condão de erigir verdadeiras aporias à compreensão da manifestação da ação enquanto direito abstrato e como instrumento de provocação da atividade jurisdicional.

A concepção eclética de ação, que dominou a Ciência Processual brasileira no final dos noventa e influenciou decisivamente a elaboração do Código de Processo Civil de 1973¹⁵³, teve seus dias de glória, sem dúvida, mas o tempo fez sentir que sua pretensão de situar a ação num ponto intermediário entre sua total ou nenhuma vinculação ao direito material – e, com isso, conciliar as teorias concreta e abstrata de ação – não poderia realizar-se a contento, uma vez que deixava descobertas questões de elevada significação para o Direito Processual.

Um dos seus desdobramentos mais importantes, as condições da ação, arraigaram-se na dogmática processual e trouxeram consigo incontáveis dilemas, sobretudo aqueles advindos da dificuldade, muitas vezes hercúlea, de distingui-las com exatidão do mérito da causa¹⁵⁴.

¹⁵³ No mesmo sentido, cf. NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. *RePro*, São Paulo, vol. 246, ago 2015, p. 494-495.

¹⁵⁴ O clássico exemplo da ação reivindicatória, em que o juiz descobre somente após a instrução que o autor não está investido da condição de proprietário, é bastante eloquente para ilustrar o problema: afinal, trata-se que questão atinente às condições da ação e que, portanto, levarão a uma extinção sem resolução de mérito, ou

Com efeito, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação *ad causam* e o interesse processual são figuras processuais tão intimamente relacionadas com o mérito da causa – com ele tantas vezes até se confundindo –, que sua subsistência em categoria distinta tanto dos pressupostos processuais como do mérito é excessivamente frágil e, pois, está em descompasso com a moderna teoria do processo, sobretudo com o princípio da primazia da cognição de mérito.

Aliás, a decisão de carência da ação se subsume perfeitamente a hipóteses de “improcedência macroscópica”¹⁵⁵, nas quais a solução da controvérsia deduzida é de tal maneira óbvia e independente de maior dilação probatória, que a imediata improcedência do pedido assume ares de tutela de evidência.

De todo modo, do aludido legado liebmaniano parece que a condição da ação mais deletéria para a disciplina processual como um todo tenha sido a legitimação para agir¹⁵⁶, cujos contornos extremamente individuais com que fora concebida e recepcionada pelo CPC/73¹⁵⁷ impuseram uma série de classificações e temperamentos para os diversos microsistemas do Direito processual, prejudicando sua aplicação sistemática.

No contexto do processo coletivo, como se tentará evidenciar, o critério tradicional de verificação da legitimidade *ad causam* assentado no CPC/73 logo se mostrou impraticável.

Já em sede do novo Código de Processo Civil (NCPC), a despeito da categoria “condição da ação” não mais figurar na sua linguagem, o instituto da legitimação *ad causam*

questão afeta ao mérito da causa, implicando seu julgamento com resolução de mérito? Luiz Guilherme Marinoni não exagera quando relata o “pânico” dos agentes do Direito que se deparam com controvérsias dessa índole (*Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 211).

¹⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*: o juízo de admissibilidade do processo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

¹⁵⁶ Sublinhando a dificuldade ainda maior de pensar essa condição da ação como matéria estranha ao mérito, Adroaldo Furtado Fabrício pondera que “efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: ‘se é que existe o direito subjetivo invocado, dele não és titular’. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que, *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência” (Extinção do Processo e Mérito da Causa. In: _____. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 385, destaques no original).

¹⁵⁷ Como pontuou Daniel Mitidiero, “o individualismo do Código Buzaid é patente. Não tendo compromisso com questões de cunho social e metaindividuais, a que o Código Bevilacqua e o espírito dos oitocentos não acudiam, Alfredo Buzaid desenhou um sistema para tutela dos direitos partindo do pressuposto da afirmação de um litígio entre duas pessoas em juízo, supondo-o ainda do tipo obrigacional, permitindo no máximo a intervenção de terceiros, individualmente considerados, que se julguem com interesse jurídico, que se afirmem titulares do direito sobre a *res in iudicium deducta* ou que apresentem determinadas ligações com o direito posto em causa. Assim o é porque a regra de legitimação para a causa no Código Buzaid está em que tão somente o titular do direito material afirmado em juízo tem legitimidade para propor ação para sua proteção judicial, sendo excepcional, dependendo de expressa autorização legal, a possibilidade de propositura de ação em nome próprio para tutela de direito alheio (art. 6.º)” (O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *RePro*, op. cit., p. 185-186).

continua sendo matéria a que o legislador dedica especial atenção. Ao menos num sentido relevante para este estudo, o termo é expressamente utilizado nos arts. 17, 18, 109, 330, inciso II; 337, inciso XI; 393, parágrafo único; 485, inciso VI; 575, 615, 616, 645, 677, § 4º; 967 e 982, § 4º.

Todavia, não se pode olvidar de que a legitimação para agir trata, fundamentalmente, da imputação da posição jurídica de aptidão para a deflagração e condução de processos, devendo as normas que a disciplinam servir de instrumento dogmático de representação adequada dessa noção, assim como a Ciência Processual, nesse passo, deve também formular conceitos pertinentes ao horizonte contextual a que o instituto é vocacionado.

E uma vez que o modelo tradicional de imputação da legitimação processual (CPC/73), ou, noutras palavras, que o regime jurídico tradicional da legitimidade *ad causam* é insatisfatório para explicar diversas regras do NCPC e do processo coletivo; parece necessário revisitar esse instituto e investigar se é possível, para esses contextos, falar de legitimidade a partir de um novo regime jurídico.

3.1. A CONCEPÇÃO TRADICIONAL

O CPC/73, inspirado em Liebman, adotou a concepção eclética de ação¹⁵⁸.

Essa teoria tem como pressuposto uma rigorosa segmentação entre direito à tutela jurisdicional e direito de ação, que seria o direito de perseguir em juízo a tutela do direito próprio (agir); estando associadas apenas ao último determinadas condições de possibilidade ou existência, amplamente difundidas no Brasil e conhecidas como condições da ação¹⁵⁹.

Aliás, para o célebre autor italiano só é possível falar – logo, positivar – um direito abstrato de ação, sem qualquer referência às suas condições de exercício concreto, tal como figura em diversas Constituições, porque essa é a única maneira de garantir que todos levem suas demandas aos tribunais, viabilizando o exercício da sua tarefa de verificar aqueles que têm razão na ostentação do seu direito e, nessa extensão, também direito à tutela jurisdicional¹⁶⁰.

¹⁵⁸ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 207.

¹⁵⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 195-199.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 195.

Essa advertência permite perceber outra distinção bastante cara a essa teoria – e que, por vezes, é descurada –, consistente na diferença entre “direito de ação” e “ação processual” ou “ação exercida”, apresentada com maestria na lição de Adroaldo Furtado Fabrício¹⁶¹:

“Direito de ação” e “ação” processual são coisas diversas: aquela é uma faculdade (ou poder, como se preferir) de agir, esta é o próprio *agir*, fisicamente considerado. Aquele é abstrato, flutua nos altos páramos do Direito Constitucional sem amarras nem condições, como inespecífico “direito de todos”, especialização do direito de petição. Esta, a “ação”, é necessariamente *concreta*, veiculadora de uma determinada pretensão ou “razão”, inconcebível sem o liame com determinada relação jurídico-material afirmada.

As aludidas condições da ação, assim como os estudos sobre elementos da ação, cumulação de ações, conexão e continência, prejudicialidade, entre diversos outros temas de Direito Processual, percebe-se, referem-se apenas à ação exercida, que materialmente provocou a jurisdição para obter solução a uma controvérsia concreta, nada dizendo quanto ao direito abstrato de ação¹⁶²⁻¹⁶³.

De todo modo, verifica-se que o CPC/73 concebeu a ação como o direito subjetivo “ao processo e ao julgamento de mérito”¹⁶⁴, desde que presentes os seus “requisitos de existência”¹⁶⁵, aferíveis à luz da relação jurídica substancial deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*).

A visualização das condições da ação como pressupostos de existência da ação constitui, precisamente, a origem de severas críticas da doutrina à teoria eclética¹⁶⁶. A teoria da asserção, veja-se, traduz louvável tentativa de mitigar os problemas práticos relativos à sistematização dogmática daquela teoria, sanando diversas controvérsias quanto ao momento

¹⁶¹ Extinção do Processo e Mérito da Causa. Op. cit., p. 390, destaques no original.

¹⁶² DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 205-206.

¹⁶³ É nesse sentido que Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini se referem à legitimidade como um “conceito *transitivo*. Tem-se legitimidade com relação a um sujeito e a um objeto, ou seja, a uma relação jurídica. A legitimidade, portanto, não pode ser aferida em abstrato, mas única e exclusivamente em função de um contexto” (*Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1, 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 321-322, destaques no original). Ou ainda, como sublinham mais à frente (p. 340), como “uma noção eminentemente transitiva ou relacional, na medida em que reclama um complemento. Isso quer dizer que não se pode afirmar: *fulano tem legitimidade*, sem que se diga *para quê*”. Também sublinhando a “transitividade” da legitimidade, cf. ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

¹⁶⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 200.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 203, onde se lê: “Só quando estiverem essas condições é que se pode considerar existente a ação, surgindo para o juiz a necessidade de julgar sobre a demanda, para acolhê-la ou rejeitá-la. Elas podem, por isso, ser definidas também como condições de admissibilidade do julgamento da demanda, ou seja, como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo”.

¹⁶⁶ Nesse sentido, cf. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90.

de verificação das condições da ação e, principalmente, quanto à natureza da coisa julgada formada pela decisão que verifica a sua falta.

Para este estudo, contudo, importa perceber apenas que as condições da ação foram profundamente incorporadas pelo CPC/73 (o art. 267, VI¹⁶⁷, não permite outra constatação). Dentre essas condições, por sua vez, encontra-se a “legitimidade das partes”, que igualmente sofreu grande influência liebmaniana.

Confira-se a lição do autor italiano¹⁶⁸:

A legitimação para agir é pois, em resumo, a *pertinência subjetiva da ação*, isto é, a identidade entre quem a propôs e aquele que, relativamente à lesão de um direito próprio (que afirma existente), poderá pretender para si o provimento de tutela jurisdicional pedido com referência àquele que foi chamado em juízo.

Essa ideia de pertinência subjetiva da ação; de coincidência entre as partes que compõem os polos ativo e passivo da relação jurídico-processual instaurada pela ação e os sujeitos da relação jurídica de direito material nela deduzida; foi encampada expressamente pelo art. 6º do CPC/73¹⁶⁹ e, na doutrina, tornou-se corrente¹⁷⁰.

Entenda-se, contudo, que essa concepção de legitimidade das partes segundo o vínculo que guardem com os titulares da situação jurídica afirmada não está de todo equivocada.

Ela se presta eficazmente para controlar a aptidão das partes para demandarem ou serem demandadas em juízo relativamente a determinadas situações concretas (ação exercida), otimizando a atividade jurisdicional em muitos casos em que é provocada a manifestar-se.

Nesse diapasão se encontram, pois, todas as ações cujos pedidos veiculem pretensão de tutela jurisdicional a direitos e interesses que podem, em tese, ser titularizados pelo próprio sujeito que propôs a ação, e por ele exclusivamente.

Aliás, em todos os casos em que a titularidade do direito que constitui o objeto da lide é passível de atribuição a pessoa(s) determinada(s), de tal modo que a constituição,

¹⁶⁷ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...); VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

¹⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 211, destaque no original.

¹⁶⁹ Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

¹⁷⁰ Adotando essa noção sem maiores ressalvas, cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 282; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 227-228; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 408-409; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 64-65. Embora com os olhos voltados para o novo CPC, mas sustentando, sem maiores aprofundamentos, o mesmo conceito de legitimidade *ad causam*, FONSECA FILHO, Otávio Bueno da. *Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das "condições da ação"*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>. Acesso em: 01º dez 2015.

modificação ou extinção desse direito venha a afetar apenas a esfera jurídica do seu titular; aquela noção de pertinência subjetiva da ação não apenas pode, como deve ser o modelo segundo o qual o juiz deve investigar a legitimidade das partes em sede do juízo de admissibilidade do processo.

O processo funciona, mediante a aplicação dessa visão, como garantia de que as relações jurídicas e seus titulares não serão submetidos a qualquer alteração sem que possam efetivamente participar do processo de deliberação judicial que os tenha como objeto e influenciar o discurso judicial que decidirá autoritativamente a questão, substituindo a sua vontade¹⁷¹. Trata-se de concretização dos princípios do devido processo legal e do contraditório, prestigiando a segurança jurídica e a proteção das expectativas legítimas.

A exigência de estrita correspondência entre as partes do processo e os titulares do direito material afirmado, outrossim, torna-se imperativo categórico se compreendido o processo no interior de um modelo de democracia deliberativa para a legitimação discursiva das decisões estatais, vale dizer, quando o titular do objeto litigioso é visto não apenas como destinatário, mas coautor do processo de produção da norma jurídica expressa na decisão judicial que resolve vinculativa e definitivamente a controvérsia¹⁷².

Essas são as razões pelas quais o CPC/73, de forte orientação liberal – pelo menos até as reformas processuais iniciadas em 1994 – e tendo como “valores centrais” a liberdade e a segurança¹⁷³, fora completamente seduzido pela noção individualista de legitimidade, preocupado que estava com a tutela individual de direitos subjetivos, mormente pelo seu equivalente em pecúnia.

Mesmo nas hipóteses em que o CPC/73 admitia a presença de uma pluralidade de sujeitos nos lindes da relação processual (relação processual plúrima ou plurissubjetiva), assim o fazia tendo em mira situações jurídicas substanciais de efetiva comunhão de direitos (daí porque os admitia por meio de “litis-consórcio”), ou estrita prejudicialidade, nas quais os eventuais litisconsortes ou terceiros intervenientes admitidos no processo eram cotitulares da relação de direito material discutida – ou, no mínimo, juridicamente interessados –, conforme regra do art. 46. Ou seja, ainda segundo o esquema clássico de imputação de legitimidade *ad causam* apenas àqueles que pleiteiam tutela a direito subjetivo “próprio” e não “alheio”.

¹⁷¹ No mesmo sentido, HOLANDA, Marcelo. *Ações Coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo*. Belém: Paka-Tatu, 2012, p. 57-58.

¹⁷² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 108-111.

¹⁷³ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. Op. cit., p. 188; NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil. Op. cit., p. 496-497.

Assim, não resta dúvida de que o CPC/73 encampou uma concepção clássica de legitimação *ad causam*, a qual reflete a consolidação do instituto segundo a noção liebmaniana de estrita correspondência entre os sujeitos da relação jurídica processual e os titulares da relação jurídica de direito material.

Essa noção, contudo, mostrou-se inapropriada para situações jurídicas com características e elementos diversos daqueles típicos dos direitos e relações jurídicas para as quais fora concebida, situações essas de que estão repletos a tutela coletiva e o NCPC, daí porque salutar debruçar-se sobre essas fontes para investigar os contornos do regime jurídico da legitimação *ad causam* que eles reclamam.

3.2. O NOVO CPC E O(S) REGIME(S) DE LEGITIMAÇÃO ADOTADO(S)

A Lei nº 13.105/2015 foi a primeira a instituir um Código de Processo Civil brasileiro sob o pálio de uma Constituição fundada na Democracia e o fez, ademais, já a partir de um movimento de elevado constitucionalismo, em que se reconhece a força normativa e a primazia das normas constitucionais, donde falar-se de um paradigma neoconstitucionalista – e, no campo do Direito Processual, de neoprocessualismo –, bem como a partir de uma compreensão pós-positivista de Direito¹⁷⁴.

Os arts. 1º a 12 do NCPC, topograficamente organizados em um capítulo inicial intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, evidenciam exatamente a imbricação do Código com as normas constitucionais, dando-lhes maior concreção, mesmo que muitas vezes mediante a mera reprodução de normas constitucionais, para o que releva seu desígnio pedagógico.

Isso significa que conhecer o NCPC é conhecer aspectos fundamentais da Constituição.

Nesse sentido, para os propósitos deste estudo é preciso visualizar que a Constituição de 1988 trouxe uma série de normas impregnadas de conteúdo valorativo e sentido deontológico, impondo a tutela jurisdicional de inúmeros interesses que não se encaixavam na estrutura clássica (leia-se, individual) dos direitos subjetivos, precisamente porque sua titularidade fora atribuída a todos, embora a ninguém em particular; de que são exemplos

¹⁷⁴ Sobre o entrelaçamento de neoconstitucionalismo, neoprocessualismo e pós-positivismo, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. Vol 1. São Paulo: RT, 2006, p. 42-55; CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

eloquentes, *inter alia*, o meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico e, de modo geral, os direitos sociais, econômicos e culturais.

Dela também emanou a necessidade de tutelar o ordenamento jurídico em si; o Direito objetivo – mediante a estruturação, por exemplo, de um sofisticado sistema de controle de constitucionalidade.

Na última década, essa preocupação constitucional fora assimilada de modo mais acentuado pela doutrina processual pátria em forma de teoria do precedente, o que, além de ampliar sua potencialidade para além dos confins constitucionais, tornou ainda mais evidente a necessidade de desassociar o autor das demandas com esse propósito, da titularidade do interesse a ser tutelado, precisamente porque impossível a sua identificação exata.

O NCPC, aliás, tem na teoria dos precedentes um de seus pontos nodais, de modo que o parâmetro tradicional de atribuição da legitimação para agir se mostra insatisfatório para elucidar todos os casos em que o Código tem de recorrer a alguma manifestação do instituto comentado.

Mas não é só. Mesmo quando o NCPC está a disciplinar o processo vocacionado à tutela individual de direitos subjetivos, a orientação a respeito da legitimidade parece igualmente ter sofrido alterações absolutamente nada triviais.

Veja-se, por exemplo, a hipótese da assistência simples, na qual o assistente intervém num processo em que o assistido vem a tornar-se revel: sob a égide do CPC/73, o assistente, embora parte, era considerado mero gestor de negócios (art. 52, parágrafo único), o que se justificava precisamente na pressuposição da alteridade da titularidade do objeto litigioso (Código Civil, art. 861 e ss.) e constituía, na lógica do Código Buzaid, obstáculo intransponível à atuação do assistente como verdadeiro titular da relação jurídico-processual – que continuava sendo o assistido revel. Já para o NCPC (art. 121, parágrafo único), a situação de revelia ou, mais ainda, de simples omissão do assistido é suficiente para investir o assistente na posição jurídica de seu substituto processual, sendo-lhe atribuída, portanto, a legitimação para, em nome próprio, postular a tutela jurisdicional de direito ou interesse de que não é titular.

Aqui o Código não quer simplesmente permitir a atuação do assistente para que ele possa perseguir a tutela do seu interesse jurídico na causa; quer, mais do que isso, atribuir-lhe a titularidade da relação jurídico-processual para que possa promover a defesa dos direitos do assistido em toda sua extensão, de modo que o seu interesse jurídico na vitória do assistido pode até subsistir, mas deixa de situar-se no próprio conteúdo da razão de sua atuação no

processo. Por isso recebe o direito de conduzir o processo, mesmo não ostentando a titularidade do objeto litigioso.

Tanto assim o é, que a omissão do efetivo titular do objeto litigioso não implica um juízo negativo de admissibilidade do processo; ao contrário, nada obsta a que a decisão final resolva o mérito da causa e forme coisa julgada material, vinculando o próprio substituído.

Nesse particular, o Código adotou inequívoco conceito de legitimação extraordinária, uma vez que não exige a afirmação da titularidade do direito discutido em juízo, embora reconheça a possibilidade de o próprio legitimado ordinário atuar na defesa de seus próprios interesses.

Outra situação sintomática dessa mudança de orientação reside na regra do art. 109 do NCPC¹⁷⁵, segundo a qual a alienação da coisa ou direito que constitui objeto do processo, por ato entre vivos e a título particular no curso do processo, não altera a legitimidade das partes, as quais, nessa toada, perpetuam-se no processo mesmo quando não mais ostentam a titularidade da coisa ou direito litigioso e com a projeção normal dos efeitos da sentença para aqueles que passaram a ser os reais titulares do objeto litigioso do processo (os substituídos), conforme regra do parágrafo 3º do mesmo dispositivo¹⁷⁶.

Nessa hipótese, enquanto não promovida a sucessão processual, a parte originária que alienou o objeto litigioso do processo passa a atuar, em nome próprio, na defesa do direito do terceiro adquirente ou cessionário; direito, portanto, que lhe é alheio. A parte alienante ou cedente, nesse caso, atua como substituto processual do adquirente ou cessionário (parte substituída), alargando-se os limites subjetivos da sentença para todos os envolvidos (NCPC, art. 109, § 3º).

Essas situações revelam que o critério para imputação da legitimação para agir, nos Códigos revogado e novo, não é uniforme. Embora o modelo clássico de legitimação (estrita correspondência entre as partes do processo e os titulares da relação jurídica nele deduzido) não esteja, como dito, equivocado; o uso do instituto nesses termos deve ficar adstrito àquelas hipóteses de titularidade determinada do objeto da lide, por imposição do contraditório e devido processo legal.

Para além dessas hipóteses, isto é, quando a expressão em tela é empregada para explicar a aptidão de pessoas e entes para a propositura e/ou condução de ações e incidentes

¹⁷⁵ Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

¹⁷⁶ § 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

processuais que visem à tutela de interesses cuja titularidade está fundada numa alteridade fluida; a imagem da legitimação *ad causam* assume nova coloração¹⁷⁷.

E constatada a descontextualização do conceito tradicional de legitimidade *ad causam* para a tutela de interesses de titularidade fluida, muitos deles incorporados pelo NCPC; impõe-se perquirir sobre a natureza do instituto nesses casos, em ordem a extrair novos contornos conceituais para o ideal manejo das potencialidades processuais.

O NCPC, sobretudo ao pretender a objetivação e transcendência dos motivos determinantes de determinadas decisões judiciais, estabelecendo um sistema de precedentes vinculantes (art. 927); previu diversas situações e técnicas processuais que, valendo-se da noção de legitimidade para agir, não se subsumem ao seu regime jurídico tradicional, mas também não se amoldam ao modelo de legitimação extraordinária que norteia os dois casos mencionados acima.

Nessa esteira, confira-se a hipótese do Incidente de Assunção de Competência (IAC), previsto no art. 947 do NCPC. É admissível sua propositura pelo próprio relator, de ofício, mas também pela parte, Ministério Público ou Defensoria Pública (§ 1º), caso em que não estarão unicamente a postular provimento jurisdicional que resolva definitivamente o objeto litigioso. Isso seria virtude habitual da decisão judicial que viesse a ser proferida ao final do recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal, independentemente de seu julgamento ser realizado por órgão colegiado em razão da assunção da competência. O que o incidente visa a tutelar, pois, é o tratamento uniforme, íntegro e coerente de relevante questão de direito com grande repercussão social, e isso é interesse que, do ponto de vista subjetivo, não pertence às esferas jurídicas dos sujeitos do incidente, ou pelo menos não exclusivamente a elas, evidenciando a total despreocupação do Código com a titularidade do direito ou interesse a ser tutelado.

¹⁷⁷ A rigor, os esforços desta seção para mostrar a inadequação do conceito tradicional de legitimação para agir estão fundados numa premissa de filosofia da linguagem já abordada anteriormente (reviravolta linguístico-pragmática; vide Capítulo I, item 3.1), que recusa conceitos absolutistas e definitivos, com a pretensão de aplicação em todos os contextos. Ora, se é o uso das palavras na linguagem que estabelece o seu significado (WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Op. cit., p. 43), torna-se imprescindível, para qualquer pretensão cognitiva conceitual, inserir o termo investigado no contexto a partir do qual se extrairá sua significação. Não por outro motivo, aliás, que se afirmou não estar equivocado o conceito tradicional de legitimação *ad causam* para o contexto do CPC/73, mas, sim, descontextualizado diante de outras fontes normativas. O NCPC e o processo coletivo, enquanto contextos pragmáticos diferenciados de uso da expressão em tela, parecem indicar um conceito de legitimidade que, embora guarde semelhança – de família, diria Wittgenstein (ibidem, p. 52) – com o do CPC/73, a ele não se resume. Daí porque esta seção tem o propósito de mostrar apenas que a expressão “legitimidade *ad causam*”, uma vez inserida em “jogos de linguagem” específicos (NCPC e processo coletivo), reveste-se de nova significação.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) também constitui exemplo eloquente dessa mudança de perspectiva do NCPC. Isso porque, segundo o art. 977, podem requerer a instauração do incidente o juiz ou relator, partes, Ministério Público e Defensoria Pública, todos, portanto, sujeitos ativos em potencial do incidente em tela, cujo propósito é, mais uma vez, a transcendência subjetiva da *ratio decidendi* do provimento jurisdicional por ele desencadeado, em prestígio à uniformidade, integridade e coerência do Direito objetivo, o que nada tem de relevante para a concreta proteção jurisdicional, nos lindes do processo em que instaurado o IRDR, do bem ou direito afirmado ou negado pelas partes.

Note-se que era totalmente possível que o NCPC se limitasse a atribuir eficácia vinculante a precedentes formados pelos órgãos colegiados integrantes da estrutura do Poder Judiciário por meio do procedimento comum, mas, ao contrário, optou por erigir um microsistema de produção concentrada de precedentes vinculantes, para o qual reconheceu a legitimidade ativa das partes, Ministério Público e Defensoria Pública incondicionalmente, isto é, sem qualquer referência à titularidade da relação jurídica substancial deduzida em juízo.

Aliás, na sistemática do NCPC é até possível que o precedente seja formado justamente para proclamar a ilegitimidade *ad causam* da parte frente a dada situação concreta; bem como que o provimento jurisdicional em cuja fundamentação se encontra a norma jurídica generalizável (*ratio decidendi*) tenha ensejo a partir de um processo conduzido assim por assistente simples que atue em razão da revelia ou omissão do assistido, como por parte que, no curso do processo, alienara por ato entre vivos e a título particular o objeto litigioso. Todos esses personagens, percebe-se, tem plena aptidão para conduzir um processo no curso do qual pode haver a instauração dos incidentes mencionados; assim como alguma decisão a ser nele prolatada pode vir a ser validamente afetada para a formação de um precedente vinculante.

Isso porque o interesse a que se busca tutelar nessas hipóteses é o próprio direito objetivo; é o desenvolvimento do sistema jurídico, para o que não interessa quem se apresente em juízo para postular a atividade jurisdicional, mas tão somente a idoneidade do ato postulatório apresentado para desencadear o desenvolvimento da cognição e do discurso

dialético (inclusive com a possibilidade de ampliação do contraditório para terceiros estranhos ao processo: *amicus curiae*) necessários à formação do precedente¹⁷⁸.

Percebe-se, pois, que nos casos cogitados a legitimidade para agir deixa de ser aferida em face do objeto litigioso, para fundar-se exclusivamente em regra de direito processual; *ope legis*, portanto.

Ao fim e ao cabo, o NCPC, ao menos nesses casos¹⁷⁹, adotou noção diversa de legitimidade para agir, cumprindo investigar a natureza do instituto nessas situações.

Veja-se que, mesmo nos casos do assistente simples e da alienação do objeto litigioso no curso do processo – narrados como inequívocos avanços dogmáticos do NCPC – a classificação da sua legitimidade como extraordinária teve como pressuposto inarredável a indagação a respeito da titularidade própria ou alheia da coisa deduzida em juízo; já nos incidentes de formação concentrada de precedentes (IAC e IRDR), essa indagação não tem qualquer pertinência. E uma vez não estando a legitimidade para a prática de atos postulatórios fundada na titularidade do direito ou interesse a que se visa tutelar, como a conceber numa abordagem científica?

De legitimidade ordinária – assim entendida a capacidade da parte de validamente propor e conduzir um dado processo em decorrência da sua estrita correspondência com a posição de titular do respectivo objeto litigioso, única conjectura hábil a satisfazer a situação jurídica regulada pela lei como tal (“situação legitimante”)¹⁸⁰ – parece não tratar-se, porquanto desde o início inexistente a coincidência entre os sujeitos ativos previstos na disciplina processual e os titulares dos interesses subjacentes ao processo.

Também de legitimidade extraordinária aparentemente não se cuida, uma vez que para aferir-se a aptidão para a instauração dos procedimentos de formação concentrada de precedentes (IAC e IRDR), como visto, é inteiramente despiciendo um juízo quanto à titularidade do interesse que até então constituía o objeto litigioso, sequer tendo lugar a indagação quanto à titularidade própria ou alheia do mesmo.

¹⁷⁸ Afinal, “per la realizzazione dell’ordinamento non interessa chi proponga la domanda, ma che cosa viene chiesto” (CARPI, Federico *apud* GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 34, nota 80).

¹⁷⁹ Claro, porque o NCPC não abandonou a concepção tradicional de legitimidade *ad causam*, conforme deixam claras as regras dos arts. 17 (“Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”) e 18 (“Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”). Isso, como já salientado, é inteiramente coerente com situações jurídicas cujos direitos ou interesses envolvidos são passíveis de ter sua titularidade individualizada, em observância aos princípios do contraditório e devido processo legal e respeito a um modelo de democracia deliberativa.

¹⁸⁰ No mesmo sentido, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 228.

Tudo indica, então, ter sido outro o modelo de legitimidade *ad causam* adotado pelo NCPC.

Vozes há, contudo, relevantes¹⁸¹, que sustentam ser impertinente a construção de uma terceira espécie de legitimação, haja vista que ela seria sempre ordinária ou, quando não houvesse coincidência entre o legitimado para agir em juízo e o sujeito da relação material afirmada, extraordinária, *tertium non datur*. A dicotomia legitimação ordinária-legitimação extraordinária seria suficiente para explicar qualquer manifestação da legitimidade. E na medida em que os legitimados dos aludidos incidentes não estariam em juízo defendendo interesse próprio, a sua legitimação seria, por exclusão, extraordinária.

Não parece a melhor solução.

Isso porque, como lembra Antonio Gidi¹⁸², “extraordinário é um conceito relacional, e pressupõe a existência do ordinário da mesma forma que o especial pressupõe a existência do comum”, de tal modo que alguém haveria de ser o legitimado ordinário para a deflagração e condução de determinado procedimento para que se pudesse pensar em outro alguém que estivesse autorizado a fazê-lo de maneira extraordinária.

Nesse sentido, avaliar a legitimação ativa do microsistema de formação concentrada de precedentes do NCPC exclusivamente nos termos da dicotomia “legitimação ordinária ou extraordinária” necessariamente remeteria o intérprete à perquirição da titularidade própria ou alheia do interesse subjacente aos procedimentos em tela, somente após o que seria possível identificar os legitimados ordinário e extraordinário.

Mas esse raciocínio prático dicotômico não poderia realizar-se sem substancial perda de conteúdo proposicional, uma vez que, a despeito do interesse a ser tutelado pelos incidentes não pertencer à esfera jurídica dos legitimados arrolados na norma processual, sua titularidade igualmente não pode ser circunscrita à esfera jurídica de alguém isoladamente, sendo logicamente impossível identificar o seu titular.

A hipótese sob análise se aproxima, sim, da teoria tedesca de legitimação autônoma para a condução do processo. O traço característico para sua distinção das categorias ortodoxas é a imputação da aptidão para a provocação válida da atividade jurisdicional sem qualquer cotejo com o objeto litigioso envolvido, mas apenas com a norma processual¹⁸³.

¹⁸¹ Por todos, ante seu posicionamento peremptório, DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 264-265; _____. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. IV, 9ª ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 178-180.

¹⁸² *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 42.

¹⁸³ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 215.

A nomenclatura da teoria, decerto, padece de alguma equivocidade. É que a formulação do enunciado parece fazer repousar a propriedade mais cardeal da teoria no atributo da autonomia, o que poderia dar razão à admoestação de Didier¹⁸⁴ quanto à inocuidade do termo para distingui-la da legitimação extraordinária, uma vez que faria alusão apenas ao fato de o legitimado poder conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito invocado, sendo, mais apropriadamente, subespécie de legitimação extraordinária.

Não percebe o jurista baiano, contudo, que a “autonomia” invocada pela teoria nada diz quanto a qualquer elemento subjetivo, mas apenas que a aptidão para a condução do processo é autônoma (ou independente) frente à titularidade do direito litigioso, dela prescindindo completamente¹⁸⁵. Isso já seria suficiente para elidir a crítica, mas parece que a utilização de uma nomenclatura livre dessa equivocidade seria mais idônea para a higidez da teoria, donde preferir-se, em apego à formulação inicial da teoria, “legitimação processual para a condução do processo”, ou, mais direta e corretamente, “legitimação processual”, já que, por se tratar de legitimação no campo processual, repetir que é para a condução do processo torna o enunciado tautológico.

Ambos os enunciados propostos, percebe-se, procuram evidenciar exatamente aquilo que é o apanágio da teoria: a imputação da aptidão para a deflagração e condução de processos (aqui a noção de processo como procedimento em contraditório basta) exclusivamente a partir da norma processual, sua única e suficiente fonte normativa.

Proscrever o adjetivo “autônoma” do enunciado conceitual em tela, outrossim, não implica qualquer perda de significado para o conceito, uma vez que sua propriedade característica é outra, que continua a figurar no enunciado (o “processual”).

Registrado o apuro terminológico, o importante é notar que se trata de uma “legitimação processual de natureza especial, nem ordinária, nem extraordinária”¹⁸⁶, conferindo algo como um “direito próprio”¹⁸⁷ aos legitimados para agir, o que se faz em prestígio ao acesso à justiça e em razão da necessidade de conferir maior legitimação à decisão estatal, por meio do aprofundamento do debate jurídico e melhor fundamentação do

¹⁸⁴ *Curso de Direito Processual Civil*: processo coletivo. Op. cit., p. 179.

¹⁸⁵ No mesmo sentido, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 41, para quem a expressão autonomia assume a “conotação de desligar, desunir a legitimidade processual da titularidade do direito material objeto do processo”.

¹⁸⁶ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 177.

¹⁸⁷ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 42.

discurso judicial vocacionado à formação do precedente (paradigma de democracia deliberativa).

Em *terrae brasiliis*, todavia, esse modelo de legitimação tivera aplicabilidade primeira no âmbito da tutela coletiva, de onde devem partir, pois, maiores digressões a seu respeito, a fim de viabilizar uma compreensão ótima do novo viés do instituto.

Mas não sem antes desincumbir este estudo daquilo que se acredita ser dever de todos aqueles que se propõem a examinar determinado tratamento positivo de uma disciplina jurídica: a crítica¹⁸⁸. É que, embora a nova noção de legitimidade *ad causam* também adotada pelo NCPC tenha uma cariz processual coletivo, se há uma crítica que se pode dirigir ao novo Diploma processual, abstraindo-se as razões que culminaram na sua redação final (emendas parlamentares, vetos presidenciais etc.), ela reside, precisamente, na diminuta atenção dispensada à tutela coletiva. Ao prestigiar sobremaneira a solução atomizada de demandas repetitivas¹⁸⁹, o NCPC se mostrou ainda refém de amarras individualistas há muito criticadas pela doutrina do processo coletivo, negligenciando uma oportunidade ímpar de diálogo de fontes e aperfeiçoamento da tutela jurisdicional como um todo.

Essa constatação torna não só conveniente, como imperioso o aprofundamento do estudo do processo coletivo, na esperança de que seus avanços e desenvolvimentos um dia realmente ocupem os focos de preocupação daqueles que são incumbidos da extraordinária tarefa de construir o direito positivo.

3.3. A CONCEPÇÃO ADEQUADA PARA O PROCESSO COLETIVO

Como já adiantado, as limitações da concepção clássica de legitimação *ad causam* foram sentidas, antes e de maneira ainda mais acentuada, na tutela coletiva¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Afinal, como ensinou Calmon de Passos em capítulo propedêutico à investigação de seu objeto de estudo, quando o jurista se engaja em campos dogmáticos, “tudo quanto lhe é imposto como indiscutível foi produzido pelos homens, com vistas a lograr certos resultados que elegeram, atendendo a razões postas como justificadoras de suas decisões”, de tal sorte que “cumpre-lhe, também, enquanto jurista, decodificar esses pressupostos, torná-los evidentes e influentes no seu pensar técnico”, daí a pertinência do pensamento pré-dogmático ou crítico (*Esboço de Uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 7). No mesmo sentido, REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 322-323.

¹⁸⁹ Na feliz linguagem de Marcelo Abelha Rodrigues, é perceptível a lamentável tendência do NCPC de prestigiar “técnicas individuais de repercussão coletiva”, em detrimento das “técnicas coletivas de repercussão individual”, típicas do processo coletivo (Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva x Técnicas Coletivas de Repercussão Individual. Por Que Estão Extinguindo a Ação Civil Pública para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos? In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC*. Op. cit., p. 623-640).

¹⁹⁰ Não a toa que Barbosa Moreira, como já mencionado antes, inseriu a legitimidade entre os “pontos sensíveis” da tutela coletiva.

Isso porque os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), conforme afirma a doutrina corrente, não se subsumem à estrutura subjetiva típica da noção tradicional dos direitos subjetivos, uma vez que são subjetivamente indeterminados, pertencendo a uma pluralidade de pessoas, ligadas por relações fáticas ou jurídicas precárias, muitas vezes apenas em função da impossibilidade lógica de fracionamento (indivisibilidade) do bem, direito ou interesse que compartilham.

Nesse caso, as regras de deflagração e condução do processo, a insistirem no modelo da pertinência subjetiva da ação, exigiriam a presença em juízo de todos aqueles que integram o elemento subjetivo do direito ou interesse afirmado, o que, a toda evidência, tornaria inviável a tutela jurisdicional dos direitos coletivos, dada a ampla dificuldade de identificação precisa dos atingidos e, mesmo que isso fosse possível, da evidente impraticabilidade da sua presença concomitante em juízo.

E tendo a tutela coletiva precisamente o propósito de dispensar a presença individualizada, atomizada das pessoas em juízo para que elas recebam a adequada tutela dos seus direitos, sem que isso represente qualquer contrafação às garantias processuais já historicamente sedimentadas no Direito brasileiro¹⁹¹; a Doutrina processual logo cuidou de desenvolver novos rumos para a questão da legitimidade.

Seguindo tendência mundial¹⁹², a legislação brasileira (Lei nº 7.347/85, art. 5º, e Lei nº 8.078/90, art. 82) elegeu diversos entes, públicos e privados, para a promoção em juízo dos direitos coletivos, atribuindo-lhes legitimidade ativa autônoma, concorrente, disjuntiva e exclusiva¹⁹³ para a propositura das ações coletivas.

Contudo, mesmo antes da eleição legal desses legitimados, a dificuldade do tema já havia suscitado fecundo debate doutrinário acerca da natureza jurídica da legitimidade *ad causam* para o processo coletivo, tendo se firmado três principais correntes: a) a primeira, que afirmava a legitimação extraordinária dos entes, independentemente de autorização expressa na lei; b) a segunda, que preconizava a natureza ordinária da legitimação dos entes intermediários da sociedade cuja finalidade fosse a defesa dos direitos transindividuais; e c)

¹⁹¹ ARENHART, Sergio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. cit., p. 19-20.

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 299-300; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. A Legitimação, a Representatividade Adequada e a Certificação nos Processos Coletivos e as Ações Coletivas Passivas. *RePro*, São Paulo, vol. 209, jul. 2012, p. 1007.

¹⁹³ Nesse sentido, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 37. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. IV, 9ª ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 183-184.

uma terceira, que brandia a concepção tedesca de legitimação autônoma para a condução do processo.

Para a primeira corrente, capitaneada por Barbosa Moreira, já que a titularidade dos direitos coletivos perseguidos em juízo é da própria coletividade, mesmo que apresentando contornos fluidos, móveis, a tornar inviável a individualização exata de todos os componentes; e a sua promoção em juízo se dá pelas entidades arroladas na lei, não haveria coincidência entre os titulares das relações jurídica processual e material, de tal modo que, ao atuarem em nome próprio para a defesa de interesse alheio, o fariam a título de substituição processual e, portanto, ostentando legitimação extraordinária, com o traço característico de que essa legitimação não necessariamente devesse vir expressa na lei, podendo ser inferida do ordenamento jurídico enquanto sistema¹⁹⁴.

A segunda teoria, concebida por Kazuo Watanabe, já afirmava a legitimação ordinária das associações e outros corpos intermediários que fossem criados com a finalidade institucional de defesa de interesses difusos, o que teria esteio na conjugação dos fundamentos constitucionais da liberdade de associação, da solidariedade humana e da licitude da atuação das associações na defesa dos direitos coletivos¹⁹⁵.

Por fim, a terceira teoria, de origem alemã e apresentada à Ciência Processual brasileira por Nelson Nery Júnior¹⁹⁶, buscou superar a dicotomia ordinária/extraordinária, indicando que a legitimidade, uma vez dissociada da titularidade do direito material objeto do

¹⁹⁴ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 40; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 253.

¹⁹⁵ WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. *RePro*, São Paulo, vol. 34, abr. 1984, p. 65-66, onde se lê: “desde que seja interpretado o art. 6.º, do CPC, com mente mais aberta e com vistas voltadas à globalidade do ordenamento jurídico, principalmente ao sistema constitucional, afigura-se perfeitamente possível chegar-se à admissão da legitimidade *ad causam* das associações criadas com o fim estatutário de promover a defesa de interesses difusos. E a legitimação conforme já ficou anotado, é ordinária, e não extraordinária”. E mais adiante esclarece (p. 68): “associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor, etc.), ao ingressar em Juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser”.

¹⁹⁶ Embora, de fato, o primeiro autor a brandir a teoria da legitimidade autônoma para a condução do processo em *terrae brasilis* aparentemente tenha sido Nelson Nery Júnior, em 1979 Donald Armelin, apesar de considerá-la completamente despienda como modelo de explicação da realidade jurídica processual brasileira, já mencionava que a teoria teria importância no ordenamento tedesco, onde “a distinção entre legitimidade (*Sachelegitimation*) e o direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*) surge como necessária quando o direito material separa a titularidade do direito material do direito de conduzir o processo, retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro. Este tem, então, o direito de conduzir o processo versante sobre direito alheio que não lhe diz respeito” (*Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. Op. cit., p. 115-116).

processo, é autônoma para a condução do processo, resumindo-se à possibilidade de o autor coletivo se tornar o adequado portador dos interesses da comunidade¹⁹⁷.

Baseada na distinção da doutrina alemã entre a legitimidade, que é questão afeta ao mérito, e o “direito de conduzir o processo” (*Prozessführungsrecht*), que seria um requisito processual¹⁹⁸; a legitimidade *ad causam* seria estabelecida apenas em função da efetividade da tutela jurisdicional empreendida, isso com total independência da afirmação da titularidade própria do direito invocado.

Não obstante, com a previsão legal expressa da legitimação ativa de diversos entes públicos e privados para a deflagração e condução das ações coletivas, o debate arrefeceu e acabou se consolidando a noção de legitimação extraordinária¹⁹⁹, por substituição processual – já que os indivíduos que seriam seus titulares ordinários necessariamente não se encontrariam em juízo ao lado do legitimado extraordinário – como melhor modelo explicativo da realidade coletiva.

A aplicação dessa legitimação extraordinária ao processo coletivo, veja-se, de modo algum afrontaria a regra de legitimação ordinária prevista no próprio art. 6º do CPC/73²⁰⁰, uma vez que nesse mesmo dispositivo há a ressalva de autorização legal para a possibilidade de postular-se, em nome próprio, a defesa de direito alheio, o que encontraria correspondente no art. 5º da Lei nº 7.347/85 e, quanto aos direitos coletivos (*lato sensu*) dos consumidores, no art. 82 da Lei nº 8.078/90.

Todavia, como já salientado, este estudo entende que essa concepção de legitimidade extraordinária, embora já signifique algum avanço no sentido de permitir a atuação em juízo de quem não seja o titular do direito ou interesse objeto da tutela jurisdicional, promovendo

¹⁹⁷ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 41-42.

¹⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 229.

¹⁹⁹ Encampam essa concepção de legitimação extraordinária DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. Op. cit., p. 264-265; _____. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. IV, 9ª ed. Salvador: JusPodvm, 2014, p. 178-180; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.116-118; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Op. cit., p. 63-64 e 152-153; DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 133-138; ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. cit., p. 222-223; e MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64-68.

²⁰⁰ Seu correspondente no NCPC é o art. 18, com a seguinte redação: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. Permanece, portanto, a regra geral sobre o tema.

acesso à justiça, repousa sobre uma premissa individualista de processo que não mais é consentânea com os parâmetros modernos que devem guiar a tutela coletiva²⁰¹.

A rigor, a própria sistematização da legitimação extraordinária para o processo coletivo apresenta aporias que não consegue resolver: se o próprio titular do direito coletivo é, muitas vezes, indeterminado e indeterminável, como afirmar que o legitimado coletivo o está substituindo processualmente? Quem é o substituído processual? Ora, simplesmente afirmar-se a coletividade/sociedade/categoria/classe/grupo de pessoas como o substituído processual, além de tautológico, não se mostra satisfatório, pois encerraria uma concepção de direito coletivo, na prática, sem titular específico ou com titular anônimo.

Ademais, quando o cidadão postula, em sede de ação popular (típico remédio processual do sistema de tutela coletiva), a tutela de direito ou interesse difuso ou coletivo, não se pode negar que o faz na qualidade de cotitular desse direito, de modo que, a despeito de estar defendendo, em nome próprio, direito alheio, também está defendendo direito de que é, ao menos parcialmente, titular. O mesmo ocorre nas hipóteses de atuação do Ministério Público para a tutela dos direitos e interesses para os quais fora constitucionalmente instituído e vocacionado. É, pois, impossível afirmar ser o direito ou interesse objeto da tutela coletiva invariavelmente alheio aos seus legitimados ativos. Haveria aí, então, um cúmulo de legitimidades, extraordinária e ordinária?

Todas essas inconsistências teóricas já parecem suficientes para infirmar a aplicabilidade do modelo de legitimidade extraordinária ao processo coletivo. Há, contudo, dois argumentos inda mais desconcertantes para essa corrente.

O primeiro deles, apontado pela maioria da doutrina contrária, consiste em notar que o critério típico da legitimação extraordinária, segundo o modelo liberal de tutela individual de direitos subjetivos (CPC/73, art. 6º; NCPC, art. 18), é justamente sua excepcionalidade, a qual somente poderia ocorrer mediante autorização normativa tópica e específica. Já quando se trata do processo coletivo, o suposto fático reclamado pelo aludido modelo de legitimação extraordinária (atuação de terceiro, em nome próprio, na defesa de interesse que lhe é alheio)

²⁰¹ Percebeu o ponto Fernando da Fonseca Gajardoni, para quem “admitir que a legitimação ativa para o processo coletivo é extraordinária – ainda que a adaptando à sua realidade –, não representa adequadamente o fenômeno. Pior, demonstra a ideologia individualista que contamina o desenvolvimento do processo coletivo no país” (O Processo Coletivo Refém do Individualismo. Op. cit., p. 147). Igualmente Gregório Assagra de Almeida, segundo o qual “o operador do direito no Brasil, certamente por força da sua própria formação jurídica, ainda se apega muito ao CPC e ao CC, na tentativa de resolver os conflitos massificados. É o que ocorre quando tenta extrair a legitimidade para agir no *direito processual coletivo* da disposição constante no art. 6º do CPC. Tudo isso impede a aplicabilidade do *direito processual coletivo*, tendo em vista que a grande maioria das disposições daqueles diplomas legais são incompatíveis com as finalidades desse novo e fundamental ramo do direito processual” (*Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 587-588, destaques no original).

não é outra coisa senão a regra; a forma-padrão de atuação dos legitimados ativos. Ora, essa completa inversão da cogitada característica do modelo tradicional, de fato, não parece totalmente inócua para a aplicação do modelo para o processo coletivo.

Já o segundo argumento, denunciado por Antonio Gidi²⁰², atine ao próprio conteúdo da razão que justifica a pertinência da legitimação extraordinária, uma vez que é regra desse modelo (mesmo na sua espécie mais limiar, a substituição processual) que o substituído, porque incluído nos limites subjetivos da coisa julgada material, seja alcançado pela imutabilidade e indiscutibilidade da *res judicata* independentemente do sentido do provimento jurisdicional (procedência ou improcedência), o que lhe tolhe a possibilidade de novamente submeter em juízo as questões decididas (limites objetivos da coisa julgada). Ocorre que, na hipótese de improcedência das ações coletivas, a disciplina normativa vai no caminho diametralmente oposto, haja vista que as regras do art. 100, incisos I, II e III, e §§ 1º e 2º, do CDC impedem a extensão da coisa julgada aos substituídos, possibilitando-lhes a rediscussão do quanto decidido (*quid debeat*).

Perceba-se o ponto: a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada para a coletividade, grupo, categoria ou classe de pessoas substituídas no processo coletivo é *secundum eventum litis*, somente ocorrendo para beneficiá-los; jamais para prejudicá-los (transporte *in utilibus*), o que permite a propositura de ações a título individual – ou até mesmo de novas ações coletivas, na hipótese de “improcedência por insuficiência de provas” da ação coletiva originária – versando as mesmas questões decididas na ação coletiva julgada improcedente, de tal sorte que não se produz um dos principais efeitos justificatórios da legitimação extraordinária.

A mudez da doutrina que defende a legitimação extraordinária quanto a essas controvérsias, na verdade, é eloquente: revela a inadequação do fenômeno para a explicação da legitimação *ad causam* nas diversas ações e remédios em que se manifesta.

Mas também a corrente da legitimação ordinária não representa adequadamente a legitimidade *ad causam* própria do processo coletivo. Na verdade, essa teoria é ainda mais inoperante para o intento, uma vez que, mesmo se se admitisse o fato de a criação de órgãos intermediários com o propósito institucional de defender direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos de seus integrantes atribuir-lhes a titularidade do direito ou interesse em si, isso de modo algum teria o condão de subtrair da

²⁰² *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 44.

coletividade/grupo/categoria/classe de pessoas a titularidade original do mesmo direito ou interesse e transferi-la com exclusividade ao órgão intermediário criado.

A legitimidade dessas entidades, a toda evidência, não atendia à regra geral de legitimação prevista no art. 6º do CPC/73, tampouco satisfaz, hoje, a regra geral de legitimação capitulada no art. 18 do NCPC, porquanto, ainda que se consinta *ad argumentandum tantum* com sua titularidade do direito ou interesse metaindividual afirmado em juízo, desse também seriam titulares uma coletividade/grupo/categoria/classe de pessoas que não comparece em juízo, seja qual for o motivo para tanto.

E uma vez ausente a coletividade concretamente titular do direito ou interesse objeto da ação coletiva, o polo ativo da demanda coletiva não seria integrado por toda a extensão dos titulares do objeto litigioso, mas apenas pelo órgão intermediário, o qual, nessa medida, não ostenta a titularidade exclusiva do direito ou interesse²⁰³.

A hipótese, portanto, não é suficiente para concretizar a situação legitimante da legitimidade ordinária.

Melhor representa as diversas manifestações do fenômeno, enfim, a terceira corrente acerca da natureza da legitimidade *ad causam* para as ações coletivas, isto é, a legitimidade autônoma para a condução do processo²⁰⁴, ou, como se reputa tecnicamente mais apropriado, legitimidade processual (*ad processum*).

²⁰³ Há, portanto, como anotou Antonio Gidi, “manifesta dissociação entre o titular do direito superindividual (uma comunidade ou uma coletividade, de acordo com a definição legal do art. 81, parágrafo único, do CDC) e o legitimado processual a defendê-lo em juízo através da ação coletiva (as entidades elencadas no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC)” (*Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 42).

²⁰⁴ Abraçam essa teoria, ainda que com alguma variação terminológica, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 41-42; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 93; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 176-177 e 212-218; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 101; ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 167-168; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 497-501; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159; WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 83; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Processo Coletivo Refém do Individualismo. Op. cit., p. 146-151; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Projetada Participação Equânime dos Co-legitimados à Propositura da Ação Civil Pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 225; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 66-67; SHIMURA, Sérgio. O Papel da Associação na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 155-156; TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 180, fev. 2010, p. 12-13.

Benemérita de acolhida é a lição do autor responsável pela importação da teoria para a Ciência Processual brasileira²⁰⁵:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. (...). A legitimidade para a defesa de direito difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

Essa teoria se funda na inidoneidade dos institutos e ideologias típicos da tutela individual para a explicação dos fenômenos da tutela coletiva.

E com acerto.

Também notaram o ponto Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁰⁶:

De fato, não há razão para tratar da legitimidade para a tutela dos direitos transindividuais (ou mesmo dos direitos individuais homogêneos) a partir de seu correspondente no processo civil individual. Quando se pensa em “direito alheio”, raciocina-se a partir de uma visão individualista, que não norteia a aplicação da tutela coletiva. Não só a partir da premissa de que apenas o titular do direito material está autorizado a ir em juízo, mas principalmente a partir da idéia de que somente há direitos individuais. A noção de direitos transindividuais, como é óbvio, rompe com a noção de que o direito ou é próprio ou é alheio. Se o direito é da comunidade ou da coletividade, não é possível falar em direito alheio, não sendo mais satisfatória, por simples consequência lógica, a clássica dicotomia que classifica a legitimidade em ordinária e extraordinária.

Este estudo tem como premissa basilar a necessidade de (re)pensar o processo coletivo a partir de delineamentos e noções extraídas do próprio sistema processual coletivo, para o qual os institutos e noções do processo civil individual servem apenas de hipótese de trabalho que devem sempre ser objeto de rigoroso teste de pertinência para o processo coletivo, a fim de prestigiar os princípios, regras de interpretação, ideologia e desideratos próprios da tutela coletiva, cuja autonomia frente à tutela individual há muito fez sentir, inclusive, a conformação de um novo ramo do Direito Processual.

Por isso que, no tocante ao modelo de legitimação *ad causam* do processo coletivo, mostra-se inapropriado, porque descontextualizado, o modelo de legitimação extraordinária que se tornou afirmação corrente na Ciência Processual, sobretudo em razão da impertinência da aferição da titularidade própria ou alheia do direito transindividual objeto da tutela coletiva.

²⁰⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1.885.

²⁰⁶ *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 792-793.

Perscrutar tal qualidade é tarefa que deve ficar confinada ao processo vocacionado à tutela individual de direitos subjetivos e que, por isso, deve ser peremptoriamente afastada do juízo de admissibilidade do processo coletivo.

Nesse, é a própria norma jurídica que, por reputá-los idôneos à defesa dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*; legítimos portadores dos interesses metaindividuais, atribui aos sujeitos indicados a aptidão para a deflagração, condução e intervenção nas ações coletivas, sem qualquer exigência quanto à ostentação da posição jurídica de titular ou não do objeto litigioso.

Há uma única ressalva que, para os propósitos deste estudo, deve ser feita quanto à teoria da “legitimidade autônoma para a condução do processo”. É que, com visto na citada passagem doutrinária de Nelson Nery Jr., o jurista justifica a pertinência desse modelo no fato de que a norma processual elege os legitimados ativos para a promoção dos direitos difusos e coletivos “porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”.

Uma análise rasa desse argumento poderia levar a crer que ele seria frontalmente incompatível com a hipótese nuclear deste estudo, que é, precisamente, a legitimidade ativa do indivíduo para as ações coletivas.

Entretanto, é preciso visualizar que, quando o autor se refere a “seus titulares”, tem ele em mente exatamente aqueles declinados no art. 81, incisos I e II, do CDC como titulares, respectivamente, dos direitos difusos e coletivos, quais sejam, “pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I) e “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II).

Nessa perspectiva, parece realmente haver uma impossibilidade material; uma impraticabilidade da presença em juízo desses titulares “individualmente” para que se viabilize a tutela dos seus direitos e interesses, seja em razão da indeterminabilidade; da difusão geográfica; do elevado quantitativo demográfico, ou de qualquer outro fator que torne inviável a sua presença individualizada e concomitante em juízo.

Essa assertiva em nada conflita com a tese central deste estudo, que consiste em admitir, a partir de um modelo aberto (canariano) de pensamento sistemático, a legitimidade ativa do indivíduo – frise-se, no singular – para as ações coletivas. O sujeito ativo da hipótese não é a coletividade (indivisivelmente considerada), o “grupo, categoria ou classe de pessoas” ou o conjunto de vítimas em cuja esfera jurídica se encontram, respectivamente, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas aquele indivíduo que é membro dessas categorias sociológicas atingidas pela lesão ou ameaça ao direito transindividual.

Veja-se que nada obsta a que essa legitimidade ativa do indivíduo membro da classe, extraída do sistema jurídico, tenha o regime jurídico da legitimação autônoma para a condução do processo, até porque, nessa hipótese, o que realmente importa – e isto é o cerne da teoria alemã importada por Nelson Nery Jr. – é a origem normativa da sua legitimação, independentemente de ostentar a titularidade do direito transindividual, daí porque proposta neste trabalho a denominação “legitimidade processual” (*ad processum*) para designar as manifestações do instituto no processo coletivo.

A rigor, considerando que, em tese, a “situação legitimante” que confere legitimidade concreta ao sujeito para a propositura da ação coletiva é apenas a sua admissibilidade como tal no sistema jurídico, a própria exigência de que o indivíduo pertença à classe lesada ou ameaçada de lesão se deve a fatores distintos dos estritamente indispensáveis à sua aptidão para iniciar e conduzir ações coletivas, eis que relacionada mais com a necessidade de controlar a sua representatividade adequada (idoneidade para promover, no caso concreto, a ideal persecução da tutela jurisdicional), tema a que se voltará mais adiante.

Por fim, releva advertir que a imagem do modelo de legitimação *ad causam* do processo coletivo desenhada por este estudo somente se completa na medida em que se perceba, como o fez Ricardo de Barros Leonel²⁰⁷, que “a determinação da legitimação para agir é antes um problema técnico-jurídico do que uma questão de política legislativa”.

Isso é relevante tanto do ponto de vista teórico, quanto pragmático, para compreender que as proposições jurídicas a pretexto de afirmar ou negar a legitimidade *ad causam* da parte devem guardar pertinência com todos os vértices do sistema jurídico e não apenas com a mediação legislativa que tratou expressamente do tema²⁰⁸⁻²⁰⁹.

Ao legislador, como órgão de poder incumbido do relevante mister de inovar originalmente no ordenamento jurídico, é facultada – embora não irrestritamente – a fixação, alteração e restrição, por mera opção de política legislativa, de prazos processuais, ritos de produção de provas, tipos recursais, forma dos atos processuais e, no mais das vezes, de tudo quanto diga respeito a procedimento.

²⁰⁷ *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 155.

²⁰⁸ *Idem*, *ibidem*, onde se lê: “as soluções adotadas têm certa relatividade, pois servem apenas enquanto adequadas à solução dos problemas, verificados na realidade da vida em sociedade e seus desdobramentos no âmbito da jurisdição”.

²⁰⁹ No sentido contrário, de que a atribuição de legitimação ativa coletiva é questão de política legislativa, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 10ª ed. Salvador: JusPodvm, 2016, p. 180.

Mas, constituindo a questão da legitimação *ad causam* problema técnico-jurídico atinente à admissibilidade do processo em si, a instituição, alteração ou restrição da técnica deve efetivamente servir de instrumento dogmático de representação e concretização dos princípios jurídicos, direitos fundamentais e demais normas jurídicas do sistema, a significar que, deficiente ou, de qualquer outro modo, incoerente a mediação legislativa existente com o sistema jurídico no interior do qual opera, há de ser reconhecida sua insuficiência e buscada a solução jurídica concreta (proposição jurídica) a partir de outros elementos integrantes desse mesmo sistema.

A aceitar-se a capacidade da mediação legislativa deficiente ou incoerente para fundar proposições jurídicas absolutistas, estar-se-ia admitindo um modelo de pensamento sistemático de nítida orientação positivista (com destaque para a pretensão de dedução lógico-formal das proposições jurídicas), o que o primeiro capítulo desta obra tratou de demonstrar inadequado frente aos diversos aportes teóricos da Filosofia e da Teoria do Direito modernas.

Ao fim e ao cabo, tem-se que, uma vez abandonadas as reminiscências individualistas que prejudicam o desenvolvimento da Ciência Processual Coletiva e olhando o instituto da legitimidade *ad causam* apenas no interior do sistema de processo coletivo, o modelo adequado de seu regime jurídico corresponde ao da legitimação autônoma para a condução do processo, ou, como aqui se propõe, legitimidade processual (*ad processum*), em razão do qual não se deve perquirir a titularidade do direito ou interesse afirmado em juízo, mas apenas a previsão expressa ou implícita no sistema jurídico do sujeito postulante como apto a perseguir em juízo a tutela jurisdicional do direito ou interesse apresentado como lesado ou ameaçado de lesão.

3.3.1. O Problema da Classificação do Direito Coletivo (Difuso, Coletivo *Stricto Sensu* ou Individual Homogêneo) e suas Implicações na Legitimação Ativa: uma exortação ao definitivo abandono das reminiscências individualistas que permeiam o processo coletivo

Conforme visto acima, a inconsistência pragmática de lidar com a legitimidade ativa *ad causam* do processo coletivo a partir da tradicional dicotomia legitimação ordinária/legitimação extraordinária faz a concepção corrente da matéria (legitimação extraordinária) ceder espaço para o modelo de legitimação autônoma para a condução do processo – ou, como prefere este estudo, legitimidade processual (*ad processum*) –, que melhor explica as diversas manifestações do instituto, haja vista atender às peculiaridades do processo coletivo, especialmente aos seus princípios norteadores (destaque para o acesso à justiça).

Entretanto, essa inteligência, embora representativa de certo desapego à ideologia individualista do modelo tradicional de tutela de direitos subjetivos, ainda suscita para os autores que a perfilham seria controvérsia interpretativa quando enfrentam a questão da natureza do direito ou interesse objeto da ação coletiva, isto é, se difuso, coletivo, ou individual homogêneo, com severos reflexos nas respectivas formas de legitimação ativa.

Essa controvérsia, bem vistas as coisas, na verdade remonta à formação mesma da Ciência Processual Coletiva, precisamente na lição do processualista que mais contribuiu para consolidação desse ramo do Direito Processual, quem seja, José Carlos Barbosa Moreira.

Lecionou o célebre jurista, na década de 80 dos noventa, que os direitos e interesses coletivos, numa abordagem taxonômica, deveriam ser extremados em dois grupos distintos: de um lado, os “interesses essencialmente coletivos” e, de outro, os “interesses acidentalmente coletivos”. Confira-se a lição do referido autor²¹⁰:

Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a “quota” de um e onde começa a de outro. (...). Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”. Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. (...). Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”.

A tipologia sustentada, dada a proeminência do seu autor, fora largamente incorporada pelo imaginário processual, condicionando fortemente o raciocínio dos processualistas que a ele se juntaram posteriormente na tarefa de tentar construir modelos explicativos da realidade processual coletiva.

O próprio Direito positivo brasileiro, consubstanciado nas definições legais constantes no art. 81, parágrafo único, do CDC²¹¹, não está fundado noutra premissa, senão naquela

²¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil: processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado*. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 174-175.

²¹¹ 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;

bifurcação entre “direitos essencialmente coletivos” e “direitos acidentalmente coletivos”, conforme revela a clara segmentação da disciplina processual dirigida, de um lado, aos direitos difusos e coletivos – assim considerados os “transindividuais, de natureza indivisível” – e, de outro, os direitos individuais homogêneos – isto é, os individuais, de natureza divisível, mas que são tutelados de forma coletiva em razão de mera conveniência judicial (leia-se, acidentalmente), o que, todavia, não lhes retira sua natureza intrínseca, que é individual.

Torna-se corrente, então, a ideia de que haveria dois módulos mediante os quais se prestaria a tutela jurisdicional coletiva: um, destinado à tutela dos direitos essencialmente coletivos, vale dizer, os direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, daí porque “tutela de direitos coletivos”; outro, vocacionado à tutela dos direitos apenas acidentalmente coletivos, consubstanciados nos direitos individuais homogêneos, denominada “tutela coletiva de direitos”.

Perceba-se o traço característico desse último módulo, a justificar seu isolamento do primeiro: coletiva é a tutela jurisdicional dispensada aos direitos; não os próprios direitos que constituem o seu objeto, os quais, pois, conservam sua natureza individual, embora sejam passíveis (note-se o sentido de mera possibilidade, facultatividade) de tratamento judicial coletivo. A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, continua essa corrente doutrinária, decorre de mera opção de política legislativa, mediante o simples expediente de emprestar a técnica processual coletiva para a sua promoção em juízo, a fim de alcançar determinados benefícios²¹².

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.

²¹² Nesse sentido do caráter individual dos direitos individuais homogêneos e, pois, da tutela desses direitos e interesses por meio da técnica coletiva como mera opção normativa (acidente) em prol de resultados mais satisfatórios, duas passagens doutrinárias parecem emblemáticas: primeiro, que “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. (...). ‘Direito coletivo’ é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*. (...). Já 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. (...). 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” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Op. cit., p. 33-35, destaques no original). Segundo, que “é imprescindível que se esclareça, quando da análise do novo modelo de proteção dos direitos individuais homogêneos erigido pelo Código de Defesa do Consumidor, que não se trata propriamente de tutela de direitos coletivos, senão de tutela coletiva de direitos individuais, excepcionalmente concebida pelo sistema processual

Essa fórmula geral de compreensão do sistema de processo coletivo (tutela de direitos coletivos vs. tutela coletiva de direitos), cujo lastro está na aludida dicotomia entre direitos essencialmente e acidentalmente coletivos, exerceu e exerce um fascínio tão grande nos juristas, que jamais será demais acentuar.

Mesmo aqueles que, hoje, insatisfeitos com os limites dos conceitos positivados no art. 81, parágrafo único, do CDC, buscam novos contornos semânticos para os direitos coletivos, acabam por recair na mesma dicotomia excludente elaborada por Barbosa Moreira²¹³.

Segundo parece, contudo, essa é a fonte de incontáveis equívocos da Ciência Processual Coletiva hodierna.

No ponto que interessa a este estudo (legitimação *ad causam*), a abordagem taxonômica e dicotômica brevemente relatada acima importou, entre aqueles que proclamam o modelo de “legitimação autônoma para a condução do processo”, no posicionamento majoritário²¹⁴ no sentido de que o mesmo seria aplicável exclusivamente aos direitos difusos e

para incentivar a justiciabilidade de tais pretensões, que, não fosse a via coletiva, jamais ou dificilmente seriam sequer levadas à apreciação jurisdicional” (VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 68-69). Para completar, confira-se o relato de Fernando da Fonseca Gajardoni a respeito dessa conformação individualista do sistema processual coletivo, precisamente no tocante à construção desse sistema apartado de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos: “a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, por conseguinte, seria uma verdadeira opção de política legislativa. Por serem homogêneos – isto é, de natureza semelhante, padronizados – o legislador teria autorizado o emprego da técnica processual coletiva na defesa destes direitos e interesses individuais, aglutinando-os em uma única demanda (*aglutinação de demandas*), e objetivando os seguintes resultados: a) molecularização dos conflitos (...); economia processual (...); redução de custos (...); uniformidade das decisões (...); aumenta-se o Acesso à Justiça (...). Haveria, então, a tutela de direitos propriamente coletivos (difusos e coletivos) e a tutela coletiva de direitos individuais (individuais homogêneos), ambas, contudo, realizadas através da técnica processual coletiva. A ideologia marcadamente individualista que contamina o processo coletivo brasileiro é sentida na afirmação serem os direitos e interesses acidentalmente coletivos uma ficção jurídica: em realidade, seriam eles direitos individuais que, pelas razões já expostas, poderiam (veja o traço da facultatividade) ser tratados coletivamente (razão da insígnia *acidentalmente coletivos*)” (O processo Coletivo Refém do Individualismo. Op. cit., p. 136-138, destaques no original). Já sob os auspícios do NCPD, mas ainda mantendo a mesma visão individualista acerca dos direitos individuais homogêneos, cf. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 409.

²¹³ A guisa de exemplo, cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual público e direito processual coletivo*. Vol. II, tomo III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 208, destaques no original: “é preferível, destarte, que a classificação tripartite derivada do precitado art. 81 da Lei n. 8.078/1990 – e cujo eco encontra-se em todos os diplomas legislativos que se ocupam de normas de “direito processual coletivo” – seja entendida, apenas e tão somente, como a contraposição que se põe, desde o plano material, entre direitos (e interesses) *individuais* e direitos (e interesses) *transindividuais*, assim atendidos aqueles que trespassem, por suas próprias características ou por razões meramente acidentais, o estado de sujeição de uma só pessoa”.

²¹⁴ Sustentam essa dicotomia entre os modelos de legitimação *ad causam* a depender do direito ou interesse em jogo (se difuso e coletivo, ou individual homogêneo): NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268-269, 594 e 1.339; ALVIM, Eduardo Arruda. *Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 168-169; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 160-161; WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Op. cit., p. 83; SHIMURA, Sérgio. O Papel da Associação na Ação Civil Pública. Op. cit., p. 156; TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. Op. cit., p. 12-13.

coletivos *stricto sensu*, ao passo que, quando a ação coletiva tivesse por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, a legitimação seria extraordinária, por substituição processual.

Reforçaria esse entendimento a dicção do art. 91 do CDC²¹⁵, uma vez que positivaria, no âmbito dos direitos individuais homogêneos dos consumidores – mas que constituiria a regra geral aplicável a todo o sistema –, um modelo categórico de atuação dos legitimados ativos, em nome próprio, no interesse de direito alheio, isto é, segundo a clássica definição de legitimação extraordinária.

Porém, em que pese a eloquência dessa corrente doutrinária, filia-se este estudo à corrente – minoritária, sem dúvida²¹⁶⁻²¹⁷ – que enxerga nos direitos individuais homogêneos não a mera aglutinação ou justaposição de direitos individuais com o escopo de alcançar certos resultados (em que tem relevo o traço da sua divisibilidade), mas, sim, fenômeno de nítida dimensão coletiva, decorrente dos imperativos constitucionais.

Se, para a corrente majoritária, os benefícios de ordem processual e material citados (molecularização de conflitos; economia e eficiência processual; redução dos custos; realização do direito objetivo; uniformidade das decisões; acesso igualitário à justiça etc.) conduzem unicamente à recomendação do empréstimo da técnica processual coletiva para os direitos individuais homogêneos; este estudo, ao contrário, entende que tais proveitos não constituem uma faculdade de que poderia dispor o Estado(-juiz) no exercício da atividade jurisdicional.

²¹⁵ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

²¹⁶ Representam-na atualmente TALAMINI, Eduardo. A Dimensão Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC*. Op. cit., p. 116-119; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Processo Coletivo Refém do Individualismo. Op. cit., p. 138-141; DIDIER JR., Fredie; ZANETE JR. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Op. cit., p. 74-75, com relevante reforço argumentativo na 10ª ed., 2016, p. 75-78; NUNES, Rizzatto. As Ações Coletivas e as Definições de Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 91-92. Embora aderindo inicialmente à conceituação dos direitos individuais homogêneos como essencialmente individuais, mas com ressalvas suficientes para enquadrá-lo nessa corrente, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 22-24 e 31.

²¹⁷ A despeito de minoritária, a corrente tem expressão também judicial: “Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 163.231/SP, Tribunal Pleno, Relator Min. Maurício Corrêa, Brasília, j. em 26.02.1997, DJ 29.06.2001, p. 55).

Tais resultados, por se revestirem da mais elevada expressão fundamental – afinal, parece evidente que eficiência processual, realização do direito objetivo, uniformidade das decisões etc. sejam desdobramentos de valores e princípios constitucionais como igualdade, efetividade da jurisdição, acesso à justiça e razoável duração do processo –, devem obrigatoriamente nortear a atividade jurisdicional do Estado.

O núcleo de afinidade, semelhança ou homogeneidade que partilham os direitos individuais violados ou ameaçados de lesão nos diversos conflitos de massa que caracterizam a sociedade contemporânea não admite seja considerada viável e, pior ainda, normal, a sua tutela atomizada, dispersa por todo o espaço geográfico brasileiro e com alto grau de probabilidade de decisões judiciais conflitantes, sem embargo dos maiores custos processuais e do risco substancial de deficiência na realização do ordenamento jurídico.

Colocar a tutela dos direitos individuais homogêneos num estado de sujeição à opção político-legislativa implicaria necessariamente ter-se que considerar válido o desperdício, em nome do individualismo, da viabilidade de sua tutela enquanto lídimo direito transindividual, logo, mediante o sistema de tutela jurisdicional coletiva, com todos os seus méritos.

Aliás, uma das principais justificativas da cogitada parcela doutrinária para classificar os direitos individuais homogêneos como tendo, em essência, natureza individual (donde extrair-se o rótulo “acidentalmente coletivos”) esconde uma orientação individualista que, segundo se pensa, é precisamente o que lhe turva a visão e impede a percepção do caráter metaindividual dos mesmos: trata-se da tradicional afirmação de serem os direitos individuais homogêneos “subjetivamente determinados e objetivamente divisíveis”, por meio do que pretendem evidenciar a possibilidade de seu múltiplo fracionamento em unidades de direitos subjetivos individuais que seriam passíveis de atribuição à esfera jurídica de cada indivíduo integrante do grupo, do que se seguiria a possibilidade de submissão individualizada da questão ao Poder Judiciário, independentemente da atuação dos demais.

Essa possibilidade de ajuizamento de demandas individuais para tutelar direitos que, de forma ampla, “poderiam” ser vistos como individuais homogêneos – conclui tal corrente doutrinária – asseguraria a sua natureza individual e a mera facultatividade da sua tutela pela via coletiva.

Esse argumento, contudo, padece de grave reducionismo conceitual.

Isso porque os direitos individuais homogêneos, na linha seguida por este estudo, constituem espécie de direitos coletivos que, indivisivelmente considerados, é inconfundível com o simples agrupamento de pretensões individuais, merecendo teorização própria.

Pense-se, por exemplo, a seguinte hipótese: várias instituições financeiras, cada uma delas gerenciadora de uma determinada linha de crédito comum que fornecem aos seus respectivos correntistas, inserem unilateralmente e no curso de relações jurídicas de massa já em desenvolvimento, cláusulas contratuais no regulamento geral da linha de crédito que alteram a metodologia de cálculo dos encargos de manutenção ou inadimplência, com o que passam a auferir maior lucro, mesmo que mediante a majoração da onerosidade para o consumidor desse crédito. A realidade forense indica que os consumidores que recorreriam ao Poder Judiciário para buscar a tutela dos seus direitos, normalmente o fariam apresentando como pedido mediato exclusivamente a restituição do indébito (em dobro) e, muitas vezes, indenização por perdas e danos. Ao fazê-lo, fixariam aí os limites objetivos da demanda, de tal modo que a abusividade da prática bancária, invocada apenas como causa de pedir, passa ao largo da deliberação judicial final, haja vista que, como razão de decidir, ocupará apenas a fundamentação do provimento, mas não a parte dispositiva, o que obstará a formação de coisa julgada material sobre ela e, nessa medida, permitirá a reprodução da discussão em tantos outros casos semelhantes, homogêneos.

Se a doutrina ora criticada se debruçasse sobre esse caso concreto fictício, afirmariam eles que os direitos individuais homogêneos seriam a reunião de todas essas pretensões dos indivíduos cujos direitos hajam sido lesionados pela prática abusiva comum (recorde-se a “origem comum” a que se refere o art. 81, parágrafo único, inciso III, do CDC), tendo lugar a tutela coletiva desses direitos individuais com o escopo de alcançar um resultado prático equivalente a se absolutamente todas as pessoas atingidas pela alteração contratual abusiva houvessem recorrido ao Poder Judiciário e suas demandas julgadas de forma isonômica, com os demais ganhos a que já se aludiu.

Não parece ser assim.

Segundo se pensa, os direitos individuais homogêneos do caso, objeto típico da tutela coletiva, não consistem na aglutinação das pretensões jurídicas em potencial (isto é, já deduzidas ou não em juízo), a fim de viabilizar a tutela jurisdicional de toda a extensão (inclusive repercussões pecuniárias nos respectivos contratos bancários) dos direitos individuais de cada consumidor. Eles constituem, sim, a parcela dessas pretensões individuais que é realmente isomórfica a todos os consumidores lesados, qual seja, o reconhecimento da ilicitude da alteração contratual promovida unilateralmente pelo fornecedor dos serviços e em detrimento dos consumidores em geral (onerosidade excessiva). Trata-se de proveito comum e, nessa medida, indivisível, visando à realização jurisdicional do ordenamento jurídico quanto ao ponto.

Perceba-se que essa realização do direito, no particular, sequer exige de forma inarredável a proteção das repercussões pecuniárias pessoais de cada consumidor, porquanto a própria lei admite, na hipótese de não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano²¹⁸, que a tutela jurisdicional prestada no âmbito da ação coletiva seja liquidada e executada pelos mesmos legitimados à sua condução na fase cognitiva, seja mediante *fuid recovery*, seja com a reversão do produto da execução ao fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), consoante dispõem o art. 100 e seu parágrafo único, ambos do CDC²¹⁹.

Não por outro motivo, aliás, que o art. 95 do CDC estabelece que “em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

Desse modo, a recomposição exata das lesões patrimoniais das vítimas da prática abusiva não constitui o cerne das ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos²²⁰.

A propositura da ação coletiva para a tutela desses direitos visa, sim, à obtenção de uma única utilidade processual indivisível, não por força da estrutura material do direito ou interesse em jogo, mas em razão dos preceitos constitucionais (igualdade, eficiência processual, efetividade da jurisdição, acesso à justiça etc.) que condicionam positivamente o exercício da atividade jurisdicional, à medida que impõem o trato isonômico das questões isomórficas comuns, com a realização do ordenamento jurídico em proveito de toda a coletividade ou conjunto de vítimas.

Alertou para essa visão, de forma precursora em 1995, Alcides Munhoz da Cunha²²¹, cujo ensinamento merece reprodução:

²¹⁸ A referência a dano é imperfeita; a melhor leitura do dispositivo é “lesão”.

²¹⁹ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

²²⁰ No mesmo sentido, TALAMINI, Eduardo. A Dimensão Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos. Op. cit., p. 118, para quem, “para o ordenamento, o sujeito que adota conduta apta a lesar direitos de uma quantidade significativa de indivíduos, merece ser censurado se sancionado especificamente também por isso. Vale dizer: independentemente de sua responsabilidade pela violação do direito de cada indivíduo e independentemente também de sua responsabilidade pela violação de outros direitos difusos ou coletivos correlatos, o sujeito responde, adicionalmente, por haver violado (ou ameaçado efetivamente) a esfera jurídica estritamente individual de uma grande quantidade de indivíduos. O ordenamento censura comportamentos aptos a gerar lesões individuais multitudinárias. Trata-se de uma censura adicional, inconfundível com a responsabilização atinente a cada dano individual”.

²²¹ *Apud* TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 116-117.

Tem-se dito que nestes casos os interesses são individuais e não meta-individuais, porque a própria lei os qualifica como individuais, porém homogêneos, por ter origem comum. Todavia, a despeito deste *nomem in iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõe interesses coordenados e justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que tem origem comum. (...). Enquanto se busca a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção desta condenação.

Perceba-se a guinada ontológica: uma vez retirado o véu individualista que cobre a clássica dicotomia “tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos”, desvela-se o contrassenso e a incoerência interna de que é eivada essa doutrina, para descortinar um novo modo de pensar o processo coletivo.

Não se trata mais de dois modelos processuais para representar dogmaticamente as ideologias e técnicas processuais distintas que devem nortear a tutela jurisdicional, de um lado, dos direitos essencialmente coletivos e, de outro, dos direitos apenas acidentalmente coletivos; mas de um único modelo de processo para tutelar direitos e interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sem qualquer diferença ontológica.

Rompe-se a ideia de que o único ponto de contato dessas categorias seria a técnica processual coletiva (simples favor da lei quanto aos direitos individuais homogêneos), eis que agrupados, agora, na mesma categoria que constitui o substrato jurídico-material das ações coletivas²²².

Isso, entretanto, não significa que as ações coletivas devam ser processadas invariavelmente pelo mesmo rito, sendo avessas a qualquer adaptação procedimental. Quer dizer somente que, *a priori*, deve ser dispensado o mesmo rito processual para o exercício da atividade jurisdicional nas ações coletivas, sejam elas propostas em prol de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

A proclamação da tutela jurídica diferenciada em sede de direitos individuais homogêneos não deve partir *ex ante*, isto é, desde o início do processo, como se o tratamento da matéria devesse ser desde sempre diferente daquele dedicado aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Deve ela afirmar-se no processo apenas na medida em que circunstâncias peculiares aos direitos individuais homogêneos (maior probabilidade de identificação dos lesados; preferência de que as repercussões pessoais da lesão sejam também tuteladas; necessidade de acomodar as ações executivas individuais que se espera

²²² Idem, *ibidem*, p. 112.

sobrevenham à sentença genérica de condenação, entre outros) mereçam um tratamento judicial diferente, e desde que seja para o aperfeiçoamento da sua tutela.

Com isso, parece possível olhar os institutos mais caros à tutela dos direitos individuais homogêneos através de uma nova lente, afastando a timidez com que em geral lei e doutrina tratam a mesma.

No que toca ao objeto nuclear deste estudo, é igualmente recomendável afastar as diferenças e aproximar a disciplina do instituto da legitimação *ad causam*, partindo da premissa de sua aplicabilidade indiscriminada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, justamente por não haver especificidade relevante que permita a distinção.

Nesse sentido, aquela corrente doutrinária (vide nota 202, supra) que sustenta a dicotomia entre os modelos de legitimação *ad causam* a depender do objeto da ação coletiva, vale dizer, legitimação autônoma para a condução do processo quanto aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito e legitimação extraordinária, por substituição processual, quanto aos direitos individuais homogêneos; mostra-se inaceitável.

Essa corrente, conforme anotou Antonio Gidi²²³, carece assim de justificação externa, como de coerência interna na própria formulação das proposições.

O modelo da legitimação extraordinária, à semelhança do que ocorre com os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, é igualmente descontextualizado e insatisfatório para servir de instrumento dogmático de representação adequada dos contornos modernos dos direitos individuais homogêneos.

Assim, libertados os direitos coletivos *lato sensu* da ideologia individualista acima criticada, alternativa não resta, senão compreender que a legitimação ativa *ad causam* para as ações coletivas, seja para tutelar direitos difusos ou coletivos; seja em defesa de direitos individuais homogêneos, segue o modelo da legitimação autônoma para a condução do

²²³ *Coisa Julgada e Litispêndencia em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 43, de cuja crítica se colhe: “uma coisa é dizer que em todas as ações coletivas, seja em defesa de direitos superindividuais, seja em defesa de direitos individuais homogêneos, o que há é uma legitimidade extraordinária. E outra coisa muito diferente é dizer que a legitimidade nas ações coletivas em defesa de direitos superindividuais é ordinária e a legitimidade nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos é extraordinária. Enquanto a primeira posição, em que pese a nossa discordância, é coerente, a segunda peca pela incoerência da própria proposição. Com efeito. Não vemos qualquer diferença ontológica entre as ações coletivas que defendem direitos superindividuais e aquelas propostas em defesa de direitos individuais homogêneos. Em ambos os casos há um titular (comunidade, coletividade ou conjunto de vítimas, conforme se trate de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo) e outro legitimado (LACP, art. 5º, e CDC, art. 82). A divergência deriva do fato de que aqueles que consideram a ação coletiva em defesa de direitos individuais homogêneos como exemplo de legitimidade extraordinária não vêem como titular desse direito o conjunto de vítimas indivisivelmente considerado, mas cada uma das vítimas como titular do seu direito individual”.

processo²²⁴, ou como é preferível, simplesmente legitimação processual (*ad processum*), extirpando definitivamente do juízo de admissibilidade das mesmas qualquer cotejo com a titularidade dos direitos materiais envolvidos.

Seguindo esse modelo, qualquer que seja o direito coletivo objeto da ação coletiva proposta, deve o juízo de admissibilidade ficar adstrito, no que se refere à legitimidade *ad causam*, à aferição de previsão expressa ou implícita no sistema jurídico do sujeito postulante como apto a perseguir em juízo a tutela jurisdicional do direito ou interesse apresentado como lesado ou ameaçado de lesão.

Outrossim, seguindo a mesma premissa sobre a qual repousa este capítulo, qual seja, da necessidade de libertar o processo coletivo da ideologia individualista secular que o aflige, deve-se ter em mente que todas as demais proposições deste estudo, salvo expressa ressalva, terão como referência as ações coletivas em geral, seja qual for o direito coletivo que figure como objeto da tutela pretendida (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

4. CONCLUSÃO

Pretendeu-se com este capítulo apresentar um panorama geral do tratamento dogmático e da Ciência Processual (acompanhados do posicionamento deste estudo) acerca de pontos cardeais da legitimidade *ad causam*, a saber: conceito, o seu regime jurídico tradicional (CPC/73); os regimes adotados pelo sistema processual civil em vigor (NCPC); o modelo adequado para o processo coletivo e a problemática relativa à classificação do direito coletivo e as vicissitudes processuais dela supostamente decorrentes.

As incursões descritivas e críticas deste capítulo tiveram o propósito maior de por a descoberto a necessidade imperiosa de libertar o processo coletivo do estado de sujeição aos (pre)conceitos individualistas do processo voltado à tutela individual de direitos subjetivos.

Nessa toada, constata-se o desacerto da própria afirmação, sem maiores digressões, de constituir o processo coletivo mero subsistema ou microssistema no interior do Processo Civil – afirmação essa tão corriqueira nos estudos sobre o tema e muitas vezes até irrefletida –, uma vez que os princípios, regras de interpretação, ideologia e desideratos subjacentes à tutela

²²⁴ Também endossam essa concepção: GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 41-44; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 215-217; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 499-501; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Processo Coletivo Refém do Individualismo*. Op. cit., p. 149-151.

coletiva evidenciam de forma inequívoca a autonomia disciplinar da matéria, cujas controvérsias, portanto, exigem um trato autóctone e genuíno.

Óbvio que não se deve descartar toda a tradição da Ciência Processual a respeito dos institutos e técnicas processuais que o processo coletivo partilha com o processo civil comum.

Apenas se deve ter em mente que as proposições do processo civil comum têm lugar apenas como hipóteses de trabalho úteis a iniciar o debate jurídico, mas que sempre podem ser superadas, se assim o recomendarem os fundamentos próprios do processo coletivo.

Essa intelecção, aliás, mostra-se ainda mais latente quando se tem em mira a legitimação *ad causam* do processo coletivo, à medida que a absoluta impraticabilidade da presença em juízo dos titulares dos direitos que constituem seu objeto típico (direitos e interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) conduzem à inconsistência pragmática de lidar com as categorias clássicas do processo civil comum, vale dizer, legitimação ordinária e legitimação extraordinária.

As peculiaridades do sistema de processo coletivo, então, tornaram propícios novos estudos sobre o tema, donde emergira a teoria da “legitimação autônoma para a condução do processo” que, como visto, consiste no modelo de legitimação que melhor concretiza os impulsos do processo coletivo e, pois, racionaliza as manifestações do instituto.

Espera-se que essa ilação, ao lado das demais ponderações deste capítulo, tenha sido hábil a edificar um caminho sólido tanto para a melhor interpretação das categorias analisadas, quanto para permitir ao processo coletivo que se anime com novas controvérsias, única maneira de expandir os limites de sua aplicação e consolidar sua afirmação como via adequada – e bem-aventurada – de solução de conflitos.

CAPÍTULO III
REVISITANDO A LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* À LUZ DO
PENSAMENTO SISTEMÁTICO: POR UM NOVO MODELO DE
ADMISSIBILIDADE PARA O PROCESSO COLETIVO

1. INTRODUÇÃO

Este derradeiro capítulo, diferentemente dos que lhe antecederam, não pretende investigar questões afetas a campos específicos do conhecimento; propõe-se, ao contrário, a cotejar a legitimação *ad causam* à luz dos diversos aportes teóricos oriundos da Filosofia, da Teoria do Direito e da Ciência Processual já desenvolvidos.

Buscará, pois, levar adiante o esforço de pensar a problemática central deste estudo não apenas do ponto de vista tradicional do processualista – a norma processual –, mas também a partir de outras perspectivas jurídicas, tão fecundas para alargar o campo de possibilidades resolutivas das controvérsias processuais.

Obviamente que o intento de arquitetar a síntese proposicional das ilações feitas até aqui não excluirá a necessidade de abordar novos conteúdos jurídicos, tarefa essa da qual este estudo não deixará de desincumbir-se, até para aprimorar a base informacional que se reputa indispensável à boa compreensão das asserções finais.

De todo modo, será inevitável a retomada de noções anteriormente fixadas, daí porque conveniente proceder a uma breve visitação dos principais apontamentos dos capítulos anteriores, ao que se convida o leitor para o tópico seguinte.

2. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES PARCIAIS

No primeiro capítulo deste trabalho, o objeto central foi o pensamento sistemático.

Por meio de um inicial esboço histórico-semântico, procurou-se demonstrar a conformação tradicional da noção de sistema que se tornou o fundamento sob o qual repousa todo o conhecimento científico ocidental, cujas características principais são a) sua pretensão de completude e coerência; b) sua associação com as ciências exatas; c) sua estruturação dedutiva envolvendo axiomas iniciais e teoremas deles derivados; d) identificação dos axiomas com as normas do Direito Positivo e e) utilização da lógica formal para as operações intelectivas.

Filosofia e Teoria do Direito, contudo, foram responsáveis por determinados aportes teóricos que não deixaram passar incólume esse modelo clássico de pensamento sistemático.

O primeiro deles, de cariz filosófico, consistiu no movimento denominado de reviravolta linguístico-pragmática, o qual criticou a concepção semântica da linguagem até então corrente na tradição filosófica, que a via como mera condição de possibilidade da comunicação de um conhecimento previamente obtido por meio da razão humana (solipsista) – modelo em que sobressai a função designativa de linguagem –, para prestigiar uma concepção pragmática da linguagem, com ênfase ao pragmatismo desenvolvido no domínio do discurso.

Em sua obra “Investigações Filosóficas”, Wittgenstein inaugura esse movimento com a afirmação precursora de inexistência da essência que constituía a base ontológica da designação e, com isso, denuncia o reducionismo linguístico de que era contaminada a concepção lógico-semântica de linguagem. Ao demonstrar a ilusão epistemológica que encerrava a crença na essência dos objetos e, portanto, das palavras e expressões que os designavam, o filósofo vienense oferece a compreensão de que enunciados linguísticos não possuem significados definitivos, fixados desde sempre e para sempre, mas, ao contrário, apenas adquirem significado específico no interior de um jogo de linguagem concreto desenvolvido num contexto dialógico, isto é, no seu uso na linguagem.

Uma asserção qualquer recebe sua significação completa apenas no contexto situacional em que é empregada e somente para ela, não se admitindo posições cognitivas absolutistas, dado o reconhecimento da inidoneidade da linguagem para fundar significações definitivas e não situacionais.

Com ele, pois, a linguagem é alçada ao patamar de condição de possibilidade do próprio conhecimento humano, de tal sorte que a formulação dos enunciados linguísticos e seus significados específicos são igualmente possibilitados pela linguagem e, além disso, materialmente concretizados no interior de discursos intrinsecamente conectados com a prática social e o contexto histórico em que são levados a cabo.

O segundo aporte teórico a que se referiu, por sua vez, já se desenvolveu no campo da Teoria do Direito, constituindo-se na aplicação dessa concepção pragmática da linguagem para o pensamento jurídico, na tentativa de aproximá-lo das ciências empíricas: trata-se da tópica jurídica, resgatada por Viehweg.

A esta altura, importa lembrar que a tópica, estilo de pensar orientado pelos e para os problemas, teve o mérito de perceber que as regras do Direito Positivo, enquanto invariavelmente compostos por signos linguísticos, são inidôneos para fixar de maneira definitiva o quadro de respostas jurídicas a todos os problemas passíveis de surgimento no seio das sociedades, apontando a negligência do modelo tradicional de pensamento

sistemático quanto ao papel do discurso, da retórica e do caso concreto para a formulação das proposições jurídicas e para a compreensão das próprias normas jurídicas.

O terceiro e último aporte teórico trabalhado no primeiro capítulo adveio das críticas de Perelman ao modo como os juristas enxergavam as normas do Direito Positivo, precisamente para evidenciar que as premissas do sistema (seus axiomas), antes apodícticas ou garantidas pela evidência, na verdade são compostas de palavras que podem ser tomadas em vários sentidos e incluir noções vagas ou confusas. Nessa esteira, a lógica formal subjacente ao modelo tradicional de pensamento sistemático esconde um problema de escolha e decisão quanto a saber se também as premissas do sistema são fundadas, para o que se torna indispensável o fornecimento das razões da decisão para obter-se adesão à solução imaginada.

Essa polissemia ou equivocidade das palavras atingiu a pretensão da lógica formal de que as proposições jurídicas fossem compreendidas como juízos necessariamente impostos pela verdade hipotética dos axiomas e do respectivo método silogístico de dedução, fazendo-a ceder espaço para o desenvolvimento da lógica argumentativa, na qual a arbitrariedade da escolha das premissas do sistema, em função da inevitabilidade da interpretação e dos juízos de valor também para sua captação cognitiva, é substituída pela justificação persuasiva das mesmas.

Nesse caso, as proposições jurídicas do sistema deixam de ostentar a condição de imposição inevitável, para se revestirem da condição de enunciados meramente plausíveis, aceitáveis ou razoáveis, cuja correção no caso concreto será determinada pela persuasão dos argumentos que subsidiam a sua visualização como mais justificada diante das múltiplas possibilidades interpretativas disponíveis.

A correção das proposições jurídicas, pois, é garantida pragmaticamente pela justificação persuasiva das mesmas, calcada na sua maior razoabilidade ou “aceitabilidade racional”, para o que assumem singular relevo os princípios jurídicos.

Frente a todos esses desenvolvimentos teóricos no campo da linguagem, do pensamento jurídico e da lógica jurídica, paulatinamente vai tomando forma na Teoria do Direito uma nova noção de sistema e, pois, de pensamento sistemático, até culminar naquele modelo de raciocínio que parece reunir as maiores virtudes cognitivas: o sistema aberto de Canaris.

Baseado na adequação valorativa e unidade interna como elementos fundantes do sistema, Canaris reformula o pensamento sistemático no sentido de abandonar a lógica formal e abraçar a construção racional – isto é, argumentativa – das proposições jurídicas, de tal modo que o sistema jurídico ofereça respostas razoáveis para todos os problemas.

Institutos jurídicos, conceitos e normas jurídicas gerais, vértices que também atuam na formação do sistema, passam a ter como elemento unificador os princípios gerais de direito, cujo grau de previsibilidade e consequência torna possível e, mais que isso, imprescindível sua consideração valorativa no processo cognitivo de obtenção do conteúdo do Direito e das proposições jurídicas.

Canaris igualmente rejeita que o sistema jurídico possua enunciados linguísticos, ou comandos jurídicos, nele aprioristicamente imanentes, uma vez que a sua abertura significa exatamente sua incompletude, provisoriedade, modificabilidade e possibilidade de desenvolvimento.

Isso porque o sentido e a extensão de determinada norma componente do sistema apenas se deixam revelar mediante um discurso que abranja texto normativo, princípios gerais do Direito, historicidade e caso, atuando norma e problema num “processo dialético de esclarecimento duplo”; não mais tendo espaço, portanto, um raciocínio sistemático que aspire a soluções deduzidas lógico-formalmente do sistema, porque o próprio sistema somente se torna inteligível a partir de um discurso dialógico.

A versão moderna de pensamento sistemático, como se vê, não mais descuida o permanente processo de criação de significados linguísticos que se desenvolve em cada discurso, exigindo, portanto, uma postura cognitiva que proceda sempre à presentificação dos textos normativos, adaptando-os à realidade social em que incidentes, o que se dá com o auxílio do próprio caso e dos princípios jurídicos do sistema, tudo no bojo de um diálogo que culmine numa síntese deliberativa que possa ser vista, afinal, como produto de todo esse raciocínio.

Eis aí o modelo de pensamento sistemático que este estudo entende como mais consentâneo com o marco teórico da atualidade e que, desse modo, deve servir de paradigma cognitivo a nortear os juízos deliberativos voltados à solução de controvérsias jurídicas.

Já no segundo capítulo, viu-se inicialmente que a legitimidade *ad causam* consiste na aptidão, prevista no sistema jurídico, para ostentar em juízo alguma posição jurídica tutelável, viabilizando a prática, relativamente a certa situação fática concreta, de atos postulatórios visando à tutela jurisdicional de interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Talvez o instituto mais crítico derivado da teoria eclética da ação (condições da ação) legada à Ciência Processual brasileira por Liebman, tal instituto fora largamente absorvido pelo CPC/73, tendo permanecido no NCPC como categoria que sintetiza a aptidão para a deflagração e condução de processos e incidentes processuais.

Registrou-se igualmente que o seu critério tradicional de imputação, consistente na estrita correspondência entre os sujeitos da relação processual e os titulares do direito material deduzido em juízo (pertinência subjetiva da ação), constitui o modelo denominado de legitimação ordinária, o qual, embora ainda idôneo para situações em que a titularidade do objeto litigioso possa ser devidamente individualizada, não se presta a explicar outras expressões da realidade.

A partir da premissa, fixada no primeiro capítulo deste estudo, de rejeição a conceitos que aspirem a enunciados absolutistas e não situacionais, com a pretensão de aplicação em todos os contextos, passou-se a investigar novos contornos para o instituto segundo os diversos contextos em que inserido, dentre os quais o NCPC e o processo coletivo.

Nesse particular, verificou-se que o NCPC, além de adotar o modelo de legitimação ordinária como regra (expressa no art. 18), passou a admitir expressamente que pessoas postulassem em juízo em nome próprio, mas buscando a tutela de direito alheio (a exemplo da atuação do assistente simples diante da revelia ou omissão do assistido – art. 121, parágrafo único – e do alienante ou cedente do objeto litigioso enquanto não promovida a sua sucessão processual pelo adquirente ou cessionário – art. 109), fenômeno que encerra o modelo designado de legitimação extraordinária.

O novel Diploma processual, contudo, não parou por aí e instituiu situações que, a despeito de se valerem do instituto da legitimação *ad causam*, não encontram páreo nos Códigos de Processo Civil que lhe antecederam: trata-se do modelo de legitimação previsto para o microsistema de formação concentrada de precedentes (IAC e IRDR), em que a aptidão para a deflagração e condução dos incidentes é atribuída diretamente pela norma processual às pessoas e entes nelas declinados, isso sem qualquer alusão à titularidade do direito substancial deduzido em juízo.

A novidade exige destaque: em virtude da impossibilidade prática de identificação do(s) titular(es) do interesse prestigiado pelos incidentes (formação íntegra e coerente de precedentes vinculantes, para fins de desenvolvimento do Direito e equacionamento das demandas repetitivas futuras), os legitimados ativos indicados nas normas processuais (art. 947, § 1º, para o IAC e art. 977 para o IRDR) tiveram a si atribuída a aptidão para validamente provocar a atividade jurisdicional idealizada, sendo que, ao fazê-lo, apresentam-se em juízo unicamente sob o pálio da norma processual, sem qualquer exigência de pertinência subjetiva com o objeto litigioso, haja vista sequer investigar-se a titularidade própria ou alheia do direito.

Esse padrão de legitimação, ao que tudo indica, partiu da mesma constatação há muito proclamada na seara do processo coletivo, qual seja, a da inconsistência pragmática de lidar com a legitimidade ativa *ad causam* a partir da tradicional dicotomia legitimação ordinária/legitimação extraordinária, o que cedeu espaço para o surgimento de novo modelo explicativo das diversas manifestações do instituto, consistente na teoria tedesca da “legitimação autônoma para a condução do processo”, ou, como este estudo reputa tecnicamente mais apropriado, legitimação processual (*ad processum*).

O despertar da Ciência Processual para a necessidade premente de abandono das reminiscências do individualismo típico dos sistemas processuais de orientação liberal suscitou igualmente a revisitação dos conceitos e institutos mais cardeais do processo coletivo.

No que toca ao objeto nuclear deste estudo, verificou-se que o problema da determinação de legitimidade para agir não constitui questão livremente franqueada à política legislativa, uma vez que traduz, antes, problema técnico-jurídico afeto à admissibilidade de atos postulatórios (acesso à justiça). Em razão disso, é deferido ao intérprete perscrutar se a mediação legislativa existente sobre o tema é efetivamente idônea a servir como instrumento dogmático de representação das diretrizes fundamentais do sistema jurídico (princípios jurídicos, direitos fundamentais e demais normas que o compõem), inclusive para reconhecer, diante de eventual deficiência ou incoerência com o sistema jurídico no interior do qual opera, sua insuficiência para fixar de forma vinculativa as soluções jurídicas concretas acerca da existência ou não de legitimidade *ad causam*.

Por fim, registrou-se que a tradicional tendência de separar o sistema de tutela coletiva entre módulos distintos de desenvolvimento da atividade jurisdicional (“tutela de direitos coletivos” x “tutela coletiva de direitos”), em cujo lastro está, aliás, a tipologia dicotômica de Barbosa Moreira que extrema, de um lado, os “direitos essencialmente coletivos” (difusos e coletivos *stricto sensu*) e, de outro, os “direitos acidentalmente coletivos” (direitos individuais homogêneos), não mais condiz com o atual estágio de evolução da Ciência Processual, eis que negligencia a dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos.

A reverberação irrefletida dessa dicotomia como ponto de partida da tutela coletiva, como ficou demonstrado, encerra uma compreensão individualista do papel da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, haja vista que o reconhecimento legislativo dessa categoria de direitos não constitui mero favor da lei no sentido de emprestar a técnica processual coletiva em prol de benefícios judiciais (molecularização de conflitos, economia e eficiência processual, redução dos custos, realização do direito objetivo, uniformidade das

decisões, acesso igualitário à justiça etc.); antes esses resultados, porque lícitos desdobramentos de princípios constitucionais (igualdade, efetividade da jurisdição, acesso à justiça, razoável duração do processo, entre outros), regulam positivamente o exercício da atividade jurisdicional do Estado e, nessa medida, tornam inadmissível que o núcleo de homogeneidade dos direitos de massa seja tutelado de maneira atomizada, dispersa geograficamente, com alto grau de probabilidade de decisões judiciais divergentes e até conflitantes, exigindo maiores custos processuais e com risco substancial de deficiência na realização do ordenamento jurídico.

À vista da sustentada expressão coletiva dos direitos individuais homogêneos, rompe-se aquela dicotomia modular que condicionava a prestação da tutela jurisdicional coletiva e se estabelece no seu lugar um único modelo de processo, cujo ponto de partida é, a partir de então, a aplicação apriorística do mesmo rito processual para o exercício da atividade jurisdicional nas ações coletivas, sejam elas propostas em defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Nesse sentido, concluiu-se que a legitimação ativa *ad causam* do processo coletivo segue o modelo da legitimação autônoma para a condução do processo, ou, como é preferível, simplesmente legitimação processual (*ad processum*), devendo o juízo de admissibilidade das ações coletivas ficar adstrito à aferição de previsão no sistema jurídico do sujeito postulante como apto a perseguir em juízo a tutela jurisdicional do direito ou interesse apresentado como lesado ou ameaçado de lesão.

É chegada a hora de avançar.

Põe-se este estudo, agora, diante do desafio de revisitar, sob os auspícios do pensamento sistemático canariano e demais aportes teóricos até aqui abordados, institutos e conceitos processuais com reflexos diretos na problemática da legitimidade ativa *ad causam* do processo coletivo, em busca de novos horizontes de possibilidades.

Para cumprir essa tarefa, entretanto, antes é necessário aprofundar o problema que inquietou e animou o desenvolvimento deste estudo, consistente na visão corrente na dogmática processual acerca da mediação legislativa existente sobre a legitimação ativa *ad causam* para as diversas ações coletivas.

3. A ESTRUTURA NORMATIVA ORDINÁRIA E A DOGMÁTICA PROCESSUAL A RESPEITO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NAS AÇÕES COLETIVAS: A PRETENSA EXCLUSÃO DO INDIVÍDUO

Como já visto na introdução deste estudo, o sistema processual coletivo brasileiro não conta com um código de processo coletivo positivado, defluindo, sim, da conjugação de diversos diplomas normativos dispersos no ordenamento jurídico, cada um deles voltado à proteção de certos direitos e interesses, mas que, por compartilharem fundamentos e finalidades comuns, podem ser visualizados numa compreensão macrossistemática como ramificações do processo coletivo para atender determinadas peculiaridades de bens jurídicos específicos.

Esses diplomas jurídicos, outrossim, dão concreção às aspirações e anseios de sua época, dispensando tratamento próprio e muitas vezes diferenciado para a grande maioria dos institutos processuais centrais do processo, neles incluída a legitimação para agir.

Dentre eles, talvez o instrumento judicial mais longínquo que tenha despertado a formação do sistema de tutela coletiva seja a Lei nº 4.717/65, que disciplina a ação popular (LAP)²²⁵.

A relevância da LAP para este estudo é capital. Quando se tangencia, nos dias atuais, a questão da legitimidade do indivíduo para as ações coletivas, é a ela que se recorre como a primeira e até hoje mais expressiva experiência brasileira com esse modelo, sendo a ela tributadas as virtudes e mazelas dessa possibilidade.

Isso porque, conquanto voltada, desde a sua promulgação em 1965, à tutela de bens jurídicos de inequívoca dimensão coletiva, a saber, os bens e direitos de valor artístico, estético ou histórico, seu art. 1º instituiu como legitimado ativo o cidadão, pessoa física²²⁶.

A redação originária do § 1º do art. 1º, que considerava tais bens e direitos como incluídos na definição do patrimônio público que constituía o alvo precípua da ação popular, ainda fora modificada em 1977, com a promulgação da Lei nº 6.513, para abranger também os bens e direitos de valor turístico.

²²⁵ Aqui se tem em mente as leis que tiveram maior expressão para a formação do sistema processual coletivo que a Ciência Processual hoje identifica, mas não se ignora a existência de outras manifestações legislativas com inequívoco viés coletivo. Pode-se noticiar, por exemplo, o Decreto Legislativo nº 21.761, de 23 de agosto de 1932, que inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro a convenção coletiva de trabalho, cuja regulação, embora dirigida precipuamente para o âmbito extrajudicial, tem nítida preocupação com direitos e interesses de categorias econômicas e profissionais inteiras, à semelhança do tratamento coletivo que possuem as leis coletivas hodiernas.

²²⁶ Diz o art. 1º: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.

Mas foi em 1988, com o advento da Constituição Federal, que o campo objeto da ação popular fora sobremaneira alargado, porquanto o inciso LXXIII do seu art. 5º tornou admissível tal remédio constitucional também para a tutela da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural, para o que, aliás, ratificou a legitimidade exclusiva do cidadão para a sua propositura. Confira-se a íntegra do dispositivo constitucional:

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

A ação popular, portanto, passou a representar uma das vias mais expressivas de tutela de direitos coletivos, conferindo ao cidadão uma ação judicial apta a viabilizar o seu acesso direto a uma prestação jurisdicional que responda à sua afirmação de lesão ou ameaça a bens e direitos de índole coletiva.

Além de majorar a efetividade e proteção de bens e valores extremamente caros à nova ordem constitucional, tal ampliação das hipóteses de cabimento da ação popular teve o importante condão de viabilizar ao cidadão sua imersão no controle da coisa pública (*res publica*)²²⁷, em clara satisfação de um paradigma de democracia participativa.

Ao fim e ao cabo, por meio da ação popular ajuizável pelo cidadão, o Poder Judiciário é instado a controlar, à luz do ordenamento jurídico, a compatibilidade de diversos atos jurídicos, até mesmo aqueles reservados à discricionariedade administrativa, com os bens e direitos individuais e coletivos alçados à condição de fundamentais pela Constituição Federal.

Trata-se, a toda evidência, de espécie de ação coletiva²²⁸ que visa a tutelar, precipuamente, direitos difusos²²⁹, não sendo exagero afirmar, como o fez acertadamente

²²⁷ No mesmo sentido, cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 36, destaque no original, segundo o qual “pela ação popular o processo é chamado a operar como um instrumento para um diferenciado *controle externo* da gestão da coisa pública, pela iniciativa de um integrante da sociedade civil, para além, portanto, do controle interno, imanente a toda Administração, e mesmo do *controle externo institucional*, feito pelos Tribunais de Contas (CF, art. 71)”.

²²⁸ Isso porque “uma ação recebe a qualificação de ‘coletiva’ quando através dela se pretende alcançar uma *dimensão metaindividual*, e não pela mera circunstância de haver um cúmulo subjetivo em seu pólo ativo ou passivo (...). Na verdade, uma ação é *coletiva* quando algum nível do universo coletivo será atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espraiando assim seus efeitos, seja na notável dimensão dos interesses difusos, ou ao interior de certos corpos intercalares onde se aglutinam interesses coletivos, ou ainda no âmbito de certos grupos ocasionalmente constituídos em função de uma *origem comum*, como se dá com os chamados ‘individuais homogêneos’ (...)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. Op. cit., p. 42, destaques no original).

²²⁹ No mesmo sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 434.

Gregório Assagra de Almeida²³⁰, que sua peculiaridade ativa – qual seja, a de ser o seu legitimado ativo o próprio cidadão (co)titular do direito lesado ou ameaçado de lesão e isso com fundamento na sua participação democrática garantida constitucionalmente – a torna “a espécie de ação coletiva mais legítima que existe”.

Muitas intempéries, contudo, fizeram face à consolidação da ação popular como via perene de tutela jurisdicional provocada pelo cidadão, frustrando grande extensão das potencialidades desse remédio constitucional tão caro à democracia. E vários são os enfoques a partir dos quais se pode retratar essas restrições ao ideal manejo da ação popular.

No tocante à problemática estrita deste estudo, é possível colher na doutrina fatores de ordem histórica, política e técnico-jurídica que fizeram malograr a outorga da legitimação ativa ao indivíduo para a defesa de direitos coletivos.

Entre os fatores históricos e políticos, por exemplo, Elton Venturi²³¹ ressalta o ambiente autoritário pouco propício a questionamentos, partidos da iniciativa popular, dos atos do Estado no período em que houve a regulamentação da Lei nº 4.717/65, o qual se manteve assim até que fosse restabelecido um regime democrático, mas que possui reflexos diretos no manejo atual da ação popular, dado o histórico “amesquinamento do próprio conceito de cidadania”.

Mas foram os fatores técnico-jurídicos, segundo parece, os mais perniciosos à legitimação do indivíduo para a tutela coletiva.

Isso porque, conforme relatou o mesmo jurista²³², há “enormes dificuldades na obtenção de informações, pelo cidadão, de documentos hábeis a demonstrar a ilegalidade e a lesividade do ato administrativo”, bem como “entraves procedimentais decorrentes da formação de litisconsórcio passivo necessário referido pela Lei da Ação Popular”, o que certamente contribuiu e continua a contribuir para a atuação extremamente tímida do cidadão por meio da ação popular²³³.

Outro fator que torna a ação popular um instrumento pouco efetivo é o desvirtuamento político-ideológico na sua utilização²³⁴, uma vez que frequentemente é manejada como meio

²³⁰ Idem, *ibidem*.

²³¹ *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 169.

²³² Idem, *ibidem*.

²³³ No mesmo sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 435-436, para quem “um dos problemas mais graves que giram e torno da ação popular é a apatia do cidadão em relação à sua utilização. Muitas vezes se conta nos dedos a quantidade de ações populares ajuizadas em uma comarca durante o ano todo (...). O cidadão brasileiro ainda não despertou para a importância da ação popular”.

²³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 435.

de mera oposição político-partidária. Essa tredestinação da ação popular tem o condão de atrair certa aversão judicial a essa ação constitucional, minando o seu emprego mesmo quando exercida como lúdima ferramenta de resguardo do patrimônio público.

Há ainda um último problema técnico-jurídico digno de nota, considerado o mais deletério para a ação popular, uma vez que tolhe a atuação do indivíduo independentemente dos problemas pontuados até aqui: trata-se do próprio regime jurídico da ação popular e da sua interpretação demasiadamente restritiva por doutrina e jurisprudência.

Entre as mais graves controvérsias que permeiam tanto o juízo de admissibilidade quanto o juízo meritório da ação popular estão, por exemplo, a concepção restritiva de cidadão para efeitos de imputar-se legitimidade ativa ao indivíduo²³⁵; a exigência de ilegalidade e lesividade do ato impugnado ao patrimônio público como pressuposto inarredável para a tutela a ser prestada²³⁶; os limites de cabimento desse remédio constitucional para impugnar atos administrativos discricionários²³⁷ e a interpretação restritiva do objeto litigioso passível de dedução por meio desse instrumento²³⁸⁻²³⁹.

²³⁵ Para ilustrar essa problemática, confira-se o seguinte acórdão do TJDF, proferido no julgamento do RMO 20130110423689: “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. LEGITIMIDADE ATIVA RESERVADA AO CIDADÃO. DIREITO E GARANTIA FUNDAMENTAL. DEMONSTRAÇÃO. TÍTULO DE ELEITOR. REQUISITO INDISPENSÁVEL. NÃO APRESENTAÇÃO. EXTINÇÃO DA PRETENSÃO POPULAR, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPERATIVO LEGAL. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. 1. A ação popular consubstancia direito e garantia fundamentais reservados ao cidadão como instrumento de exercício da cidadania e tutela dos direitos coletivos inerentes à preservação do patrimônio público contra atos que podem lesá-lo, e, como instrumento inerente à cidadania, seu manejo é reservado a todo e qualquer cidadão que esteja no pleno exercício dos seus direitos políticos, pois inerente à cidadania o poder de escolher os governantes e, por extensão, controlar seus atos no molde legalmente encadeado. 2. Consubstanciando a ação popular instrumento de controle reservado ao cidadão, somente a pessoa física alistada como eleitora e no pleno gozo dos direitos políticos ostenta legitimidade para manejá-la, derivando que, não evidenciando o autor popular sua condição de eleitor, a despeito da oportunidade conferida para demonstrar essa qualidade, deve ser afirmada sua carência de ação, sob o prisma da ilegitimidade ativa, pois pressuposto genético da formulação da pretensão popular a detenção da condição de eleitor e sua comprovação mediante a exibição do título de eleitor (CF, art. 5º, LXXIII; Lei nº 4.717/65, art. 1º, 3º). (...)”.

²³⁶ Nesse sentido, é o julgamento do STF no AI 561.622 AgRg/SP, no qual restou sufragado: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR. PRESSUPOSTOS. LESIVIDADE AO ERÁRIO. PRESUNÇÃO DECORRENTE DA ILEGALIDADE DO ATO PRATICADO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO. OFENSA REFLEXA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, para o cabimento da ação popular, a própria ilegalidade do ato praticado pressupõe a lesividade ao erário. (...)”. No mesmo sentido, o seguinte precedente do STJ, firmado no julgamento do EREsp 260821/SP: “ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CABIMENTO. ILEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. NECESSIDADE. 1. O fato de a Constituição Federal de 1988 ter alargado as hipóteses de cabimento da ação popular não tem o efeito de eximir o autor de comprovar a lesividade do ato, mesmo em se tratando de lesão à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. (...)”.

²³⁷ Veja-se, nesse particular, o acórdão do TJE/MT no julgamento da Apelação nº 0046050-97.2006.8.11.0000: “REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO - AÇÃO POPULAR - PRETENSÃO FUNDADA NA ALEGADA LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E À COLETIVIDADE DE MUTUÁRIOS - PEDIDOS JULGADOS IMPROCEDENTES - PRELIMINAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO ALEGANDO

Isso tudo sem poder-se olvidar de que o âmbito de utilização da ação popular sempre padeceu de uma redução própria do seu regime jurídico, uma vez que, enquanto vocacionada à invalidação de atos lesivos ao patrimônio público em sentido amplo, os sujeitos aptos a compor o polo passivo da relação jurídico-processual desencadeada pela ação popular são apenas as pessoas públicas ou privadas e demais entidades de cujo patrimônio participe o erário, a teor do que dispõe a própria regra do art. 6º da LAP²⁴⁰.

Ao fim e ao cabo, tem-se que o exercício regular da garantia constitucional da ação popular somente admite figure como sujeito passivo o próprio Estado *lato sensu*²⁴¹.

E a óbvia consequência dessa limitação legal reside na inadmissibilidade do seu exercício quando, a despeito de afirmar-se lesão ou ameaça aos direitos difusos referidos nas normas que lhe instituem – como o meio ambiente e o patrimônio histórico, cultural, artístico e paisagístico –, a ilicitude for protagonizada por pessoa jurídica privada de cujo patrimônio não participe o Estado, ou por pessoas físicas.

Pense-se, para ilustrar essa restrição subjetiva, na hipótese de danos ambientais provocados por empresa privada exploradora de alguma matéria prima; ou em pessoa, física

FALTA DE REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO ACOLHIDA - RECURSO NÃO CONHECIDO - MÉRITO – ATO ATACADO DISCRICIONÁRIO - FALTA DE PROVA SOBRE A LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - NÃO CABIMENTO DA AÇÃO POPULAR CONTRA ATO LESIVO PRESUMIDO - PRECEDENTES DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Descabe ação popular contra ato discricionário, sobretudo quando não demonstrada a lesividade denunciada, porquanto não cabe ao Judiciário invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais conveniente ou oportunos, porque tal valoração é inerente à Administração Pública. De acordo com os precedentes do STJ (REsp 260.821-SP), não se pode adotar a lesividade presumida em função da irregularidade formal do ato. Assim, não se constatando a alegada lesão ao patrimônio público, não há falar-se em procedência dos pedidos, devendo, portanto, a sentença ser mantida, e o recurso improvido”.

²³⁸ Confira-se o seguinte aresto do TJE/MG, no julgamento da Apelação nº 1.0338.14.002114-2/001: “PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO POPULAR - DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS E/OU COLETIVOS - LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - INOCORRÊNCIA - ILEGITIMIDADE ATIVA DO AUTOR POPULAR - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO - ADMISSIBILIDADE - SENTENÇA CONFIRMADA. Se a causa de pedir e os pedidos formulados na petição inicial revelam que a ação popular tem natureza de ação civil pública na defesa de interesses difusos e/ou coletivos, com disciplina estabelecida na Lei nº 7.347/85, tal fato autoriza a extinção do processo sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, VI, do CPC”.

²³⁹ Atacou o ponto, com precisão, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, segundo qual “o objeto de proteção da ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição da República e da Lei 4.717/1965, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos” (A Legitimação, a Representatividade Adequada e a Certificação nos Processos Coletivos e as Ações Coletivas Passivas. Op. cit., p. 1007-1008).

²⁴⁰ Confira-se a redação integral do dispositivo: “Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo”.

²⁴¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 421.

ou jurídica, que promova eventos noturnos em desacordo com as diretrizes legais sobre a produção de ruídos, produzindo altos níveis de barulho e poluição sonora de difusão irradiada; ou em grupo de pessoas que, em decorrência da exploração de determinada atividade econômica, repetidamente despeje grande quantidade de lixo e dejetos em bens de uso comum do povo, como num rio ou no mar.

Todas essas hipóteses escapam do âmbito de cabimento da ação popular, negando ao cidadão a possibilidade de provocar direta e validamente a tutela jurisdicional desses interesses difusos.

De todo modo, a esta altura parece ser possível compreender por que a experiência brasileira com a ação popular não rendeu uma boa imagem ao cidadão, individualmente considerado, para o exercício de demandas coletivas²⁴².

Como pontuou Ricardo de Barros Leonel²⁴³:

Compreensíveis os motivos que talvez tenham inspirado nos trabalhos legislativos a não concessão da legitimação ao cidadão, pois a implementação da tutela jurisdicional coletiva nos moldes da Lei da Ação Civil pública configurou, na ocasião, modificação contundente no ordenamento, sendo colhida com ponderação. Foi concedida a habilitação para atuar em juízo de forma “comedida” àqueles que presumivelmente não iriam fazer mau uso do “remédio”, para que, por eventual equívoco ou má-fé ocasional, não fosse definitivamente banido do “receituário jurídico”.

Por tudo que foi exposto, o legislador brasileiro pós década de 60 parece ter-se convencido da inidoneidade da legitimação do indivíduo para a tutela coletiva, daí porque arquitetou para as leis supervenientes que versaram sobre direitos coletivos um modelo de legitimação misto confiado apenas a pessoas jurídicas de direito público, órgãos, entidades e corpos intermediários, em clara pretensão de exclusão da legitimidade provocativa do indivíduo.

Elton Venturi²⁴⁴ retratou exatamente essa orientação legislativa:

O modelo de legitimação individual para as ações coletivas, pois, restringiu-se à ação popular, tendo sido repellido posteriormente para as demais ações civis que instrumentalizam tutela de direitos difusos e coletivos – diga-se: a ação civil pública, a ação de impugnação de mandato eletivo, as ações diretas de inconstitucionalidade ou declaratórias de constitucionalidade, as ações coletivas inspiradas no Código de Defesa do Consumidor, a ação de improbidade administrativa, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo e a arguição de descumprimento

²⁴² No tocante à própria possibilidade teórica de legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva, já na década de 70 do século passado Ada Pellegrini Grinover apontava inúmeros riscos, inclusive sua desconfiança quanto à “possibilidade de colusão entre algum dos co-legitimados à ação e o réu, podendo chegar-se, através de atividade processual insatisfatória do autor, a uma sentença que vai prejudicar toda a categoria e/ou grupo representado” (A tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, nº 16, 1978, p. 30).

²⁴³ *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 422.

²⁴⁴ *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 169-170.

de preceito fundamental relevante. Para o ajuizamento de todas essas ações o legislador brasileiro outorgou a legitimação ativa a entidades previamente escolhidas, em notória opção de exclusão da iniciativa individual. Justificou-se tal exclusão na descrença de que a atuação de pessoas físicas isoladamente consideradas fosse capaz de eficazmente viabilizar tutela de pretensões marcadamente diferenciadas pela expressão social e política.

Eis aí a base histórica, cultural e técnico-jurídica que acabou por retirar o indivíduo do rol de sujeitos com legitimidade provocativa para a tutela jurisdicional coletiva e que deu azo à formação do modelo de legitimação consubstanciado nas já mencionadas regras dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC²⁴⁵.

Não bastasse, contudo, essa opção deliberada do legislador infraconstitucional de excluir a legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas, a forma como os agentes do Direito – em geral – receberam tal mediação legislativa também assumiu especial relevo na consolidação dogmática desse cenário processual de alheamento do indivíduo.

Isso porque os Tribunais brasileiros, sob o pretexto de “aplicar o direito ao caso concreto”, assumiram a conformação clássica de pensamento sistemático referida no 1º Capítulo e acabam por equiparar “direito” e “lei”. A lei fora alçada à categoria de regra da qual o intérprete não poderia afastar-se; de produto do processo legislativo constitucional (que, aliás, teria a exclusividade ou o monopólio da produção de normas jurídicas) jamais substituível pela vontade do próprio intérprete.

Sobressaem aqui as características da coerência e completude que se tornaram o apanágio do modelo de sistema que dominou a tradição do pensamento ocidental pelo menos até metade do século XX e que até hoje continua a exercer forte influência no raciocínio jurídico.

Como esclareceu Hermes Zaneti Júnior²⁴⁶, a lógica do jurista moderno repousa na sua crença de que “a norma é perfeita e que contém todas as hipóteses de incidência; ocorrendo um fato jurídico *lato sensu*, ele já incide automaticamente, bastando ser declarado pelo juiz, caso penda dúvida ou conflito”.

O traço característico desse modelo de pensamento jurídico é, como também já analisado no 1º Capítulo, um raciocínio baseado na lógica formal e dedutiva, que procura examinar se os fatos ocorridos no mundo empírico correspondem aos supostos fáticos previstos abstratamente na lei como autorizadores da produção das consequências cominadas pelo próprio texto normativo, no qual, aliás, estaria imanente um conteúdo semântico que não

²⁴⁵ Vide notas 16 e 17, *supra*.

²⁴⁶ *Processo Constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 206.

depende da atividade interpretativa ou criativa do seu aplicador, mas que deve apenas ser revelado por ele.

Aplicada essa lógica jurídica ao processo²⁴⁷, especialmente à problemática da legitimação ativa *ad causam* para as ações coletivas, o resultado foi a limitação cognitiva dos Tribunais à investigação de se o sujeito que propôs a demanda (fato empírico) se subsume à “situação legitimante” (suposto fático) prevista na lei como apta a conferir-lhe o poder de perseguir judicialmente a tutela jurisdicional do bem jurídico concretamente deduzido (consequência jurídica).

Pior ainda, a tendência observável na prática forense é a de conceber a “situação legitimante” somente como a previsão expressa do sujeito na lei reguladora da ação concretamente exercida²⁴⁸, ignorando sequer a possibilidade de sua previsão no sistema jurídico no qual a lei invocada faz parte.

Assim, a tentativa – aparentemente bem-sucedida – do legislador infraconstitucional de excluir o indivíduo do rol de legitimados para as ações coletivas se aliou à orientação dos Tribunais de exigir para o reconhecimento dessa legitimidade apenas a previsão expressa na

²⁴⁷ Em artigo que adota uma abordagem que coteja Teoria do Direito e o sistema processual coletivo, Jean Carlos Dias esclarece que a aplicação dessa lógica jurídica, que chama de positivista, no âmbito da decisão judicial, recusa a indeterminação do Direito, reduzindo o discurso judicial ao raciocínio lógico e regressivo, “ao ponto que a estrutura argumentativa se faz amplamente ancorada no ordenamento jurídico positivado” (Existe um Sistema Processual Coletivo? Uma Reflexão a Partir da Teoria do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. *Tutela Jurisdicional Coletiva*: 2ª Série. Salvador: JusPodvm, 2012, p. 386-387).

²⁴⁸ Para evidenciar essa orientação dos Tribunais de limitação cognitiva ao que prevê a lei, sem qualquer cotejo com outras fontes normativas, convém citar 03 (três) decisões emblemáticas. É o caso, por exemplo, do acórdão do STJ no julgamento do AgRg no AI em REsp nº 563.577/DF, no qual a Corte Especial, declarando a ilegitimidade ativa *ad causam* do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para a propositura de Ação de Improbidade Administrativa – instrumento típico da tutela coletiva –, sufragou a tese, fixada na instância ordinária pelo TJDFT, de que “a legitimidade ativa prevista na Lei de Improbidade Administrativa, para o ajuizamento de ação civil pública por ato de improbidade, é taxativa, não comportando interpretação extensiva para admitir outras legitimações fora do rol nela estabelecido”. O próprio TJDFT, outrossim, no julgamento da Apelação nº 20020610077335, Rel. Des. João Batista Teixeira, ocorrido em 17/06/2009, asseverou a ilegitimidade ativa *ad causam* de Associação de proprietários para a propositura de Ação de Nunciação de Obra Nova, uma vez que “o rol dos legitimados para ajuizamento da ação de nunciação de obra nova, previsto no artigo 934, do CPC é taxativo, *numerus clausus*, conforme se depreende do art. 934 do CPC”, isto é, sem sequer mencionar as normas constitucionais e do sistema processual coletivo que versam sobre a legitimidade das associações para a defesa dos direitos e interesses de seus associados. Para finalizar, traz-se à baila acórdão do TJE/MG, no julgamento do AI nº 0138582-55.2014.8.13.0000, Rel. Des. Wander Marotta, realizado em 24/06/2014, no qual o Tribunal, ao negar provimento a recurso do Município demandado em sede de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Estadual, afirmou, de maneira peremptória, que “no sistema das Leis ns. 7.347/85 [LACP], 7.853/89 [que dispõe sobre a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência] e 7.913/89 [que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários] é taxativo o rol de legitimados ativos”. Não há espaço para mal-entendidos na leitura desses julgados a respeito do modelo de legitimação ativa nas ações coletivas referidas: a previsão é taxativa, *numerus clausus*, o que afasta a possibilidade de manejo das mesmas por quem quer que não figure expressamente dos respectivos dispositivos permissivos.

lei em sentido estrito, para consolidar-se em *terrae brasilis* o juízo da dogmática atual que nega, peremptoriamente, legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para a deflagração e condução de ações que visem à tutela de interesses coletivos, ressalvada a hipótese da ação popular, cujo regime jurídico e interpretação judicial e doutrinária restritivas, todavia, deixam a descoberto diversos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em síntese, o fracasso histórico do cidadão na promoção da ação popular fez com que os indivíduos fossem relegados a possibilidades de diminuta – para não dizer nenhuma – expressão no sistema de tutela coletiva, o que se justificou na tentativa de impedir que os prejuízos pragmáticos da sua atuação contaminassem todo o sistema.

Está o indivíduo, pois, na esteira da visão dogmática acima mencionada, alheio à tutela de direitos e interesses de inegável dimensão coletiva, como os diversos direitos difusos que escapam ao âmbito de cabimento da ação popular e, de modo amplo, os direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Questões envolvendo direitos dos servidores públicos, contribuintes ou consumidores, por exemplo, não admitem a atuação coletiva do indivíduo.

Retratando a consolidação de toda essa inteligência a respeito dos poderes de iniciativa processual do indivíduo no processo coletivo, confira-se a seguinte passagem de Gregório Assagra de Almeida²⁴⁹:

O indivíduo, salvo na condição de cidadão, e precisamente nas hipóteses de admissibilidade de *ação popular*, como foi analisado no item anterior, não é portador de *legitimidade ativa provocativa no campo do direito processual coletivo comum*. Mesmo nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, o indivíduo isoladamente não é portador de legitimidade para o ajuizamento da respectiva ação coletiva.

Obviamente que a dogmática jurídica ora comentada não furta do indivíduo a legitimidade para pleitear a tutela jurisdicional de direito subjetivo de que seja titular, até porque entendimento contrário poria às claras grave violação da cláusula de inafastabilidade da jurisdição prevista no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal. Essa tutela, porém, além de ter como pressuposto a conservação passiva do conflito coletivo até que gere lesão a bem ou direito do indivíduo que justifique a sua atuação, ainda se restringe a dar resposta unicamente a essas repercussões concretas dos conflitos coletivos na esfera jurídica individual, atingindo, quando muito, apenas de maneira reflexa o litígio coletivo²⁵⁰.

Esse cenário, a toda evidência, não permite o enfrentamento do conflito coletivo em toda sua extensão, tolhendo a prestação adequada da tutela jurisdicional.

²⁴⁹ *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 527, destaques no original.

²⁵⁰ *Idem*, *ibidem*.

De todo modo, a aposta do legislador infraconstitucional, acolhida quase que sem reservas pela dogmática jurídica atual – presa que está ao modelo tradicional de pensamento sistemático –, foi na capacidade e idoneidade dos legitimados coletivos eleitos expressamente na lei (destaque para a LACP, art. 5º e o CDC, art. 82) para o patrocínio das ações coletivas, na esperança que bem representassem os direitos e interesses metaindividuais de que são titulares, derradeiramente, os indivíduos coletivamente considerados.

4. DESVELANDO OS INVISÍVEIS: A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Conforme visto até aqui, considerando, a uma, a impraticabilidade ou extrema dificuldade e onerosidade de identificar e fazer presentes em juízo todos os indivíduos atingidos por um conflito coletivo; a duas, o convencimento do legislador infraconstitucional no sentido da inconveniência de imputar a um indivíduo isoladamente a legitimidade ativa para postular em juízo a solução desse litígio coletivo e, a três, o propósito de conferir maior efetividade à tutela coletiva, as diversas leis que instrumentalizaram a tutela coletiva brasileira optaram por excluir o indivíduo do rol de legitimados ativos e instituíram no seu lugar um regime de legitimação autônoma, concorrente, disjuntiva e exclusiva em que foram privilegiados como sujeitos ativos múltiplos entes públicos e privados.

Antes de avançar na proposta teórica de investigar o acerto ou não da dogmática jurídica processual quanto ao particular de considerar essa tendência legislativa como suficiente para furtar do indivíduo toda e qualquer legitimidade para a promoção de demandas coletivas, é preciso investigar se a substituição subjetiva intentada pela lei cumpre o seu propósito.

É que, se for constatado, depois de mais de 03 (três) décadas da promulgação da LACP e de 15 (quinze) anos da vigência do CDC, o perfeito funcionamento do regime de legitimação instituído por ambas as legislações, isto é, se a exclusão do indivíduo e a eleição de terceiros para a promoção da ação civil pública e das ações coletivas em defesa dos direitos transindividuais tiverem servido realmente apenas à maior efetividade do processo coletivo, com a resolução de todos os problemas coletivos e em prol dos indivíduos coletivamente considerados, ao presente estudo falecerá qualquer justificativa e os esforços aqui empreendidos não passarão de vão exercício de especulação acadêmica.

Se, ao contrário, houver problemas no regime de legitimação legalmente arquitetado e sua manutenção servir apenas à perpetuação irrefletida de um modelo que não consegue dar respostas eficientes à complexidade das questões envolvidas nos conflitos coletivos, as lucubrações aqui desenvolvidas terão sua justificação elevada à segunda potência, já que não

apenas se terá excluído o indivíduo, mas se o terá feito mediante a instituição de um modelo fadado a jamais alcançar um estado de bem-aventurança, embaraçando a si próprio e, mais ainda, o desenvolvimento do processo coletivo brasileiro.

A esta altura se põe o presente estudo, enfim, a tarefa de precisar o grau de alheamento do indivíduo do sistema de tutela coletiva, não apenas do ponto de vista da mediação legislativa, naturalmente geral e abstrata, mas também a partir da perspectiva da dinâmica das ações coletivas em geral, a fim de demonstrar de que modo as possibilidades empíricas de participação do indivíduo refletem aquela mediação legislativa da qual são desdobramento.

Nesse particular, importa perceber que as diversas leis que dispuseram sobre direitos e interesses coletivos, de que é exemplo de maior expressão o CDC, adotaram um modelo processual que combina a extensão subjetiva da coisa julgada para os indivíduos que não participaram do processo – sistema dito “automaticamente inclusivo” – com a entrega da aptidão para o início e condução da ação a legitimados coletivos cuja atuação prescinde do consentimento da coletividade efetivamente titular do direito ou interesse litigioso.

Não há a exigência de um procedimento prévio de consulta à coletividade sobre sua vontade de submeter-se ao resultado da prestação jurisdicional objetivada pela ação coletiva, tampouco que averigue o consentimento da mesma a respeito da estratégia processual que se pretende adotar no curso do processo, muito menos acerca da providência deduzida pelo legitimado coletivo como supostamente idônea a resolver o conflito coletivo.

Daí comumente falar-se em “coletividade ausente” ou “coletividade substituída”, a evidenciar os traços da autonomia e exclusividade que marcam o regime da legitimidade das ações coletivas.

Em resumo, a tutela jurisdicional coletiva brasileira foi estruturada sob a opção legislativa de estabelecimento *ope legis* da legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas, segundo a qual a capacidade para o ajuizamento dessas ações é prévia e legalmente instituída a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou órgãos públicos dotados de autonomia, não havendo, portanto, a necessidade do controle judicial da sua representatividade.

Frise-se: essa legitimidade ativa *ad causam*, advinda exclusivamente por força da lei geral e abstrata, não estabelece qualquer condicionamento subjetivo de ordem material para a certificação da adequada representatividade do legitimado coletivo, cingindo-se a exigir, em casos pontuais, alguns poucos requisitos de índole meramente formal (geralmente vinculado à questão da pertinência temática), relegando a aferição da efetiva representatividade do autor coletivo aos confins da atividade cognitiva a ser desenvolvida no processo coletivo.

Essa legitimidade abstrata das pessoas e entidades a que aludem as cogitadas normas, percebe-se, revela a total despreocupação com a proximidade do legitimado coletivo aos fatos e direitos que comporão a causa de pedir e os pedidos a serem deduzidos na ação coletiva, permitindo em tese o próprio desprezo às pluralidades e dissensos internamente verificáveis no grupo, categoria ou classe ausente, naturalmente mais engajados com os fatos que lhes dizem respeito, o que inclusive facilitaria o acesso à prova dos contornos do conflito.

O grande problema desse modelo, percebeu-o Antonio do Passo Cabral²⁵¹:

(...) sistemas automaticamente inclusivos e as técnicas de legitimação extraordinária, além de dificultarem o exercício de faculdades processuais, promovem um rompimento político-ideológico com o dissenso, o pluralismo e as iniciativas individuais. A condução do processo por um ente estranho à coletividade pode esconder dissidências dentro da classe, vilipendiando a liberdade individual de talvez milhares de pessoas com opiniões divergentes, que poderiam inclusive ter adotado estratégia processual diversa se tivessem ajuizado demandas individuais²⁵².

Isso tudo num campo de macroconflitos ou litígios de massa que têm como traço característico uma intensa conflituosidade²⁵³, tanto a partir do ângulo externo dos interesses envolvidos, quanto do ângulo interno de cada interesse, cuja titularidade fluida e irradiada, muitas vezes até indeterminada individualmente, torna inevitável a existência de posicionamentos e convicções distintas para a proteção de um mesmo interesse.

Esse panorama sinaliza que o modelo de legitimação ativa institucionalizado pelo art. 5º da LACP e art. 82 do CDC, além de ter apartado o indivíduo do rol de sujeitos com legitimação provocativa para as ações coletivas, ainda o deixou completamente à margem do

²⁵¹ O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 147, maio 2007, p. 127.

²⁵² Neil Andrews, analisando o estilo inglês de litigância coletiva, igualmente colaciona entre as desvantagens dos procedimentos representativos a possível falha na particularização das distinções relevantes [tradução livre de “failure to particularize relevant distinctions”]. Segundo ele, “this concerns the danger of superficial adjudication. Representative proceedings can cause injustice if the action steamrolls over relevant differences between individual claims or defenses” (Multi-Party Proceedings in England: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Vol. 11, 2001, p. 264) [tradução livre: “isso concerne ao perigo da judicialização superficial. Procedimentos representativos podem causar injustiças se a ação atropelar diferenças relevantes entre as reivindicações ou defesas individuais”].

²⁵³ Nesse sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. Op. cit., p. 25 e VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 170, onde o autor, apoiado em Rodolfo de Camargo Mancuso, exemplifica essa conflituosidade (nota 15): “ao interesse à contenção dos custos de produção, e bem assim aos preços, se opõem os interesses ao ‘aquecimento’ da economia; ao interesse à automatização industrial se opõem os interesses à criação de novos empregos; aos interesses à proteção dos recursos naturais em geral se opõem interesses financeiros, imediatistas, de grupos tão gananciosos quanto predadores; aos interesses que pugnam por meios de transporte não poluentes se opõem os interesses à continuidade da extração do petróleo; aos interesses ecológicos a que se contenha a plantação de cana-de-açúcar, ante os inconvenientes da monocultura, se opõem interesses ao fomento dessa plantação por razões de ordem financeira e outros; aos interesses que pugnam pela elevação do nível de ensino se opõem os interesses da chamada ‘indústria da instrução’; no que tange às etnias, há divergências quanto a saber se melhor fora uma política de ‘integração’ ou, ao contrário, de conservação das características culturais; no tocante ao controle da natalidade, divergem os interesses quanto a saber se é sustentável o controle da natalidade ‘em massa’ ou, se, ao contrário, isso afrontaria um dos direitos fundamentais, tal o direito à vida, equivalendo a um ‘genocídio por antecipação’”.

processo judicial vocacionado ao debate e acomodação do interesse de que é (co)titular, não havendo qualquer controle acerca do quanto o legitimado coletivo efetivamente representa a pretensão da coletividade de que se arvora porta-voz.

É possível perceber essa deficiência do processo coletivo na própria linguagem típica do trato dos direitos difusos, em cujo âmbito se tornou corrente a afirmação – que inclusive já fora utilizada por este estudo linhas ao norte – de que consistem em interesses objetivamente indivisíveis e subjetivamente indeterminados, pertencendo a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém em particular, por ser impensável a sua decomposição num feixe de direitos individuais justapostos²⁵⁴.

A despeito da importância dessa definição para o contexto histórico em que fora desenvolvida²⁵⁵ – antes não era o momento de objetá-las, sob pena de desvirtuar os propósitos do capítulo em que foram empregadas; mas agora o é –, estudo recente aponta que tanto a indivisibilidade material quanto a indeterminação subjetiva dos direitos difusos assumiram contornos perigosos de absolutismo conceitual no pensamento jurídico brasileiro, estando em descompasso com os avanços do processo coletivo²⁵⁶.

Isso porque esse conteúdo semântico atribuído aos direitos difusos, cujas balizas foram lançadas na década de 70 e continuam encontrando vigoroso eco na doutrina majoritária da atualidade, teve o deletério condão de despersonificar os sujeitos titulares do direito transindividual e, pois, prejudicar o enfrentamento dos conflitos coletivos, na medida em que

²⁵⁴ Essa definição foi cunhada por Barbosa Moreira nos idos da década de 70 dos novecentos, passando rapidamente a ser reverenciada pela doutrina dominante, de que são exemplos Kazuo Watanabe (*Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. Op. cit., p. 62) e Ada Pellegrini Grinover (*A tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. Op. cit., p. 29).

²⁵⁵ Em interessante trabalho, Edilson Vitorelli lembra que essa definição capitaneada por Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e outros processualistas teve o valor histórico de permitir, mesmo antes da Constituição de 1988, “a tutela de um direito a meio caminho entre o público e o privado. (...). A novidade na concepção dos direitos difusos, por parte da doutrina brasileira, na década de 1980, é permitir que eles sejam tutelados independentemente de pertencerem ou serem equiparáveis ao patrimônio público. São direitos ‘de todos’. E, sendo de todos, a lesão a esses direitos lesa a todos, da mesma forma que sua reparação repara a todos. Trata-se de um avanço marcante, que abre um campo de proteção inaudito, que repercutirá na redação da Constituição de 1988, primeira a afirmar que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado’” (*Tipologia dos Litígios Transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva*. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Op. cit., p. 72-73).

²⁵⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 74. Edilson Vitorelli atribui o desacerto da definição admoestada ao vazio semântico que encerra a postura de generalizar tão abstratamente os direitos difusos. Nesse sentido, diz ele que “a indefinição acerca do âmbito de abrangência de ‘todos’ significa, para retornar à expressão de Waldemar Mariz, que ‘todos’ é sinônimo de ‘ninguém’. Afirmar, por exemplo, que o meio ambiente é de todos, sem se definir o significado dessa expressão, esvazia o conceito”. Mais adiante (p. 78), conclui que “o dogma da indivisibilidade deve ser questionado, porque não corresponde à realidade. Trata-se de uma ferramenta utilizada para complementar e, talvez, mascarar, uma inadequada formulação anterior, que é a titularidade indeterminada e indeterminável dos bens transindividuais”.

invisibilizou aspectos importantes do elemento subjetivo do direito objeto do processo coletivo, transformando esse último em um processo “sem rosto”.

Os reais titulares dos direitos transindividuais versados nas ações coletivas passaram a ser uma imagem esbatida, turva e longínqua de sujeitos que não se sabe quem são, tampouco interessa saber, já que seria “impossível ou extremamente difícil” identificá-los e haveria legitimados coletivos que os substituiriam validamente e representariam, sempre, toda a conflituosidade subjacente à “coletividade ausente” ou “substituída” e a complexidade dos conflitos coletivos²⁵⁷, outras expressões igualmente consagradas no linguajar do processualista que revelam o desprezo da dinâmica processual pelos titulares dos direitos coletivos.

Ora, se se reconhece os traços da conflituosidade e complexidade como inerentes ao trato dos direitos transindividuais, o razoável seria esperar que a atividade cognitiva a ser desenvolvida no curso processo coletivo fosse dedicada também a desvendá-las, a fim de que pudessem ser consideradas no momento da decisão judicial que se espera componha o conflito de interesses.

Porém, quando doutrina e atores processuais insistem na absoluta indeterminação da dimensão subjetiva e na indivisibilidade da dimensão objetiva dos direitos difusos, o aprofundamento dialético – tanto no nível empírico, quanto no jurídico – que naturalmente adviria daqueles elementos da conflituosidade e complexidade acaba sendo sacrificado sob o pretexto de suposta inocuidade de tais incursões processuais, o que implica a construção de um modelo perfunctório de investigação processual, negligenciando fatos e consequências imprescindíveis à prestação adequada da tutela jurisdicional²⁵⁸.

Outrossim, mesmos os juristas que, despidos do véu individualista, buscam formulações analíticas genuinamente coletivas e são críticos dessas expressões abstratas e

²⁵⁷ Edilson Vitorelli leciona que a conflituosidade dos direitos transindividuais está ligada ao grau de “uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio. Quanto mais variado for o modo como foram atingidos pela lesão, maior será a conflituosidade, uma vez que o impacto da tutela não será uniforme em relação a todos os indivíduos, gerando diversidade de interesses e de posições entre os lesados”. Já a complexidade do litígio coletivo diz respeito às “múltiplas possibilidades de tutela de um direito”, isto é, “quando se puder conceber variadas formas de tutela jurídica da violação, as quais não são necessariamente equivalentes em termos fáticos, mas são igualmente possíveis juridicamente” (Op. cit., p. 87).

²⁵⁸ Igualmente criticando o pouco caso da doutrina processual coletiva, em geral, quanto à conflituosidade dos direitos transindividuais, Edilson Vitorelli denuncia que “o caráter conflituoso dos direitos transindividuais, quando devidamente elaborado, é mais um indício do equívoco na forma como foi definida sua titularidade. A percepção de que um direito, que seria ‘de todos’, quando lesado e tutelado, satisfaz de modo diferente cada um desses ‘todos’, demonstra que a relação dessas pessoas com o direito que titularizam não pode ser idêntica, como até aqui os estudiosos pressupuseram ou expressamente afirmaram” (op. cit., p. 81).

invisibilizantes²⁵⁹, segundo parece, não chegam a demonstrar como a maior definição do elemento subjetivo dos direitos transindividuais é idônea a mitigar a distância discursiva existente entre os titulares do direito e aqueles incumbidos da sua judicialização.

A opção legislativa admoestada, portanto, a despeito de sua preocupação processual nobre (maior efetividade do processo coletivo), ao não ter sido acompanhada de um rigoroso controle da representatividade do legitimado coletivo, permitiu a existência de verdadeiro hiato dialogal entre os titulares dos direitos metaindividuais e os legitimados legalmente à sua persecução judicial.

Não há, no Direito Positivo brasileiro, qualquer fase processual destinada ao exame da “intensidade da proximidade do postulante com o direito pugnado”²⁶⁰, o que gera o grave problema da ocultação de possíveis dissidências entre os membros da coletividade ausente (*absent class members*), assim como de eventuais divergências entre a pretensão de solução do conflito coletivo idealizada pela própria coletividade e os pedidos efetivamente deduzidos pelo terceiro legitimado para a ação coletiva²⁶¹.

Para enxergar a potencialidade das dissidências e divergências mencionadas, negando trânsito a qualquer alegação de tratar-se de mera divagação fictícia, basta imaginar a hipótese de um dano ambiental de grande extensão e elevada complexidade, que afete de maneira distinta múltiplas comunidades²⁶².

Como precisar a melhor forma de lidar com o conflito, de que podem derivar lesões a direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos? Como saber que medidas são necessárias para conter os danos ambientais e seus reflexos? Recomposição ambiental e responsabilidade civil devem ser o foco da atuação do legitimado coletivo? Aliás, há conhecimento científico que indique, com segurança, a melhor maneira de promover-se a recomposição ambiental de danos ecológicos de grande magnitude? E mesmo que haja, a

²⁵⁹ Confira-se, por todos, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 23, para quem “é imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular – e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos”.

²⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão*. Op. cit., p. 126.

²⁶¹ Antonio do Passo Cabral igualmente externa essa preocupação quando denuncia que “determinados órgãos do Estado, como o Ministério Público, legitimados ao ajuizamento de ações coletivas, muitas vezes não estão próximos dos fatos como as associações, sindicatos e outros entes da sociedade civil, em contato direto e por vezes diário com os membros da comunidade envolvida” (op. cit., p. 125).

²⁶² O desastre ambiental ocorrido no Município de Mariana/MG, em novembro de 2015, decorrente do rompimento de barragem de contenção de lama residual de mineração é exemplo que evidencia como nenhum outro as oras comentadas conflituosidade e complexidade dos conflitos coletivos.

recomposição ambiental é a única providência a ser tomada quanto ao dano ambiental? Se não, quais mais?

Ainda mais relevante para o objeto nuclear deste estudo: para a propositura de ações coletivas visando à tutela dos inúmeros direitos violados, os membros das muitas “coletividades ausentes” participaram da definição da extensão dos prejuízos verificáveis e das formas de solução que lhes interessam? No interior de cada coletividade atingida por uma mesma repercussão do dano ambiental há consenso a respeito da melhor forma de solucionar os prejuízos emergentes da lesão? Finalmente, têm os legitimados coletivos discricionariedade para escolher a providência processual que reputam mais conveniente dentre as possibilidades fático-jurídicas existentes?

Todas essas indagações são deixadas em aberto pelo regime de legitimação processual instituído pelos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, o qual carece de qualquer instrumento de controle material da representatividade adequada dos legitimados ativos à propositura das ações coletivas, tornando invisíveis os sujeitos titulares dos direitos e interesses por elas tuteláveis.

Adite-se a esse cenário o baixo nível de instrução e organização da sociedade brasileira e, pior ainda, a escassez de informação institucional a respeito dos conflitos coletivos e também da atuação dos legitimados legalmente eleitos para sua promoção e condução judicial, o que igualmente inibe a iniciativa dos membros da comunidade afetada pelo conflito de levar ao conhecimento do sujeito processual nuances fáticas e até provas que poderiam influenciar a estratégia processual e os contornos da demanda coletiva, o que repercutiria diretamente no tempo, na complexidade e nos custos da fase de cognição, bem como na extensão objetiva e na eficácia da coisa julgada.

Todo esse esforço fático a respeito da dinâmica das ações coletivas, notadamente seu regime de legitimação ativa *ad causam*, permite concluir que o processo coletivo brasileiro, tal como idealizado pelas principais leis que instrumentalizaram a tutela coletiva (LACP e CDC), padece, desde o seu nascedouro, de uma grave crise de sub-representatividade, a confirmar que a opção legislativa de exclusão do indivíduo do rol de legitimados ativos e a inclinação da dogmática jurídica de considerar peremptória essa exclusão vem servindo ao alheamento não apenas do próprio indivíduo como ator processual relevante, mas de toda a comunidade, coletividade ou grupo de indivíduos que, ao fim e ao cabo, porque lídimos titulares dos direitos e interesses transindividuais, são o elo do qual jamais poderia ter se dissociado o processo coletivo.

E porque essa crise de sub-representatividade está radicada no hiato dialogal ou discursivo entre os personagens substancial e processual dos direitos transindividuais, o processo coletivo, como ramo do Direito Processual, perde um de seus principais fatores de legitimação social e democrática. Esse assunto será retomado mais tarde.

5. RETOMANDO A PROPOSTA TEÓRICA DE PENSAMENTO SISTEMÁTICO

A esta altura, acredita-se não restar dúvida a respeito de toda a extensão do problema que constitui o pano de fundo da hipótese deste estudo.

Quando se assumiu a tarefa de investigar, à luz da Teoria do Direito e dos aportes teóricos contemporâneos, o (des)acerto da concepção dogmática processual que nega ao indivíduo legitimidade ativa *ad causam* para a deflagração e condução das ações coletivas, havia como centelha de inquietação precisamente o alheamento legislativo e pragmático do indivíduo – e, nessa extensão, da própria coletividade – do processo coletivo.

Os tópicos iniciais deste Capítulo tiveram a pretensão de resgatar e aprofundar os exatos lindes dessa problemática, pondo em relevo a grave crise de sub-representatividade resultante da exclusão do indivíduo e da coletividade do processo jurisdicional vocacionado à tutela dos direitos transindividuais.

Mas igualmente animou este estudo a hipótese de que aquela orientação da dogmática processual consistiria em um erro vinculado a uma visão clássica e obsoleta de pensamento sistemático e, de maneira diametralmente oposta, que uma concepção aberta de sistema (segundo o modelo de Canaris) permitiria um juízo que inclui o indivíduo entre os legitimados para as ações coletivas em geral.

Nesse particular, no tópico 3, supra, esforçou-se este trabalho para demonstrar que a negação peremptória de legitimidade provocativa ao indivíduo no âmbito do processo coletivo decorre não apenas de opção político-legislativa, mas também da inclinação comum dos juristas modernos de considerar essa mediação legislativa como ponto de partida apodítico (orientação dogmática) e suficiente para vincular seus juízos proposicionais a respeito da imputação de legitimidade ativa *ad causam* a todos aqueles que não hajam sido expressamente nela previstos, como ocorre com o indivíduo.

Perceba-se que essa orientação, consoante o que fora discorrido no 1º Capítulo, condiz perfeitamente com o modelo de pensamento sistemático que se consolidou no final do século XIX, em que as normas jurídicas foram identificadas com os axiomas do sistema e, os teoremas, reduzidos às proposições de direito que os descreviam mediante raciocínios ancorados na lógica formal, isto é, por meio de cadeias silogísticas de derivação.

Esse modelo de pensamento sistemático, de clara orientação positivista, cristalizou-se justamente na dogmática jurídica, na medida em que preconizou a aceitação apodítica das normas criadas pelo legislador positivo.

E, no campo do processo coletivo brasileiro hodierno, é exatamente o que ocorre quando está em pauta a legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo, já que, como visto no tópico 3, doutrina majoritária e jurisprudência pacífica limitam sua atividade cognitiva à investigação de se o sujeito que se apresenta como autor da demanda coletiva fora expressamente nomeado pela lei em sentido estrito como apto a perseguir judicialmente a tutela jurisdicional coletiva.

Parece, portanto, ter-se confirmado a parcela da hipótese deste estudo que conjecturou a negativa peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas como produto de uma concepção clássica de pensamento sistemático.

Para avançar na proposta de testar a correção da hipótese em sua inteireza, resta perquirir se essa proposição da dogmática processual, agora de inequívoca vinculação ao pensamento sistemático típico do início do século XX, realmente constitui um erro e se o modelo canariano de pensamento sistemático fornece elementos teóricos que permitam extrair proposição jurídica distinta quanto à legitimidade provocativa do indivíduo para as ações coletivas.

Para tanto, há de voltar à cena o conceito de sistema formulado por Claus-Wilhelm Canaris e o pensamento jurídico nele baseado, tal como analisado no Capítulo inicial desta obra.

Importa recordar, precipuamente, que, para o filósofo alemão, o pensamento sistemático deve partir de um conceito de sistema fundado nas ideias de adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica, unidade essa para a qual assumem especial relevo os princípios gerais de Direito, enunciados normativos com suficiente grau de previsibilidade e consequência – a diferenciá-los dos valores – que estão por detrás dos demais vértices do sistema.

Para ele, portanto, os princípios gerais de Direito são o elemento fundamental do sistema jurídico.

Além disso, o modelo canariano invoca como método de obtenção do direito (inclusive das proposições jurídicas) um discurso racional avesso à lógica formal e que consiste numa construção argumentativa guiada por texto normativo, princípios gerais do Direito, historicidade e caso, atuando norma e problema, pois, num “processo dialético de esclarecimento duplo”.

Dáí emerge, enfim, a última categoria que importa rememorar, qual seja, a abertura do sistema, propriedade característica do modelo canariano de pensamento sistemático que exige o reconhecimento da permanente incompletude, provisoriedade e modificabilidade dos enunciados normativos e proposições jurídicas de um dado sistema.

Vê-se, com isso, que Canaris censura a lei, enquanto texto normativo, como fonte apodítica e suficiente para fixar, de uma vez por todas, os lindes das proposições jurídicas, até porque, como também já analisado no 1º Capítulo, ele incorpora uma orientação filosófica de linguagem que não admite significados absolutistas e não situacionais, prestigiando o papel do discurso dialético como condição de possibilidade dos significados (baseados na historicidade) dos elementos que integram o juízo proposicional.

Essa é, afinal, a imagem de pensamento sistemático vislumbrada como a mais consentânea com os aportes teóricos que Teoria do Direito e Filosofia legaram à atualidade e que, por essa razão, deve ser tomada como paradigma crítico do juízo dogmático que nega legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas.

E feito o devido resgate teórico, parece estar aberto o caminho para a investigação da integralidade da hipótese deste estudo, para o que reclamam imediata abordagem, na linha do que recomenda o modelo de pensamento jurídico sustentado, o elemento mais incipiente a integrar o raciocínio proposicional canariano, que é o papel do discurso na formulação das proposições jurídicas, na forma das seções seguintes.

5.1. O VIÉS DISCURSIVO DO PROCESSO

O presente tópico se dirige ao elemento mais incipiente do pensamento sistemático canariano: o papel do discurso na formulação das proposições jurídicas, que encontra no processo judicial – o meio estatal de solução de conflitos e, pois, de construção de proposições jurídicas concretas –, conforme se tentará demonstrar, um correspondente para o qual ainda não despertou por completo a Ciência Processual brasileira.

Propõe-se este estudo, agora, a objetar a visão tradicional da Ciência Processual que costuma enaltecer a doutrina da instrumentalidade do processo, na esperança de descortinar uma dimensão do mesmo que se acredita indispensável às incursões processuais contemporâneas.

Não se trata, contudo, de uma proposta de reontologia do processo, no intuito de substituir a visão corrente da instrumentalidade por outra, qualquer que seja ela. A proposta é muito mais modesta, no sentido não de estabelecer um novo conceito de processo, mas apenas

de colocar em relevo um viés do mesmo que não pode mais ser negligenciado pelos juristas deste tempo²⁶³.

Embora não se pretenda superar a visão instrumentalista de processo, comparações serão inevitáveis, até para estabelecer o que há de novidade no viés discursivo do processo e viabilizar a adequada compreensão das perspectivas por ele desencadeadas.

Ocorre que a instrumentalidade do processo constitui tese de consagrada aceitação no meio processual, e que, precisamente por isso, já mereceu o debruçamento de parcela significativa da doutrina brasileira, não sendo poucas as tonalidades que já recebera ao longo dos anos.

Essa difusão da teoria exige seja adotado algum marco teórico específico, para o qual parece não haver alternativa senão utilizar a clássica obra de Cândido Rangel Dinamarco²⁶⁴.

De início, importa perceber que a instrumentalidade do processo, por óbvio, não se desenvolveu num vácuo da Ciência Processual (*ex nihilo nihil fit*), representando, ao contrário, um “*terceiro momento metodológico* do direito processual”²⁶⁵, que tem como principal contraponto a concepção autonomista de processo.

Segundo o expoente da Escola Processual de São Paulo, embora a visão autonomista do processo tenha tido o mérito de extremar o direito processual do direito material (com especial destaque para a autonomia da relação jurídica processual; a natureza abstrata do conceito de ação – que constitui o mais elevado grau de proclamação de sua autonomia – e a consolidação do direito processual como ciência), abrindo campo para a perspectiva publicista do processo, ela ainda revelaria “surpreendentes posicionamentos sobrevividos ao sincretismo privatista já superado”²⁶⁶.

A instrumentalidade do processo, então, tem como um de seus escopos erradicar da Ciência Processual as reminiscências do sincretismo privatista – primeiro “momento metodológico” do Direito Processual – não completamente dizimadas pela visão autonomista do processo – o segundo “momento metodológico” –, a fim de promover uma “tomada de

²⁶³ Aliás, uma tentativa de reontologia do processo demandaria a indicação e justificação de condições necessárias e suficientes para a sua concepção, o que revelaria um enfoque essencialista de todo incompatível com os fundamentos filosóficos adotados por este estudo. Para uma abordagem que pretende essa reontologia de maneira assumida, cf. ROLO, Rafael Felgueiras. *O Processo Coletivo e o Papel da Coletividade Ausente: a afirmação de um contraditório transcendente*. Rio de Janeiro: UERJ, 2016. 309p. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

²⁶⁴ *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 22, destaque no original.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 19-20, 49-50 e 53.

consciência para o caráter público do direito processual e seus institutos, também [n]a *teoria geral do processo*²⁶⁷.

Calcado nas premissas do Estado Social, bem como na constitucionalização do processo (e na força deontológica das normas constitucionais), Dinamarco começa a desenhar a concepção de instrumentalidade que, a este estudo, urge sublinhar.

Diz o célebre jurista paulista que o caráter público do processo é reforçado pela natureza instrumental do mesmo, a qual “impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como *instrumento do Estado* para a realização de certos objetivos por ele traçados”²⁶⁸, que, mais tarde, identifica como os escopos sociais, políticos e jurídico da jurisdição.

Perceba-se o ponto: a instrumentalidade do processo tem como destinatário precípuo o próprio Estado, o qual, valendo-se do seu poder autoritativo e do dever constitucionalmente lhe imposto de promover os valores e programas igualmente constitucionais, serve-se do processo como instrumento para alcançar tais finalidades, o que faz mediante o exercício da jurisdição, atividade puramente estatal e pública²⁶⁹⁻²⁷⁰.

O Direito Processual, então, deixa-se antever como a disciplina do exercício do poder estatal *sub specie jurisdictionis*, donde exsurgir com primazia entre os seus institutos fundamentais (ação, processo, defesa e jurisdição) a jurisdição²⁷¹, uma vez que sua preponderância metodológica, “ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou

²⁶⁷ Ibidem, p. 60, destaque no original.

²⁶⁸ Ibidem, p. 62-63, destaque no original.

²⁶⁹ No mesmo sentido, ROLO, Rafael Felgueiras. *O Processo Coletivo e o Papel da Coletividade Ausente*. Op. cit., p. 45, destaques no original, para quem “face às exigências de um Estado Social, o qual se pretende prestador de serviços públicos essenciais, cuja nota característica consiste em chamar a si a responsabilidade pelo progresso e desenvolvimento nacional, a esfera a ser exaltada deve ser aquela que melhor destaca o exercício do poder ‘por quem o detém’”. Isto é, propõe-se uma *estrutura exclusivista para o poder*. Uma espécie de *oponibilidade erga omnes do poder próprio*, pois, assume-se a premissa segundo a qual, quem detém ‘poder’ não poderia ser molestado em sua tarefa de exercer suas capacidades naturais”.

²⁷⁰ O próprio Dinamarco afirma, mais adiante em sua obra, que “a nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional do processo, a sua inquisitividade” (Op. cit., p. 65).

²⁷¹ Com efeito, Dinamarco repudia a postura metodológica de colocar a ação no centro do Direito Processual, a uma, porque censura seu viés individualista no interior do movimento publicista do processo e, a duas, por ser restrita ao processo civil, o que descuraria a sua impertinência para outros ramos do Direito Processual, como no Direito Penal, em que a ação não exerce a função de proteção ao indivíduo (op. cit., p. 90-93). Nega o jurista, também, proeminência ao processo, uma vez que sua marca formalista, da qual é inseparável a ideia de procedimento (como conjunto ordenado de atos), o destituiu de maior expressão substancial, cujo valor reside apenas na “capacidade que tenha de dar livre curso ao exercício adequado efetivo e eficiente da ação e da defesa, para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política” (p. 95).

pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus²⁷².

Ação, defesa e processo, na esteira dessa visão instrumentalista, constituem apenas os contornos da disciplina da jurisdição (leia-se: exercício do poder, visto como a capacidade de produzir os efeitos pretendidos), a fim de legitimar o ato imperativo final do Estado(-juiz) que concretiza as finalidades dele próprio (Estado).

Os demais sujeitos da relação processual, então, atuam no curso do processo (visto como procedimento) para viabilizar o exercício da jurisdição estatal, mas, ao fim e ao cabo, uma vez produzido o ato final ao qual o processo é orientado instrumentalmente, não passam de meros destinatários da decisão estatal, a cujos efeitos deverão necessariamente sujeitar-se, a revelar a relação de dominação-sujeição que rege a visão publicista da instrumentalidade²⁷³.

A própria visão da participação das partes no processo decisório, nesse particular, é considerada inadequada por Dinamarco à medida que se compreenda o exercício do poder como residindo em algum polo imperativo²⁷⁴, vale dizer, o Estado, único “autorizado a impor suas decisões aos submetidos”²⁷⁵.

Processo, enfim, na visão da instrumentalidade, é compreendido como o instrumento por excelência; a ferramenta de que dispõe o Estado para alcançar objetivos externos ao próprio processo (sociais, políticos e jurídico), mas que dispensa a participação substancial, em contraditório (leia-se: discursiva), dos destinatários da decisão estatal, que a ela deverão apenas submeter-se, haja vista figurar o Estado como único ator da instância decisória.

Como se advertiu desde o início, não se pretende apontar o acerto ou erro dessa visão, tampouco substituí-la por proposta alguma que busque uma reontologia do processo. Em nada

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 95.

²⁷³ Tanto assim o é que Dinamarco, ao analisar os enfoques da mecânica do poder, inclui a jurisdição entre as “situações em que o exercício do poder se processa de forma tal, que a vontade do destinatário é completamente desconsiderada. Na mecânica do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, sem dúvida teorizada com muito maior penetração que os demais setores do exercício do poder, já se percebeu com clareza a existência dessas situações e o *modus operandi* dos agentes estatais ali: sabe-se que por mais de uma forma as atividades judiciais vão ao resultado programado, produzindo o efeito conveniente à ordem jurídica sem contar com a mínima cooperação do obrigado” (ibidem, p. 117, destaques no original).

²⁷⁴ Op. cit., p. 133, onde se lê que “o Estado comanda o processo decisório e *decide* ele próprio, impondo depois a sua decisão. Não é correto, sob esse prisma, falar em *participação*” (destaques no original). Criticando essa visão, Rafael Rolo acertadamente pontua que “Dinamarco, que escreve para os ‘novos tempos’, apoia-se em uma ciência política que se pretende ‘*ciência do poder*’. Esse conhecimento *científico*, no entanto, é limitado *de ponta a ponta* em virtude da própria premissa adotada, cujo reduzido potencial emancipatório mais se presta ao autoritarismo judicial, que ao reconhecimento da importância da participação democrática no processo” (op. cit., p. 50, destaques no original).

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 113, destaque no original.

aproveitaria a este estudo o afastamento da noção de processo como instrumento teleologicamente orientado a determinados fins.

É preciso compreender, entretanto, que a potencialidade do processo para a afirmação do Estado Democrático e como instância reguladora do discurso judicial que culminará na decisão estatal (norma jurídica concreta) vai muito além do horizonte a que pode chegar a teoria instrumentalista do processo.

E duas incursões parecem essenciais à apreensão dessa nova leitura do fenômeno processual.

A primeira delas consiste na aplicação, ao âmbito do Direito Processual, da teoria contemporânea de democracia deliberativa como ideal regulativo das instâncias decisórias estatais²⁷⁶.

Duas foram as formas clássicas de democracia que representaram por muito tempo a relação poder-decisão estatal: democracia representativa e democracia participativa. A primeira radicava a validade das decisões estatais (legislativas, administrativas e judiciais) na visão voluntarista que pressupunha a transferência da instância decisória política, das pessoas, para os agentes por elas eleitos ou de outra forma investidos nos cargos decisórios segundo os procedimentos constitucionais, ao passo que a segunda, reconhecendo a insuficiência do exercício do direito ao voto como única instância de participação popular nas decisões políticas, preconizava a necessidade de garantir ao indivíduo outros espaços de inserção discursiva como fator de reivindicação de posicionamentos estatais, representados pela iniciativa popular para leis, plebiscito, referendo e a própria ação popular²⁷⁷.

Em ambos os modelos, todavia, os indivíduos ocupam posição muito distante do processo de produção de normas jurídicas, sendo relegados, em verdade, à condição de súditos ou meros destinatários das decisões estatais.

A versão moderna de democracia deliberativa, diferentemente das anteriores, não se satisfaz com o elemento autoritativo da decisão estatal e passa a situar o foco da sua legitimação no discurso, no qual os cidadãos são alçados à condição de coautores do processo de produção de normas jurídicas²⁷⁸.

²⁷⁶ Conforme anotou Antonio do Passo Cabral, “o tema torna-se fundamental hoje em dia porque o paradigma atual da democracia assegura a participação do indivíduo no ato decisório estatal. A decisão do Estado não pode ser simplesmente tomada e, ao final, cientificada aos seus destinatários. Impõe-se, num Estado Democrático, a participação em todos os atos intermédios que compõem o procedimento prévio de formação da decisão” (*Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 106-107).

²⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 107-108.

²⁷⁸ Idem, ibidem, p. 109, onde se lê que “no Estado Democrático de Direito, a tomada de decisão política deve ser precedida de um procedimento comunicativo que possibilite, respeitadas algumas regras do debate, o

Esse modelo de democracia deliberativa faz surgir uma nova imagem de indivíduo como lídimo protagonista das instâncias decisórias estatais, garantindo-lhe aquilo que Antonio do Passo Cabral²⁷⁹ leciona como o “*status ativus processualis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios, ou seja, *direito de influir* na formação de normas jurídicas vinculativas”.

E considerando que a decisão estatal no exercício da função jurisdicional cria norma jurídica – e isso é inquestionável –, é o processo que cumpre o papel de institucionalizar a atuação deliberativa e discursiva dos interessados na decisão, daí a necessidade de reconhecer-se o “viés discursivo do processo”.

O processo, visto na doutrina da instrumentalidade como ferramenta do Estado para exercer jurisdição e atingir seus escopos, passa a ser encarado como um canal de debate público; como fase discursiva indispensável para a legitimação da decisão estatal²⁸⁰.

A segunda e última incursão teórica que se reputa necessária à compreensão do elemento discursivo do fenômeno processual reside na tomada de consciência de que o processo, enquanto ambiente discursivo normativamente institucionalizado para o desenvolvimento da norma jurídica que regulará a conduta social, tutelando jurisdicionalmente direitos e interesses, é precisamente o *locus* em que realizam, os sujeitos processuais, a “presentificação” dos enunciados normativos que guiam a formulação concreta das proposições jurídicas que circunscreverão a decisão judicial.

Como visto no primeiro Capítulo deste estudo, os aportes teóricos consubstanciados na reviravolta linguístico-pragmática, na tópica jurídica e na lógica retórica tornam inadmissíveis raciocínios cognitivos que aspirem a enunciados normativos absolutistas e desconectados do contexto situacional em que são chamados a atuar, devendo-se proceder, para garantir a racionalidade do discurso, à presentificação dos textos normativos, de modo a adaptá-los à

surgimento de um acordo ou posição racional sobre a conduta a ser praticada. Ainda que um consenso não se verifique na prática, a democracia deliberativa se favorece do fato de ter sido a decisão objeto de uma discussão argumentativa pluralista, retirando o indivíduo da condição de súdito (que se submete) para o *status* de ativo coautor da elaboração da norma, verdadeiramente cidadão e partícipe desse processo”.

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 109, destaques no original.

²⁸⁰ Antonio do Passo Cabral igualmente afirma que “na esteira da concepção democrática da jurisdição, o processo representa outro cenário de discurso público, mais uma canal de desenvolvimento da democracia deliberativa” (*ibidem*, p. 111). No mesmo sentido, NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial. Segunda Série*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 159, para os quais “há de se esclarecer que ao se falar de processo está se tratando de uma estrutura que implementa um debate (diálogo) para a formação das decisões. O processo assim é visto em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo, de um lado, uma blindagem (limite) às atividades equivocadas dos sujeitos processuais e, de outro, garantindo a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas”.

realidade social em que incidentes, o que se faz mediante a consideração do caso concreto e dos princípios jurídicos do sistema, tudo no bojo de um discurso dialético plural cuja deliberação possa ser vista como síntese proposicional de todo esse processo.

Essas incursões filosóficas fundam um novo paradigma de racionalidade para o processo, na medida em que se lho compreenda como um dos contextos normativos institucionalizados para o desenvolvimento do discurso jurídico vocacionado à tutela jurisdicional dos direitos.

Na esteira dessa visão discursiva do processo, causa de pedir (remota e próxima) e pedidos, uma vez afirmados em juízo, passam a ser enxergados como hipóteses narrativas que serão confirmados ou não pela atuação argumentativa (provas) das partes, sendo consideradas corretas as proposições fáticas ou jurídicas que forem corroboradas na maior medida pelo discurso dialético.

Daí porque imperioso reconhecer, para além da função instrumentalista, o viés discursivo do processo, concebendo-o como o ambiente de presentificação dos enunciados normativos e de concretização das narrativas fáticas deduzidas pelas partes a respeito dos eventos ocorridos fora do processo e a respeito dos quais pedem o pronunciamento judicial²⁸¹.

As duas incursões teóricas rapidamente abordadas não permitem mais visualizar o processo exclusivamente como instrumento. Ou, como prefere Gisele Santos Fernandes Góes²⁸², “o processo se assenta como um genuíno instrumento ético e não somente técnico”.

Embora continue sendo possível estabelecer uma salutar relação finalística, teleológica entre processo e concretização de direitos e interesses, é preciso compreender, também, que o mesmo exerce a função de inserir os interessados na decisão estatal no ambiente discursivo de formação da(s) norma(s) jurídica(s) a que é vocacionado.

Olhando a dinâmica do fenômeno processual igualmente através dessa lente do discurso, Hermes Zaneti Júnior²⁸³ desenvolve teoria que se reputa em sintonia fina com a concepção proposicional de processo deste estudo: trata-se da “teoria da circularidade dos planos”.

²⁸¹ No mesmo sentido, ROLO, Rafael Felgueiras. *O Processo Coletivo e o Papel da Coletividade Ausente*. Op. cit., p. 69, para quem “o processo judicial é um ‘espaço público’ de atualização oficial dos discursos jurídicos difundidos fora de seu âmbito de influência”.

²⁸² Bases para uma atual Teoria Geral do Processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda Série. Op. cit., p. 302.

²⁸³ *Processo Constitucional*. Op. cit., p. 204-205.

Segundo o expoente da Escola do Rio Grande do Sul de Direito Processual, deve-se conceber o processo como o instrumento não exatamente para a consecução dos escopos estatais (visão instrumentalista clássica), mas com o qual “fazemos a escrita, pelo Poder Estatal (Poder Judiciário), da nova ordem jurídica”. Perceba-se o sentido constitutivo escondido por detrás do tempo verbal empregado pelo autor: não se trata simplesmente de descrever um significado e sentido previamente existentes ao processo, para então aplicá-los aos fatos trazidos pelas partes; trata-se de atualizar e construir, no processo e no tempo presente, as normas jurídicas²⁸⁴.

O simpático dessa teoria está em ostentar o papel sempre constitutivo da jurisdição, não importando as eficácias sentenciasais (declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental etc.) pretendidas pelas partes, bem como em conceber a técnica processual como tutela jurisdicional autônoma frente à tutela jurisdicional do direito material, na medida em que contém conteúdo próprio.

Isso porque, como anotou Hermes Zaneti Júnior²⁸⁵, “o direito material se torna incerto no processo, a tal ponto de caracterizar-se naturalmente como afirmação; portanto, sempre estará ali *in status assertionis*, jamais como verdade insofismável, imutável”, cabendo ao processo, visto como tutela jurisdicional específica, a sua consideração dialética para a construção criativa e prospectiva de uma solução normativa (norma jurídica) nova e específica, “no sentido de defini-la melhor como direito subjetivo, mas também universalizável”²⁸⁶.

Essa visitação – grosseria, sem dúvida – da teoria da circularidade dos planos, procurou apenas corroborar aquilo que é o desiderato deste tópico, vale dizer, despertar o leitor para o fato de que é o processo, enquanto espaço ou contexto normativamente institucionalizado para a prestação jurisdicional (formação da decisão estatal; norma jurídica

²⁸⁴ Idem, ibidem. Na lição do autor (destaques no original), “o processo desenvolve (sempre) algo diverso do direito material afirmado pelo autor na inicial, algo que por sua vez é diverso mesmo da norma expressa no direito material positivado. Diverso está aí como elemento de substituição, mesmo que idêntica à previsão legal: a norma do caso concreto passou pela certificação (pelo *accertamento*, como se diz na Itália) do Poder Judiciário. Pode-se dizer, nesse sentido, que entre *processo* e *direito material* ocorre uma *relação circular*, o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele. Nessa senda, o processo constrói uma verdade interna razoável e argumentativa, um ‘direito material novo’”.

²⁸⁵ Idem, ibidem, p. 215-216. Mais adiante (p. 218-219), ratifica o autor que “o direito material, quando levado a juízo, se torna uma expectativa, se volatiliza toda a certeza que eventualmente tem seu requerente, ou mesmo a que lhe parece oferecer o ordenamento jurídico material”. Obviamente que essa volatilização por que passa o direito material por ocasião de sua judicialização admite níveis – e isso não pode ser aprofundado neste espaço, dado o foco nuclear deste estudo –, mas o importante é que ela sempre acontece.

²⁸⁶ Idem, ibidem, p. 229.

concreta), que tem o papel de garantir o exercício ordenado dos vários discursos dos sujeitos interessados na decisão estatal e na norma jurídica que ela encerra.

É o processo que desempenha a função de assegurar que a presentificação dos enunciados jurídicos e fáticos que compõem o conflito (pronunciamento estatal final) seja resultado de influências discursivas plurais, democratizando a deliberação estatal.

E uma vez recordado que o modelo de pensamento sistemático reputado mais correto para as incursões cognitivas modernas (nos moldes de Canaris) invoca como método de obtenção concreta das proposições jurídicas um discurso racional consistente numa construção argumentativa guiada por texto normativo, princípios gerais do Direito e caso, fica claro que é o processo o *locus* de desenvolvimento desse elemento discursivo ou argumentativo da teoria canariana.

Essa compreensão é importante para que se perceba que qualquer posição cognitiva que negue participação no processo a qualquer sujeito envolvido no conflito a ser vinculativamente resolvido pela Jurisdição estará subtraindo-lhe a capacidade de influenciar a norma jurídica a ser criada e, nessa extensão, diminuindo a pluralidade dos discursos a serem considerados e a própria controlabilidade da decisão estatal, em grave afronta à teoria discursiva que informa o modelo democrático de processo²⁸⁷.

Obviamente que não se pode recusar aprioristicamente toda e qualquer limitação à participação processual dos sujeitos de alguma forma envolvidos nas controvérsias a serem dirimidas no Poder Judiciário – aliás, os litígios coletivos versando sobre direitos difusos são exemplo evidente de absoluta impraticabilidade da atuação processual de todos os envolvidos no conflito (muitas vezes todas as pessoas de um bairro, cidade, região etc.) –, sobretudo quando a limitação é imposta em ordem a prevenir situações de extrema complexidade ou perturbação da marcha processual, o que acabaria por prejudicar o desenvolvimento do discurso dos demais sujeitos e a própria realização célere e efetiva do direito²⁸⁸.

²⁸⁷ Aliás, como sintetizou Antonio do Passo Cabral “a teoria do discurso tenta provar duas ideias básicas sobre a legitimidade do ordenamento jurídico: que os cidadãos são aqueles que decidem sobre o direito (as normas a serem vinculativamente aplicadas); e que o procedimento decisório é racional e controlável” (*Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 109).

²⁸⁸ São os casos que a doutrina convencionou chamar de litisconsórcio multitudinário, isto é, quando a elevada extensão quantitativa de litisconsortes, com o potencial exercício autônomo e individualizado de poderes e faculdades processuais, comprometeria a prestação adequada da tutela jurisdicional, nela compreendidas a efetividade da jurisdição e a razoável duração do processo. O art. 113, § 1º, do NCPC corporifica essa noção: “o juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”.

Daí porque plenamente possível estabelecer, com base em situações concretas de improcedibilidade da atuação processual de todos os interessados na decisão, limitações à admissão de sujeitos no diálogo estruturado pelo processo, mas desde que essa limitação sirva ao aperfeiçoamento do próprio diálogo, de modo a evitar perturbações indesejáveis.

A regra, contudo, é que o processo funcione como instrumento de fomento do discurso dialético vocacionado à formação da decisão estatal, majorando a sua pluralidade e controlabilidade, ao mesmo tempo em que garante maior legitimidade à norma jurídica dela resultante.

Nesse diapasão, o importante é entender que, sendo o processo o ambiente de desenvolvimento do discurso dialético legitimador da norma jurídica construída pela decisão judicial, nele devem idealmente intervir – ou pelo menos ser chamados a tanto – todos aqueles que serão atingidos pela eficácia sentencial, ou, nas hipóteses de impossibilidade ou extrema inconveniência desse expediente, a maior medida possível de envolvidos na controvérsia, até o limite em que essa pluralização cause embaraços ao regular curso procedimental, a fim de garantir maior grau de legitimação democrática à norma jurídica produzida.

A esta altura, parece não haver dúvida de que o proclamado viés discursivo do processo remete à sua compreensão como um dos espaços normativamente institucionalizados para a implementação do discurso plural e dialético de que se nutre a decisão judicial que cria a norma jurídica do caso concreto, discurso esse que, bem vistas as coisas, corresponde ao discurso racional ou argumentativo de que fala Canaris ao desenhar o modelo de pensamento sistemático abraçado por este estudo.

E uma vez localizado o ambiente de desenvolvimento desse discurso racional, resta identificar os elementos substanciais que devem integrar o raciocínio canariano, a saber, texto normativo, princípios gerais do Direito e caso. A esse específico se dedicará o tópico seguinte.

5.2. ALGUNS PRINCÍPIOS DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: PONTOS DE VISTA NECESSÁRIOS PARA O JUÍZO PROPOSICIONAL ACERCA DA LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO

Para alcançar a hipótese a que se propôs este estudo, impende acomodar o problema da negativa de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas em geral nos lindes do pensamento sistemático canariano.

No tópico anterior, viu-se que o elemento racional ou argumentativo que constitui o método (procedimental) de obtenção do juízo proposicional canariano se materializa no

processo judicial democrático-deliberativo, o que tornou possível avançar para os elementos substanciais que compõem o conteúdo desse raciocínio proposicional argumentativamente formado – texto normativo, princípios gerais do Direito e caso.

No tocante ao objeto nuclear deste estudo, jamais é ocioso sublinhar que o caso (ou problema concreto) consiste na imputação de legitimidade ativa provocativa ao indivíduo para a tutela coletiva, que encontra nos arts. 5º da LAC e 82 do CDC os textos normativos mais específicos a seu respeito, ambos já amplamente abordados nas linhas precedentes.

O último elemento que ainda carece de abordagem para a síntese proposicional desde o início ambicionada por este estudo, portanto, consiste nos princípios jurídicos que constituem, ao lado dos textos normativos pertinentes, pautas de normatividade (previsão e consequência) igualmente relevantes para a formulação da proposição jurídica vocacionada a resolver o problema²⁸⁹.

É bom que se advirta, antes de tudo, que não se pretende abordar todos os princípios que informam o sistema de tutela coletiva, muito menos tangenciar as muitas – e tão importantes – discussões na Teoria do Direito acerca do conceito, estrutura enquanto espécie normativa, ou funções dos princípios.

Ao contrário, este estudo se favorece apenas da aproximação aos princípios que têm íntima relação com a questão da legitimidade ativa provocativa no campo da tutela coletiva, e isso aproveitando a sua compreensão corrente na doutrina, exclusivamente para evidenciá-los como elementos argumentativos que devem ser levados em conta por ocasião da formulação das proposições jurídicas que respondem positiva ou negativamente à indagação de se determinado sujeito detém ou não legitimação ativa *ad causam* para as ações coletivas.

Precisamente, apenas três são os princípios cujo redimensionamento ou especialização diante da tutela coletiva interessa considerar: a) o do acesso à justiça (ou inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva); b) do contraditório e c) da primazia da cognição de mérito (ou absoluta instrumentalidade da técnica processual coletiva).

²⁸⁹ Este estudo não deixou para avizinhar-se por último dos princípios jurídicos por atribuir-lhes menor importância dentre os elementos que integram o raciocínio sistemático canariano. Como já se teve a oportunidade de afirmar, Canaris aponta os princípios gerais de Direito como elemento fundamental do sistema jurídico. Aliás, como afirmou Jean Carlos Dias, “não parece haver mais dúvida no pensamento jurídico contemporâneo que os elementos que compõem o sistema jurídico são os princípios” (Existe um Sistema Processual Coletivo? Op. cit., p. 395). Assim, inverteu-se a ordem e se deixou os princípios jurídicos para a derradeira incursão elementar precisamente porque se lhes atribui relevância ímpar e, nessa extensão, para que as asserções sobre eles realizadas estejam o mais latente possível na mente do leitor que se aproxima da parte final e proposicional desta obra.

De todo modo, apenas para manter a transparência com o leitor e fixar um marco teórico a partir do qual se delinearão as incursões deste tópico, aqui se adotará como principal referencial a obra “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.

Essa escolha tópica, entretanto, não é aleatória: a obra em tela compartilha em larga medida das mesmas premissas teóricas e filosóficas deste estudo²⁹⁰⁻²⁹¹, de maneira que sua adoção não representará qualquer ruptura ao encadeamento argumentativo em curso. Ao contrário, ela ainda fornecerá elementos teóricos novos que serão igualmente importantes para a compreensão das proposições ulteriores.

Inicialmente, são inteiramente aproveitáveis o conceito de princípio e a definição de seu potencial deontológico lançados por Humberto Ávila²⁹²:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primeiramente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (...). Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.

O segundo aporte teórico da teoria de Humberto Ávila que convém incorporar a este estudo consiste na noção de “dissociação heurística” por ele proposta.

Na linha dessa teoria, uma vez que o texto normativo é apenas o ponto de partida da atividade interpretativa e que o produto dessa atividade – a norma jurídica – depende de

²⁹⁰ Apenas para ilustrar esse compartilhamento das premissas teóricas e filosóficas mais importantes, pode-se indicar que Humberto Ávila sustenta a desvinculação entre texto e norma, sendo essa o sentido construído a partir da [inevitável] interpretação de textos normativos, sem que haja, entretanto, necessidade de correspondência entre norma e dispositivos, no sentido de que, para que exista uma norma, não necessariamente há de haver um dispositivo que lhe sirva de suporte, ao passo que o dispositivo é apenas ponto de partida da interpretação (*Teoria dos Princípios*. Op. cit., p. 50-51 e 54). Além disso, o autor se insere no mesmo paradigma de filosofia da linguagem deste estudo, inclusive com apoio na racionalidade do 2º Wittgenstein, haja vista considerar que “a interpretação não se caracteriza como ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto”, de modo que o agente, ao interpretar, cria ou “constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significados – sentidos –, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso”, embora esse sentido não seja livremente constituído pela interpretação, haja vista “a existência de significados incorporados ao uso linguístico e constituídos na comunidade do discurso”, daí porque, a rigor, “o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido” (p. 51-53, destaques no original). Há de premissa compartilhada, ainda, a recusa à lógica formal e dedutiva como método de aplicação do Direito, uma vez que considera implausível aceitar que a mesma envolva “uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação” (p. 52).

²⁹¹ Perceba-se, outrossim, que o compartilhamento dessas premissas não se esgota no campo teórico, eis que delas é possível extrair, por exemplo, a implicação concreta de conceber o processo exatamente nos moldes delineados no tópico antecessor, isto é, como *locus* de desenvolvimento do discurso judicial plural (democrático) voltado à constituição da norma jurídica concretizada na decisão. Hermes Zaneti Júnior adota o mesmo enfoque discursivo e constitutivo de processo, inclusive se apoiando nos ensinamentos de Humberto Ávila, ao afirmar que “é no discurso judicial com a participação das partes e do julgador, com a sua colaboração (pretensão de correção) na interpretação dialógica, que se dá o sentido e significado, ora de regra, ora de princípio, ao dispositivo afirmado. Tem-se assim um sentido reconstruído pela interpretação” (*Processo Constitucional*. Op. cit., p. 231-232).

²⁹² *Teoria dos Princípios*. Op. cit., p. 102 e 104.

conexões axiológicas e construções linguísticas que não estão incorporadas nem pertencem ao próprio texto normativo – daí o sentido de que o intérprete reconstrói a norma jurídica – para que receba uma determinada qualificação (regra, princípio ou, como o autor acrescenta, postulado); tem-se que cada uma dessas espécies normativas constitui sempre uma alternativa, funcionando como modelo ou hipótese provisória de trabalho para a [re]construção de conteúdos normativos que atendam às circunstâncias axiológicas, linguísticas e fáticas contemporâneas à interpretação²⁹³.

E sendo cada qualificação normativa apenas uma alternativa dentre alternativas, as quais, outrossim, não são excludentes (no sentido de que a construção de uma espécie normativa excluiria a existência das demais), mas alternativas inclusivas, um mesmo dispositivo ou conjunto deles pode encerrar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Nas palavras de Ávila²⁹⁴, “um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”²⁹⁵.

Essas breves incursões na teoria dos princípios de Humberto Ávila servem para que os princípios da tutela coletiva que serão, na sequência, objeto de investigação sejam encarados segundo o conceito e o potencial deontológico por ele preconizados, bem como para que se perceba que os textos normativos que lhes servem de suporte têm aptidão normal para subsidiar outros tipos de qualificações normativas, quer experimentem uma interpretação que privilegie sua dimensão comportamental (regras); quer metódica (postulado).

Parece possível, enfim, adentrar nos três princípios que constituem, enquanto pautas normativas com carga deontológica, pontos de vista necessários ao juízo proposicional acerca da legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas. Por não haver, porém, pretensão de exaurimento da matéria e almejar-se uma investida na medida estritamente

²⁹³ Idem, *ibidem*, p. 91-92.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 92, destaque no original.

²⁹⁵ Para fechar a imagem dessa dissociação heurística com alternativas inclusivas, convém insistir na lição do próprio Humberto Ávila de que “os dispositivos que servem de ponto de partida para a construção normativa podem germinar tanto uma regra, se o caráter comportamental for privilegiado pelo aplicador em detrimento da finalidade que lhe dá suporte, como também podem proporcionar a fundamentação de um princípio, se o aspecto valorativo for *autonomizado* para alcançar também comportamentos inseridos noutros contextos. Um dispositivo cujo significado preliminar determina um comportamento para preservar um valor, caso em que seria enquadrado como uma regra, permite que esse valor seja autonomizado para exigir outros comportamentos, não descritos, necessários à sua realização” (*ibidem*, p. 93, destaque no original). Como o autor também acrescenta a essas categorias normativas a figura dos postulados, como “*instrumentos normativos metódicos*, isto é, como categorias que impõem condições a serem observadas na aplicação das regras e dos princípios, com eles não se confundindo” (p. 94, destaque no original), tem-se que também essa qualidade normativa pode advir da interpretação fundada na dissociação heurística, inclusive concomitantemente com regras e/ou princípios.

necessária à contribuição para a resolução do problema, dar-se-á ênfase às peculiaridades dos aludidos princípios no âmbito da tutela coletiva.

Como anunciado, o primeiro deles é o princípio do acesso à justiça, que tem como desdobramento a inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva.

A localização topográfica do princípio no Direito brasileiro está no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se de garantia com assento constitucional insuscetível de restrição ou abolição, nem mesmo por emenda constitucional, logo, cláusula pétrea²⁹⁶.

Logo fica evidente que o princípio em tela não decorre diretamente da fórmula inscrita no dispositivo constitucional citado, dele sendo, pois, mero ponto de partida textual ao qual se agregam muitas outras adições axiológicas.

Pensa-se que, a rigor, sequer haveria a necessidade de previsão textual mínima do princípio, na medida em que o acesso à justiça representa direito fundamental ínsito ao Estado de Direito, funcionando como garantia de que outros interesses, uma vez albergados pelo ordenamento jurídico, possam ser implementados numa dimensão empírica, inclusive mediante o uso dos meios coativos que o próprio ordenamento coloca à disposição do seu titular²⁹⁷.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁹⁸ parecem concordar com essa assertiva, eis que, mesmo sem adotar qualquer Direito positivo como base referencial, assim definiram o acesso à justiça:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

A garantia de acesso à justiça, portanto, situa-se no próprio conteúdo do conceito de Estado de Direito, sendo inerente tanto às relações intersubjetivas de índole individual indivíduo(s)-indivíduo(s) e indivíduo(s)-Estado, quanto às relações jurídicas plurissubjetivas e

²⁹⁶ *Ex vi* do art. 60, § 4º, inciso IV, da própria Constituição, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

²⁹⁷ No mesmo sentido, VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 135-136; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 64-65 e 68; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo. Op. cit., p. 302. Nas palavras dessa última autora, “o acesso à justiça está umbilicalmente vinculado à tutela jurisdicional adequada e deve constituir a raiz da Teoria Geral do Processo, eis que representa um dos pilares do Estado Constitucional”.

²⁹⁸ *Acesso à Justiça*. Op. cit., p. 5.

transindividuais, em que figuram nos respectivos polos uma dada coletividade, categoria ou grupo de pessoas.

À satisfação do princípio não basta, ademais, a mera instituição de um canal de reivindicação de direitos por quem quer que os julgue lesados ou ameaçados de lesão, o que asseguraria, no máximo, um acesso formal à justiça²⁹⁹.

Como afirmou, com acerto, Elton Venturi³⁰⁰, “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional assume, no Estado Social, um sentido muito mais *ativo*, verdadeiramente *prospectivo*”.

Quer isso significar que a tutela coletiva, enquanto vocacionada à salvaguarda de direitos transindividuais que abrangem, *inter alia*, direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais de inegável proclamação normativa, tem a incumbência de fornecer proteção integral, célere e efetiva que sirva de instrumento não apenas de resguardo desses direitos, mas também de sua promoção prospectiva e sua contínua afirmação como parte integrante da ordem jurídica³⁰¹.

Por outro lado, deve ser negado curso, porque de todo incompatível com essa dimensão prospectiva do princípio do acesso à justiça – e se, no Brasil, ele é norma com assento constitucional, a incompatibilidade é com a própria Constituição –, a qualquer restrição desmedida ao sistema de tutela coletiva, haja vista que toda limitação ao seu emprego implicará, *ipso facto*, limitação ao acesso à justiça e, em alguma medida, a não realização da ordem jurídica³⁰².

Obviamente que essa orientação no sentido de ampliar o acesso à justiça não pode ser encarada como um fator inibitório de todo e qualquer condicionamento, quer de ordem legislativa, quer de ordem judicial, ao exercício da tutela coletiva.

²⁹⁹ No mesmo sentido, GÓES, Gisele Santos Fernandes. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo. Op. cit., p. 301, para quem “o acesso à justiça não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, porque, se a tutela jurisdicional não tiver meios para assegurar e realizar suas decisões, não adiantará o ingresso, tendo em vista a inefetividade do acesso à justiça e, como resultante, do direito, pela ausência de suas conseqüências”.

³⁰⁰ *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 137, destaques no original.

³⁰¹ Idem, *ibidem*. Por isso, aliás, que continua atual a feliz expressão de Kazuo Watanabe, que afirmou o princípio em tela como o acesso a uma “ordem jurídica justa” (*apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 61).

³⁰² No mesmo sentido, VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 137, onde se lê: “portanto, na medida em que o sistema processual brasileiro hoje disponibiliza não só a via individual, mas também a via coletiva, com o escopo de atuação dos direitos fundamentais, o acesso à justiça passa a ser garantido pela conjugação de ambas, na forma legalmente prevista, não sendo admissíveis, sob a ótica constitucional, restrições legislativas ou judiciais ao pleno desenvolvimento desse sistema”. Mais adiante (p. 139), arremata: “a coletivização do acesso à tutela jurisdicional, assim, assume um papel de instrumento concretizador do justo processo”.

Aliás, para perceber isso basta visualizar que os pressupostos processuais, condições da ação, a vedação à produção de prova ilícita, os ritos de produção de prova, a estabilização da demanda e muitos outros tipos jurídicos voltados à limitação ao exercício de poderes, direitos e faculdades processuais continuam sendo realidades aplicáveis ao processo coletivo, embora com as necessárias adaptações.

O amplo acesso à justiça é avesso, isto sim, a restrições ao emprego da tutela coletiva ou mesmo à excessiva formalização da técnica processual que não tenham o condão de alcançar maior grau de racionalidade e efetividade da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais. Ou seja, o condicionamento da tutela coletiva somente será admissível quando os benefícios efetivamente alcançados com a restrição sejam maiores do que os prejuízos advindos da restrição ao acesso à justiça: trata-se de um juízo de proporcionalidade que parte de uma inicial inclinação em prol do acesso à justiça e que, por isso, reclama um maior ônus argumentativo para considerar-se justificada a eventual restrição.

Para finalizar os contornos do princípio em comento, é imprescindível que se forneça um dado histórico que, embora invisível àqueles – de visão míope – que sustentam repousar o acesso à justiça no texto do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, é elemento fundante da leitura coletiva e prospectiva que se pretende emprestá-lo.

É que o dispositivo invocado, ao menos no seu sentido mais incipiente de garantia de acesso à justiça, não fora inaugurado na Constituição de 1988, encontrando páreo na Constituição brasileira imediatamente anterior (com a redação dada pela Emenda nº 1/1969), cujo art. 153, § 4º, incluía, no rol de direitos e garantias fundamentais, a determinação segundo a qual “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Quando a Constituição de 1988, no exercício do poder constituinte originário, instituiu uma nova ordem política e jurídica, revogando o art. 153, § 4º, da Constituição até então vigente para colocar no seu lugar o art. 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), ali promoveu uma omissão das mais eloquentes.

Ao suprimir o vocábulo “individual” que adjetivava o direito cuja apreciação não poderia ser subtraída do Poder Judiciário, o que fez o Legislador Constituinte foi elastecer sobremaneira a garantia de acesso à justiça até então direcionada à proteção de direitos individuais (marcada por uma visão liberal de direitos subjetivos), para assegurar a adequada tutela jurisdicional – corolária do acesso à justiça – de toda a gama de direitos e interesses metaindividuais que igualmente proclamou em diversos outros dispositivos constitucionais.

Perceba-se que essa garantia fundamental não está voltada apenas à tutela jurisdicional prestada pelo Estado como produto final de um procedimento qualquer, como se fosse seu dever unicamente dar a melhor resposta possível a título de proteção do direito material – tutela jurisdicional de direito material –, mas igualmente à existência de técnicas processuais idôneas a ensejar provimentos jurisdicionais com eficácias (declaratória, constitutiva, condenatória, inibitória, executiva etc.) adequadas ao litígio coletivo – tutela jurisdicional de direito processual – e das quais possam valer-se os próprios interessados na sua tutela³⁰³.

Sob a nova ordem constitucional, então, firma-se o princípio do acesso à justiça também como uma garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva, sentido esse que se agrega ao texto do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição e impõe, nessa toada, um elevado ônus argumentativo para que se tome como justificada qualquer restrição – legislativa ou judicial (interpretativa) – à sua prestação.

O segundo princípio que merece incursão em razão da sua pertinência para o juízo proposicional a respeito da existência de legitimidade ativa para o processo coletivo é o do contraditório.

O redimensionamento desse princípio à luz das peculiaridades do processo coletivo passa também pela concepção de processo abordada no item 5.1 acima.

Isso porque, tradicionalmente, o princípio do contraditório era visto apenas como um direito de bilateralidade de audiência, que compreendia os direitos de informação e reação no processo, de modo a oportunizar às partes a possibilidade de evitar ou reagir a eventuais posições jurídicas desfavoráveis³⁰⁴.

Essa concepção fora amplamente abraçada pela visão publicística da instrumentalidade do processo, que lhe atribuía o propósito maior de conferir mais força à

³⁰³ Poder-se-ia questionar que, no caso das ações coletivas, essa dimensão processual do princípio da prestação adequada da tutela jurisdicional devesse ser encarada com reservas, uma vez que a ampliação do acesso à justiça poderia surtir o efeito inverso de pulverizar as ações coletivas e inviabilizar a prestação do serviço justiça. O argumento não merece prosperar. Isso porque, como anotou Antonio Gidi, “se é verdade que, a curto prazo, a existência das ações coletivas aumenta a litigiosidade, abrindo as portas dos tribunais para a chamada ‘litigiosidade contida’, por outro lado, esse amplo acesso ao Judiciário é um estímulo ao cumprimento voluntário da lei e um desestímulo à prática de condutas que lesem grupos. Afinal, a economia processual não é um fim em si mesma e deve se moldar às necessidades emergentes da sociedade em um determinado momento histórico. A simples possibilidade da tutela coletiva, e da conseqüente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas e resistam à tentação de obter lucros fáceis em detrimento de direitos e interesses de uma coletividade que, de outra forma, estaria completamente indefesa e vulnerável (*deterrence*)” (*A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 36).

³⁰⁴ Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 104; NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 159.

decisão estatal, mesmo que as manifestações das partes não ressoassem no conteúdo do provimento decisório estatal³⁰⁵.

O papel do contraditório, na linha dessa visão instrumentalista e publicista de processo, era reduzido ao binômio informação-reação, compreendido como a necessidade de dar ciência dos atos processuais às partes e facultá-las o exercício de situações jurídicas processuais ativas e passivas (poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições), o que garantiria o desenvolvimento pleno da relação jurídica processual e a efetividade da garantia constitucional em tela³⁰⁶.

Uma vez, porém, que a Ciência Processual despertou para a profunda imbricação existente entre processo e teorias do discurso – passando a compreendê-lo não apenas como instrumento, mas também como espaço, ambiente, meio, contexto ou *locus* de desenvolvimento do discurso dialógico e plural em que devem atuar todos aqueles que possuem interesse na decisão estatal a ser alcançada, neles incluídos o próprio Estado-juiz, que não mais ostenta qualquer acesso privilegiado ao conhecimento³⁰⁷ –, descortinou-se novos horizontes para o estudo do contraditório e a sua revisitação culminou em uma concepção inteiramente renovada.

Nesse contexto de processo como estrutura dialética, o contraditório assume novos contornos e passa a ser o vetor normativo-processual³⁰⁸ que fomenta o discurso intersubjetivo de todos os sujeitos do processo e, nessa medida, realiza os propósitos da democracia deliberativa e da presentificação da norma jurídica.

³⁰⁵ NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. Op. cit., p. 159, para quem a essa concepção tradicional do princípio do contraditório “bastariam o dizer e o contradizer das partes para garantir o seu respeito, mesmo que estas ações não encontrassem ressonância na estrutura procedimental e no conteúdo das decisões, permitindo, deste modo, tão somente uma participação fictícia e aparente”.

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 159-160. Elucidando esse papel do contraditório na visão da instrumentalidade do processo, Rafael Rolo anota que “*a exigência constitucional do contraditório é instrumentalizada em prol da maior eficiência do serviço público estatal de prestação da Jurisdição por um corpo especializado, a quem caberia a última palavra sobre a própria possibilidade de desconsideração das exigências de participação. (...) Em resumo, o contraditório seria dispensável se não fosse desejável ao Estado que suas decisões sejam minimamente ‘aceitas’ na sociedade, sabendo-se que o cidadão tem mais propensão em aceitar o domínio externo caso se sinta minimamente integrado à instância decisória. O paradoxo da dualidade ‘interno/externo’ é constitutivo de grave ilusão imposta aos súditos, portanto. Importa ‘se sentir’ integrado à instância de poder (ou melhor: de ‘força’), da qual se está excluído a priori*” (op. cit., p. 54, destaques no original), para concluir no sentido da “*função meramente retórica do discurso oficial*” do Estado.

³⁰⁷ Dierle Nunes esclarece essa transformação ao relatar que os avanços teóricos no campo da Teoria do Processo tornaram “inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual, que de um lado possuiria o juiz como terceiro com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e de outro com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de ‘bem comum’ desse órgão judicial” (O Princípio do Contraditório. Op. cit., p. 158).

³⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 111.

Todo esse movimento de valorização democrática do diálogo e de pluralização do debate leva a uma compreensão do contraditório como direito de influência³⁰⁹, isto é, o poder que todos os partícipes do processo decisório têm de interferir, segundo as regras de harmonização do debate, na própria condução do procedimento e, principalmente, de condicionar eficazmente tanto a atuação dos demais sujeitos do processo, como o conteúdo e o sentido da norma jurídica criada pela decisão³¹⁰.

Confira-se, nessa linha, a precisa lição de Antonio do Passo Cabral³¹¹:

A necessidade de que as decisões vinculativas (expressões de poder) sejam precedidas de debates pluralistas entre vários sujeitos reclama um elemento principiológico que confira dialeticidade e intersubjetividade ao procedimento: o contraditório moderno representa o direito de influir, a faculdade do cidadão de interferir nesses procedimentos e condicionar eficazmente a atuação dos demais sujeitos do processo.

Veja-se que essa concepção de contraditório³¹² passa a integrar o próprio conteúdo do fenômeno processual³¹³, que jamais conseguirá desempenhar o seu papel de instrumento garantidor da formação democrática da decisão estatal sem um contraditório que engaje todos os sujeitos do processo (juiz, partes e terceiros) na resolução dialogada das questões de fato ou de direito importantes para chegar-se à fase decisória (desenvolvimento do procedimento) e para a construção da norma jurídica concreta que regerá o conflito (mérito)³¹⁴.

Por outro lado, a decisão estatal resultado de um processo que cumpre o seu viés discursivo, norteado por um contraditório substancial que preza pela dialeticidade

³⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 112-114; NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. Op. cit., p. 162.

³¹⁰ Essa versão do contraditório como direito de influência parece ter sido a orientação teórica que animou a formulação de diversos dispositivos do NCPC, dos quais se pode citar os simbólicos arts. 9º (“não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”) e 10 (“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”).

³¹¹ *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 112.

³¹² Dierle Nunes igualmente preconiza o papel do contraditório como direito de participação dialética dos sujeitos processuais, em passagem que sintetiza a sua função em vários momentos metodológicos da Ciência Processual: “o processo que durante o liberalismo privilegiava o papel das partes e que após s grandes movimentos reformistas pela oralidade e pela instauração do princípio autoritário implementou um ativismo judicial que privilegiava a figura do juiz passa em um Estado democrático, com a releitura do contraditório, a permitir uma melhora da relação juiz-litigantes de modo a garantir um efetivo diálogo e comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*) entre os sujeitos processuais na fase preparatória do procedimento (audiência preliminar para fixação dos pontos controvertidos), e na fase de problematização (audiência de instrução e julgamento) permitindo a comparticipação na estrutura procedimental” (O Princípio do Contraditório. Op. cit., p. 159).

³¹³ Por isso acerta Rafael Felgueiras Rolo quando recomenda deva ser enxergado o contraditório “não como um mero valor quantificável e passível de ser ‘relativizado’ ao gosto de quem quer que seja (partes, ou juiz), mas como a própria condição de possibilidade do processo judicial entendido como espaço público de exercício de pressões e contrapressões políticas e de atualização contínua do discurso jurídico democrático” (*O Processo Coletivo e o Papel da Coletividade Ausente*. Op. cit., p. 125).

³¹⁴ NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. Op. cit., p. 164.

argumentativa, deixa de ser uma imposição calcada unicamente na face autoritativa do Estado, para alcançar ares de solução dialogada e condicionada pelo exercício da influência dos sujeitos processuais.

E justamente em razão de o contraditório situar-se no próprio conteúdo do fenômeno processual – o art. 5º, inciso LV, da Constituição³¹⁵ não permite outra conclusão –, o seu estudo pertence à Teoria Geral do Processo, a significar que tudo quanto se disse até aqui é inteiramente aplicável ao processo coletivo, ramo do processo dedicado aos direitos metaindividuais.

No âmbito do processo coletivo, na verdade, sua manifestação se torna ainda mais emblemática, uma vez que, como visto, nele vige um modelo “automaticamente inclusivo” que se serve, ainda, da técnica de imputação da legitimidade para a propositura da ação coletiva a pessoas e entes estranhos à coletividade, categoria ou grupo de pessoas que são, a rigor, os verdadeiros titulares dos direitos e interesses coletivos a serem por meio dela tutelados.

O hiato dialogal existente entre os titulares dos direitos coletivos e os sujeitos legalmente eleitos para a sua persecução judicial, a que se aludiu no item 4, supra, é fator que acentua a delicadeza do princípio do contraditório para o processo coletivo, uma vez que a ausência de instrumentos que garantam aos próprios titulares do direito em discussão um nível mínimo de influência nos rumos do processo e nos lindes da decisão do estado-juiz acabaria por resgatar a relação de dominação-sujeição que caracterizava o processo num momento metodológico da Ciência Processual que há muito se acreditava estar superado diante das modernas teorias discursivas e democráticas.

Se na visão tradicional do contraditório o direito de informação-reação era confinado àqueles que poderiam vir a suportar alguma posição jurídica prejudicial, o que limitava a aplicação do princípio eminentemente às partes³¹⁶, no processo coletivo esse formato há de ser completamente repensado, de modo a estender o contraditório a todos que possam contribuir para o aprofundamento da cognição e, pois, participar como efetivo coprotagonista do processo decisório e coautor da norma jurídica vinculativa.

³¹⁵ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório...

³¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 104-105.

Essa ampliação do contraditório é, para Dierle Nunes³¹⁷, imprescindível para o trato da litigiosidade coletiva, para quem “num processo coletivo o debate e a cognição devem se dar de modo mais ‘participativo’, sob pena de não se obter a decisão mais adequada (e legítima) além de permitir a formação de resultados ineficientes para a coletividade”.

Assim, é preciso redefinir o papel do contraditório para o fenômeno processual; mais ainda para o processo coletivo, no sentido de concebê-lo como direito de influência e postulado metodológico de todo o *iter* procedimental, cuja função é fomentar o diálogo entre os sujeitos processuais e tornar ilegítima toda restrição à participação de sujeitos que possam contribuir ao exercício da função judicante.

O último princípio a que se pretende fazer referência é o da primazia da cognição de mérito (ou absoluta instrumentalidade da técnica processual coletiva).

Ele tem como propósito geral que a técnica processual seja enxergada estritamente como aquilo que é: instrumento dogmático orientado à consecução de certas finalidades, quer consistam elas nos benefícios e virtudes do próprio processo (a exemplo do fomento do diálogo intersubjetivo dos sujeitos processuais para a majoração da legitimidade da decisão estatal); quer digam respeito à fruição ou tutela de bens e direitos afirmados pelo direito material. Com isso, prestigia-se o exercício da atividade jurisdicional em direção ao mérito da causa, em detrimento de decisões terminativas ou que imponham obstáculos processuais injustificáveis à solução célere e integral da lide.

Há muito já extraído do art. 83 do CDC³¹⁸ pela doutrina, a promulgação do NCPC retirou esse princípio da condição de realidade tópica de um dos diplomas que compõem o sistema de tutela coletiva e o alçou à de norma fundamental da lei processual civil, uma vez que o art. 4º garantiu aos jurisdicionados o direito à solução integral do mérito³¹⁹.

Trata-se de garantia que prioriza decisões com aptidão para a formação de coisa julgada material, relegando à última *ratio* as decisões de cunho estritamente processual.

³¹⁷ Novo Enfoque para as Tutelas Diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *RePro*, São Paulo, vol. 184, jun 2010, p. 131.

³¹⁸ 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.

³¹⁹ Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. O art. 317 do mesmo Código é outro dispositivo bastante assertivo quanto ao princípio da primazia da cognição de mérito, uma vez que determina que “antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Com inequívoca aplicação à seara coletiva³²⁰, esse princípio tem como desdobramento o que Elton Venturi³²¹ denomina de “princípio da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva”.

Na esteira desse entendimento, se se deve dar primazia ao conhecimento do mérito da ação coletiva, é absolutamente indispensável que eventuais desvios da forma processual (condutas processuais atípicas) sejam avaliados a partir da potencialidade lesiva da atipicidade para a dialética da relação processual, de sorte a prevenir a decretação de nulidades ou o reconhecimento da inadmissibilidade do processo para chegar à sua finalidade precípua, que é a prestação jurisdicional de mérito.

A forma processual deve ser encarada apenas como elemento de contensão do arbítrio dos sujeitos processuais, de garantia de previsibilidade e de ordenação da dinâmica processual³²², a fim de que seja conservado o ato processual tal como fora praticado se, conquanto realizado de outro modo, atingiu a finalidade a que era vocacionado, sendo despidendas, inclusive, a sua renovação ou convalidação.

Por outro lado, as categorias ortodoxas que integram o juízo de admissibilidade do processo, quais sejam, condições da ação e pressupostos processuais, devem ser aferidas sob os auspícios da ideologia peculiar do processo coletivo e com total desapego às formulações doutrinárias típicas da teoria liebmaniana, voltada que era à tutela individual de direitos subjetivos³²³.

Apenas em último caso, diante da insanabilidade de determinado vício processual, é que se admite uma decisão terminativa, isso se não for possível o aproveitamento parcial do ato, a sua renovação ou até, se for o caso, a convocação de outros sujeitos para suprir o ato faltante ou defeituoso.

³²⁰ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Op. cit., p. 105.

³²¹ *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 152-155, onde se encontra que “pela absoluta instrumentalidade da tutela coletiva, pois, compreende-se o amplo manuseio das ações coletivas, ao lado das eventuais demandas individuais, para a proteção mais adequada possível dos direitos meta-individuais, mediante o emprego das técnicas e procedimentos mais idôneos para propiciar a tão almejada efetividade da prestação jurisdicional. Sob outra perspectiva, a instrumentalidade que se deseja imprimir aos processos coletivos torna completamente injustificáveis e inaceitáveis as decisões judiciais que extinguem ações coletivas sem apreciação do mérito (terminativas) fundamentadas em pretensa falta de legitimação ativa ou de interesse processual das entidades autoras, sem que antes se busque ao menos tentar suprir a carência da ação através, v.g., de intimação direta de outro legitimado (do Ministério público, associação civil ou de ente público) ou da publicação de editais convocatórios para tal finalidade”.

³²² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Op. cit., p. 180.

³²³ Com a mesma compreensão, cf. VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 155; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 571-572. Esse último autor prefere a denominação de “princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo”.

De todo modo, a relevância social e o interesse público que animam a tutela jurisdicional coletiva são fatores que demandam especial atenção dos sujeitos processuais no sentido de colaborarem para a obtenção, em prazo razoável, de decisão de mérito integral e efetiva, dando primazia à cognição que tenha aptidão para a formação de coisa julgada e a realização do ordenamento jurídico.

Perceba-se que essa orientação normativa a respeito da conduta processual dos sujeitos que eventualmente intervenham na ação coletiva, que nada mais é do que a aplicação do método cooperativo ao processo coletivo, não tem a ingênua aspiração de diminuir a complexidade ou a intensa conflituosidade que marcam os conflitos coletivos, tampouco de mitigar o exercício dos antagonismos inerentes ao modelo adversarial de disputa.

O que se pretende é que os sujeitos processuais, mormente aqueles que ocupam um dos polos da relação processual (partes), se abstenham de oferecer oposições injustificadas ao andamento do processo e de adotar posturas cujo propósito seja apenas protrair a decisão de mérito (ou a respectiva atividade satisfativa), mas que exerçam suas posições antagônicas a partir de um lastro de ética de responsabilidade (pretensão de correção) e respeito à relevância social do processo coletivo, primando pela cognição de mérito, qualquer que seja o seu resultado (procedência ou improcedência).

Eis aí a dimensão coletiva dos princípios da primazia da cognição de mérito e da absoluta instrumentalidade da técnica processual coletiva.

Juntos, os 03 (três) princípios abordados formam um conjunto de normas que, embora não sejam imediatamente comportamentais (regras), fixam um estado de coisas que serve de ideal regulativo para o qual devem tender todas as proposições comportamentais do processo coletivo, demandando uma permanente avaliação da correlação entre os efeitos decorrentes da conduta havida como correta e o estado de coisas a ser promovido.

A essa relação de implicação finalística ou prospectiva entre o problema deste estudo (legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas) e os princípios jurídicos específicos do processo coletivo, dedicar-se-á o tópico central deste estudo, a seguir.

6. UM NOVO MODELO DE ADMISSIBILIDADE PARA O PROCESSO COLETIVO, INCLUINTE DO INDIVÍDUO

No tópico 3 deste Capítulo, procurou-se evidenciar os fatores históricos, culturais, políticos e técnico-jurídicos que influenciaram o legislador brasileiro pós década de 60 a considerar inidônea a legitimação do indivíduo para a tutela coletiva, o que o levou a estruturar os instrumentos processuais coletivos na base de um modelo de legitimação

confiado apenas a pessoas jurídicas de direito público, órgãos, entidades e corpos intermediários (LACP, art. 5º e CDC, art. 82), em clara pretensão de exclusão da legitimidade provocativa do indivíduo.

Viu-se também que a essa opção político-legislativa se somou a inclinação dominante dos juristas modernos de considerar a mediação legislativa dela decorrente como ponto de partida apodítico e suficiente para vincular seus juízos proposicionais a respeito da imputação de legitimidade ativa *ad causam*, o que culminou na consolidação do juízo da dogmática jurídica atual que nega peremptoriamente legitimidade provocativa a todos aqueles que não hajam sido expressamente previstos na lei, a exemplo do indivíduo.

Por força dessa orientação dogmática de inequívoca inspiração no modelo clássico – típico do final do século XIX – de pensamento sistemático, encontra-se o indivíduo, no cenário hodierno, desprovido da aptidão para deflagrar e conduzir ações que visem à tutela de direitos e interesses transindividuais, à exceção da ação popular, cujas barreiras normativas e interpretativas, entretanto, excluem a possibilidade de sua utilização como via adequada de tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos³²⁴.

Apenas para ilustrar, imagine-se a hipótese de práticas consumeristas notoriamente abusivas, mas que lesam em pequena monta os consumidores individuais das diversas relações jurídicas de massa; pense-se, ainda, na hipótese de uma concessionária de serviço público que realize o serviço de coleta e tratamento de lixo e entulho, mas que, na realização prática desses serviços e por mera comodidade, descumpra reiteradamente (embora não gerando qualquer prejuízo direto ao patrimônio público) legislação municipal que vede o trânsito de veículos pesados (como caminhões) em determinadas vias de comunidades locais, mesmo havendo outras vias idôneas à realização do transporte³²⁵.

³²⁴ Recorde-se que um dos pressupostos ideológicos deste estudo é o abandono das reminiscências individualistas que influenciam as ações coletivas, inclusive no sentido de ter-se como premissa a unidade *prima facie* da técnica processual coletiva para a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, em superação da tradicional abordagem dicotômica que segrega, desde o princípio, tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.

³²⁵ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes conjectura outros casos concretos em que o indivíduo aparentemente não teria legitimidade ativa para buscar a tutela coletiva e, ao final, manifesta indignação que coincide em larga medida com a inquietação de que se nutre este estudo: “não é difícil imaginar, *e.g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja Promotoria esteja com o cargo de promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo promotor, ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo? Da mesma forma, não estaria o morador de bairro residencial legitimado para ajuizar uma ação pleiteando a cessação ou limitação do barulho, em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos, durante os finais de semana, a partir das seis horas da manhã, impedindo a tranquilidade e o descanso de toda a família? O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém-instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados? Os interesses acima ventilados seriam coletivos, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a

Em todos esses casos, a inadmissibilidade da ação popular é patente, salvo algum alargamento interpretativo, que, para dizer o menos, seria surpreendente na prática forense.

Fato é que o modelo de legitimação individual para o processo coletivo ficou restrito ao pequeno âmbito da ação popular, tendo aquele raciocínio da dogmática jurídica promovido o hodierno alheamento do indivíduo como personagem processual relevante na promoção das ações coletivas.

Se o indivíduo deve ou não subir ao palco e ser admitido entre os atores da tutela coletiva, no entanto, é questão de mais alta indagação e sobre a qual controvertem doutrinadores de grande expressão.

Na própria experiência do Direito Positivo estrangeiro não é uniforme nem consolidada a posição do indivíduo para as ações coletivas, sendo possível observar, em geral, três posições principais: duas fortes, sendo uma que nega completamente a sua legitimidade, de que é exemplo a maioria dos países que compõem a Europa Continental, e, outra, que atribui tal legitimidade aos indivíduos por considerar sua atuação ampla indispensável à tutela coletiva, representados exemplificativamente por Canadá e Argentina; e uma intermediária (ou fraca), que admite a legitimidade do indivíduo para a tutela coletiva, mas lhe impõe uma série de restrições ou exigências práticas voltadas ao controle da sua atuação representativa – entre as quais está até a obrigação de sua apresentação em juízo em litisconsórcio necessário com outros indivíduos (o qual muitas vezes possui limite quantitativo mínimo, variável segundo cada legislação) –, do qual são exemplos a Austrália, Chile e Estados Unidos³²⁶.

Dessa divergência entre as múltiplas posições adotadas pelos países de diversos continentes é possível extrair uma única conclusão: a de que não existe um imperativo categórico que determine a legitimidade ou não do indivíduo para o processo coletivo, de modo que a solução deve ser sempre localizada e resultar das balizas do Direito de cada Estado.

No Brasil não é diferente.

Acontece que a história recente do constitucionalismo brasileiro, aliada à grande influência que o positivismo jurídico ainda hoje exerce no imaginário de parcela significativa dos juristas, com reminiscências arraigadas no próprio senso comum do brasileiro, dá azo a uma diversificada gama de posicionamentos a respeito da legitimidade ativa do indivíduo para

limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5.º da Lei 7.347/85 ou no art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação?" (*Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266-267).

³²⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A Legitimidade Ativa do Indivíduo nas Ações Coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 220, jun. 2013, p. 1244-1245.

as ações coletivas, as quais podem ser agrupadas em três principais vertentes: a) a primeira, adotando uma abordagem descritivista do Direito brasileiro, afirma não ter o indivíduo recebido essa legitimidade da lei, frente ao que não esboça, ademais, qualquer discordância ou inconformismo e deixa transparecer não haver nada de relevante a retorquir nesse particular³²⁷; b) a segunda, igualmente adotando a mesma análise descritivista do Direito, “reconhece” não ter a legislação outorgado legitimidade ao indivíduo, mas que essa opção político-legislativa está equivocada e deve passar por reformas em ordem a incluir o indivíduo entre os legitimados ativos para o processo coletivo, somente a partir de quando teria a legitimidade para agir na seara coletiva³²⁸; c) a terceira, por sua vez, já adota uma abordagem interpretativa que recorre às normas constitucionais – notadamente a do art. 5º, inciso XXXV – e afirma que o indivíduo tem, sim, legitimidade para promover a tutela coletiva de forma ampla, embora com alguns temperamentos em razão dos riscos inerentes à sua atuação nos moldes previstos pela legislação de regência da tutela coletiva³²⁹.

Seja qual for a posição sustentada, entretanto, os autores que se detém com mais vagar na questão em foco geralmente gravitam em torno dos mesmos argumentos, uns de índole normativa; outros pragmática, mas todos relevantes para um juízo proposicional que se pretenda responsável, isto é, que não se furte às críticas das posições opostas.

³²⁷ Expressam esse entendimento GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 224-234; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. Op. cit., p. 62-63, 160-161, *passim*; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Op. cit., p. 180-182; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 527-528; ARENHART, Sergio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. cit., p. 230-231; WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Op. cit., p. 84; DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. Op. cit., p. 139; VIOLIN, Jordão. O Contraditório no Processo Coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 273-274.

³²⁸ Têm essa visão LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. Op. cit., p. 421-422; VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 169-172; FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 136-139 e 143; REIS, Daniela Amaral dos. Legitimidade da Pessoa Física no Processo Coletivo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, nº 3, 2012, p. 79-82.

³²⁹ Representam-na MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Op. cit., p. 267-268; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A Legitimidade Ativa do Indivíduo nas Ações Coletivas. Op. cit., *passim*; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013, p. 166 e seguintes, *passim*; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Flexibilização do Binômio “Processo Tradicional”/“Processo Coletivo”: breve análise da presença do indivíduo em processos coletivos. *RePro*, São Paulo, vol. 189, nov. 2010, p. 62 e seguintes.

Para facilitar a compreensão desses argumentos, bem como a identificação do posicionamento deste estudo, proceder-se-á desde o início ao cotejo analítico das versões de cada argumento a favor e contra a legitimidade do indivíduo.

O primeiro deles se refere ao potencial de que os indivíduos se apresentem em situação de grave desequilíbrio econômico, técnico e/ou motivacional frente aos responsáveis pelo dano coletivo³³⁰.

Costuma-se afirmar que o litígio coletivo implica elevados custos processuais, inclusive decorrentes da produção de prova técnica elaborada e, via de regra, dispendiosa, bem como que o indivíduo, tendo de lidar com a advocacia privada e não tendo preparo técnico e político para estabelecer critérios efetivos de controle, estaria suscetível a um mau assessoramento técnico-profissional e, por fim, que os diminutos reflexos patrimoniais de muitos conflitos coletivos, alguns sem sequer postular-se reparação por perdas e danos, retirariam do indivíduo o interesse de patrocinar ações coletivas que lhe expusessem a algum risco patrimonial. Todos esses percalços, note-se, não atingiriam os litigantes habituais em ações coletivas, frequentemente mais experientes e com maior poder econômico e político.

Tudo isso fragilizaria a atuação do indivíduo, daí porque melhor seria vedá-la e atribuir a legitimidade para a promoção das ações coletivas a órgãos, entes e pessoas jurídicas dedicadas a esse fim, porquanto mais preparadas econômica e tecnicamente para suportar os ônus do processo coletivo e proporcionar melhor tutela ao direito em debate.

No Direito doméstico, o primeiro fator de suposto desequilíbrio processual nem se coloca. É que tanto a LACP³³¹ quanto o CDC³³², que servem de fontes normativas gerais a irradiar para todo o sistema de tutela coletiva, possuem previsão específica de isenção, salvo comprovada má-fé, dos custos, despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.

³³⁰ Confira-se, por todos, GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 225-226, para quem essa assimetria de forças é evidente: “é lugar comum dizer que o indivíduo é demasiadamente frágil para enfrentar o réu, muito mais experiente, poderoso e rico. Não vamos nos deter aqui nesse aspecto, porque ele já é evidente para o brasileiro desde antes da promulgação da LACP. Afinal, não podemos esquecer as metáforas literária e bíblica de Mauro Cappelletti e Barbosa Moreira, comparando a atividade do indivíduo contra as entidades públicas e privadas com a patética batalha de Don Quixote contra os moinhos de vento e com a batalha de Davi sem sua funda. Mais recentemente, Ibrahim Rocha a comparou com a tentativa de alcançar novos sistemas solares com motor à combustão”.

³³¹ Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.

³³² Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

O segundo fator, a seu turno, é problema que, embora real³³³, não diz respeito exclusivamente ao indivíduo, podendo igualmente ocorrer na atuação de outros legitimados ativos, que em nada tem questionada a pertinência de sua previsão legal como tal.

Ora, que motivos há para supor que uma eventual atuação profissional desidiosa ou com baixo nível de qualidade técnica fique confinada ao indivíduo e não possa igualmente afetar a atuação processual de outros coletivos à tutela coletiva, como as associações, que necessariamente terão de valer-se do mesmo mercado de advocacia privada que o indivíduo?

O argumento de que a associação teria mais recursos financeiros do que um indivíduo atinge uma microrrealidade absolutamente casuística, sendo de grande facilidade imaginar situações em que o nível de instrução e engajamento do indivíduo na escolha de bons advogados possa resultar em um assessoramento técnico-profissional que em nada deixaria a desejar diante de assessoria jurídica de uma associação, inclusive com custos equivalentes (ou até menores)³³⁴.

Por fim, o terceiro fator de teórico desequilíbrio processual do indivíduo frente ao réu no processo coletivo (falta de interesse em razão da baixa repercussão pecuniária da ação coletiva) igualmente não constitui fator que aconselhe seu alheamento do processo. Isso porque a história já legou episódios em que a atuação do indivíduo, para muito além da reparação de danos, objetivou a inibição de danos futuros, a cessação de danos permanentes e a recomposição específica de danos já consumados, sem se utilizar a técnica da conversão em perdas e danos³³⁵.

³³³ Como anotou Larissa Clare Pochmann da Silva, “o aumento do número de advogados e de estudantes de Direito, sendo muitos desses profissionais mal preparados, não está diretamente relacionado às ações coletivas. Na verdade, trata-se de um problema de aferição da qualidade do ensino ministrado no país e do controle de abertura de cursos e do número de vagas oferecidas em cada curso, que deve ser objeto de fiscalização e de providências do Ministério da Educação” (*A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 166).

³³⁴ Perceberam o ponto Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Larissa Clare Pochmann da Silva, segundo os quais “também não merece prosperar o argumento de desequilíbrio processual no caso de atuação de um indivíduo como legitimado ativo. Qualquer legitimado poderá estar em situação de desvantagem em relação ao réu se não possuir uma boa estrutura jurídica para assessoramento. Por exemplo, as associações, que são legitimadas em quase todos os ordenamentos expostos ao longo do trabalho, podem ficar em uma situação de desequilíbrio processual caso não tenham um bom assessoramento jurídico. Não há, porém, questionamentos se as associações deveriam ser legitimadas; e, de forma semelhante, ocorre a atuação do indivíduo: se for assessorado por profissionais bem preparados, poderá não haver ou ser atenuado, processualmente, o alegado desequilíbrio” (*A Legitimidade Ativa do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 1249).

³³⁵ Confira-se, com largo exame de casos, inclusive de litígios argentinos emblemáticos para a tutela coletiva mundial, SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 167, de onde se pode colher o exemplo do caso *Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo*, em que “a atuação do indivíduo foi além da busca pela reparação dos danos que lhe afetaram, o que já demonstra que a atuação do indivíduo não está apenas vinculada ao interesse de buscar reparação a um dano pelo que foi atingido diretamente. Essa constatação, inclusive, não se aplica apenas à Argentina, mas a todos os países onde se afirma que o indivíduo que não fosse afetado pelo dano não teria interesse de agir. As consequências do caso *Mendoza*, por exemplo,

Caso brasileiro emblemático nesse sentido ocorreu em Bagé/RS, no qual grupo de pessoas físicas, com esteio no direito de vizinhança e ao meio ambiente, ajuizaram ação cautelar e, posteriormente, ação ordinária contra o Município em que pleitearam, em razão de depósito de lixo em pedreira próxima de suas propriedades, a interdição da lixeira; a compactação e cobertura do lixo; proibição do depósito de detritos hospitalares; limpeza do reservatório de água existente na circunvizinhança e indenização por mortes de animais³³⁶.

Aqui sequer interessa a questão da legitimidade do grupo de pessoas; apenas que a pretensão por ele deduzida inequivocamente tangenciou bens e direitos de dimensão coletiva, sem qualquer repercussão patrimonial direta, a evidenciar que a atuação dos indivíduos nem sempre está atrelada ao interesse econômico de reparação a danos.

Bem vistas as coisas, percebe-se que os três fatores invocados para justificar o suposto desequilíbrio processual do indivíduo em demandas coletivas são, a rigor, contingentes. Não traduzem eles toda a extensão da atuação do indivíduo e ainda obscurecem as suas virtudes, teóricas e práticas, para a tutela coletiva³³⁷.

que se tornaram destaque em todo o mundo, representam a inibição de danos ambientais futuros, a cessação dos danos existentes e a reparação dos danos causados”.

³³⁶ O caso chegou a ser objeto de julgamento no STJ (REsp 163.483/RS), cuja ementa foi a seguinte: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MAU USO DA PROPRIEDADE VIZINHA (DEPÓSITO DE LIXO MUNICIPAL). AÇÃO CAUTELAR E AÇÃO PRINCIPAL COM PRECEITO COMINATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA REFLEXAMENTE CONSTITUCIONAL: COMPETÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - Vizinhos ajuizaram ação cautelar, seguida de ação principal com preceito cominatório, para que o Município se abstinhasse de utilizar antiga pedreira como depósito de lixo. O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido, sem interdição do depósito: "o interesse de poucos não podia prevalecer sobre o interesse de muitos". O Tribunal de Justiça, ao dar provimento parcial à apelação dos autores, manteve o funcionamento do depósito até que fosse concluída a usina de reciclagem do lixo. Levantou, também, a ilegitimidade ativa dos autores: a pendenga deveria ser resolvida através de ação civil pública. II - Os autores se acham ativamente legitimados para as ações, pouco interessando que o mesmo suporte fático também possa desencadear ação civil pública. No caso concreto, os autores se insurgem contra o mau uso de propriedade vizinha (CC, art. 554). III - Acórdão que fala "obiter dictum" em "meio ambiente" dá ensanchas a recurso especial, e não a recurso extraordinário. IV - Recurso conhecido e provido. (REsp 163.483/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro ADHEMAR MACIEL, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/1998, DJ 29/03/1999, p. 150). Na fundamentação do acórdão, embora por fundamentos voltados mais à propriedade privada do que ao direito ao meio ambiente, ficou expressamente reconhecida a legitimidade do grupo de moradores vizinhos ao "lixão".

³³⁷ Sérgio Cruz Arenhart lembra que o modelo de legitimação individual, para além da ação popular, também foi adotado para o exercício da usucapião coletiva (*A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*. Op. cit., p. 231-232), consoante dispõe o art. 12 do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), *in verbis*: "São partes legítimas para a propositura da ação de usucapião especial urbana: I – o possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; II – os possuidores, em estado de comosse; III – como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados". Conquanto se trate de instrumento com "clara natureza coletiva", a lei "confere legitimidade aos indivíduos interessados". Isso evidencia que a técnica da legitimação individual, além de não ser estranha ao sistema de tutela coletiva, às vezes é a mais indicada para a sua promoção.

E mais: mesmo que se admitisse que o desequilíbrio processual conjecturado fosse um problema a ser considerado, ainda assim isso não representaria uma barreira intransponível à atuação do indivíduo³³⁸, já que a solução pareceria passar não pela vedação da atuação do indivíduo, mas pela instituição de mecanismos de proteção da parte mais vulnerável, de modo a reequilibrar o exercício das faculdades e poderes processuais, garantindo a paridade de armas.

Nesse particular, aliás, o sistema de tutela coletiva já possui ferramentas que mitigam eventual desequilíbrio processual, de que é exemplo eloquente a necessária intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica, nas ações coletivas em que não for parte³³⁹, hipótese que poderá não apenas fomentar a aplicação do ordenamento jurídico, como controlar a atuação temerária de quaisquer das partes.

Aliás – e aqui reside um ponto não encontrado no debate doutrinário quanto ao argumento sob exame –, mesmo que todas as ferramentas tendentes a corrigir o suposto desequilíbrio processual sejam inócuas e não consigam garantir a paridade de armas e uma atuação processual comprometida e de qualidade do indivíduo, ainda assim não seria o caso de extirpar a sua legitimidade.

Isso porque o próprio sistema de tutela coletiva já possui regramento que preveniria a produção de resultados perniciosos à coletividade, ao grupo de pessoas, aos demais colegitimados, enfim, à tutela coletiva: trata-se do regime jurídico da coisa julgada coletiva, previsto no art. 103 do CDC³⁴⁰, que, condensando dogmáticamente os regimes já existentes para a ação popular e para a ação civil pública, passou a ser o vetor normativo de índole geral aplicável a todas as ações coletivas sem regime especial³⁴¹.

³³⁸ No mesmo sentido, SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 171, para quem “parece equivocado restringir o desequilíbrio processual à atuação do indivíduo. A paridade de armas no processo provém da informação, da possibilidade de participação e do bom assessoramento jurídico, reunindo argumentos jurídicos e fáticos para a demanda. Qualquer legitimado poderá estar em situação de desvantagem em relação ao réu se não possuir uma boa estrutura jurídica para assessoramento”.

³³⁹ Diz o § 1º do art. 5º da LACP: “o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. No mesmo sentido, a norma do art. 92 do CDC: “o Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

³⁴⁰ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

³⁴¹ Nesse sentido, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. Op. cit., p. 74; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Op. cit., p. 396.

Ora, se o medo da corrente doutrinária criticada é o de que o indivíduo, porque multiplamente despreparado e frágil diante do expressivo poderio econômico, técnico e político do réu coletivo, poderia vir a protagonizar uma ação coletiva precariamente instruída e sem o adequado aprofundamento da cognição, negligenciando aspectos importantes do bem ou direito a ser protegido – o que poderia dar azo a uma sentença de improcedência que, além de não promover a tutela do interesse coletivo, prejudicaria terceiros (titulares do interesse ou outro legitimado) que não tiveram a oportunidade de intervir no processo para influenciar a construção da decisão –, o regime da coisa julgada coletiva, seja para a tutela de direitos difusos (CDC, art. 103, inciso I); seja para a de direitos coletivos (inciso II) ou individuais homogêneos (inciso III), obstará a formação de coisa julgada material.

Isso porque a coisa julgada coletiva, para a hipótese de improcedência, é *secundum eventum probationis*, isto é, somente autoriza a imputação dos seus efeitos, tornando imutável e indiscutível o comando decisório, se houver suficiência probatória e cognição percuciente, regime esse que prestigia a justiça da decisão no âmbito coletivo e põe o processo coletivo a salvo de atuações processuais fraudulentas e desidiosas.

Se a sentença de improcedência resulta da insuficiência probatória, o que sequer precisa ser exposto, mas apenas emergir do conteúdo do provimento jurisdicional, o comando decisório não será acobertado pelo manto da coisa julgada nem atingirá a coletividade, categoria, classe, ou grupo de pessoas titulares do interesse litigioso, de modo que qualquer legitimado à tutela coletiva poderá, valendo-se de prova nova e idônea a ensejar um julgamento em sentido diverso, repropor a mesma ação coletiva, inclusive mantendo intactos os seus elementos (partes, causa de pedir e pedidos).

Assim, tem-se que a suposta fragilidade do indivíduo frente ao réu coletivo em nada prejudicaria a tutela coletiva. Inversamente, sua atuação somente alcançaria terceiros que não tenham participado do contraditório (extensão subjetiva da coisa julgada) na hipótese de instrução probatória suficiente, caso em que ou os beneficiariam (procedência); ou prejudicaria apenas a discussão da mesma lide na seara coletiva, o que, todavia, seria produto do convencimento motivado do juiz e não da má atuação da parte, resultado a que provavelmente chegaria qualquer outro legitimado, sendo que, em qualquer caso, a coisa julgada não alcança as pretensões individuais que eventualmente possam decorrer do conflito coletivo e que continuam podendo ser submetidas ao Judiciário pelos respectivos titulares.

Ao fim e ao cabo, resta desmoronado o argumento combatido.

Outro argumento comumente verificado na vertente doutrinária que não admite a legitimidade ativa do indivíduo para as ações coletivas consiste no receio de que o seu manejo

seja desvirtuado para fins político-eleitorais, à semelhança do que ocorrera com a ação popular, o que prejudicaria a credibilidade e a efetividade do sistema inteiro.

A crítica, no ponto, merece atenção: trata-se de receio inteiramente fundado e que justifica a adoção de técnicas processuais voltadas à inibição de condutas que possam vir a promover o desvio de finalidade das ações coletivas.

Mas disso não sucede, indutiva e necessariamente, o juízo de que deve haver a exclusão do indivíduo do rol de legitimados ativos. Primeiro, porque não se pode olvidar da existência de registros indelévels da atuação proba e responsável de indivíduos na defesa de interesses transindividuais, o que, por si só, já impediria a universalização imediata da cogitada regra de inidoneidade da atuação do indivíduo.

Ademais, é preciso lembrar que a propositura de ações coletivas por indivíduos não prescindiria da satisfação dos requisitos da petição inicial, sobretudo no que se refere à indicação precisa dos fatos, fundamentos jurídicos do pedido e pedidos (com as respectivas especificações), conforme determina a regra do art. 319 do NCPC. Benemérita de acolhida, nessa toada, a lição de Larissa Clare Pochmann da Silva³⁴²:

Em relação às críticas feitas especificamente no cenário brasileiro, tem-se que considerar que nem todas as ações são de cunho altruísta. Quando se permite ao indivíduo propor a ação, ele deve preencher os requisitos de causa de pedir e pedido, ou seja, descrição do fato e fundamento jurídico e invocação da tutela pretendida. No caso da demanda coletiva, o fato a ser descrito deve ser suficiente a demonstrar a lesão coletiva, ensejando, ao menos em tese, a prestação jurisdicional.

Além disso, o sistema jurídico tem outras ferramentas de contensão da má utilização da tutela coletiva, quais sejam, o reconhecimento da má-fé do demandante, com a sua condenação nos ônus sucumbenciais (LACP, art. 18; CDC, art. 87), sem prejuízo da aplicação das sanções por dano processual (NCPC, art. 79) e ato atentatório à dignidade da justiça (NCPC, art. 77, § 2º).

Assim, mesmo que o receio em tela não seja um devaneio, soluções outras há que não recomendam a destituição da legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo. A pretexto de prevenir o cometimento de infrações de trânsito, não se pode vedar o tráfego de veículos. Embora nitidamente eficaz a medida (certamente a mais eficaz de todas), não atende aos ditames da proporcionalidade, do mesmo modo que sacrificar a legitimidade ativa do indivíduo não é proporcional para se prevenir as possibilidades deletérias da sua atuação.

Há, ainda, o argumento contra a legitimidade do indivíduo no sentido de que ele, por não estar inserido numa tradição cultural, política e até mesmo educacional propícia à tutela

³⁴² A *Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 171.

dos interesses da coletividade, poderia deixar prevalecer suas pretensões individuais na fixação da causa de pedir e pedidos e na sua atuação processual.

Mais uma vez se nota que a consequência derivada do argumento traduz um radicalismo não justificado e desproporcional, além de um tom que flerta com o arbítrio³⁴³.

É que não há razões – pelo menos os partidários dessa crítica não se esforçam em demonstrá-las – que levem a acreditar que essa mesma postura individualista não possa ser adotada por quaisquer outros legitimados à tutela coletiva, a exemplo das associações e das pessoas jurídicas que compõem a Administração Pública direta e indireta – aliás, a mera distinção entre interesse público primário e secundário, tão cara ao Direito Administrativo, por si só já reclamaria tanta credulidade acerca da atuação dessas pessoas jurídicas quanto a dispensada ao indivíduo –, sem, no entanto, que a mesma corrente doutrinária levante qualquer questionamento à idoneidade dessas pessoas para a tutela coletiva.

Ademais, o argumento parte de uma presunção não demonstrada na prática e que, por isso, peca pelo pessimismo e pela falta de fundamento pragmático – no sentido mesmo de consequencialismo –, para chegar a uma solução (afastamento da legitimidade do indivíduo) que poderia ter justamente o condão de impulsionar o engajamento social do indivíduo, o que poderia trazer consigo transformações culturais, políticas e educacionais nada desprezíveis³⁴⁴. Como alertou Eurico Ferraresi³⁴⁵, “legitimar a pessoa física estimularia a propositura de ações coletivas, tornando o cidadão mais responsável pela defesa dos interesses supra-individuais”.

Pior ainda, esse argumento da atuação “egoística” do indivíduo incorre novamente no erro de negligenciar as balizas mínimas da técnica processual, uma vez que, como visto, a propositura da ação coletiva, qualquer que seja o legitimado – e aqui se incluiria normalmente o indivíduo –, exige que seu autor se desincumba do ônus de precisar as circunstâncias fáticas do conflito coletivo, do direito ou interesse lesado ou ameaçado de lesão e os contornos da prestação jurisdicional pretendida, a qual ainda deve ser logicamente compatível com o conflito narrado, requisitos esses para cuja satisfação é absolutamente insignificante a motivação pessoal da parte³⁴⁶.

³⁴³ Com efeito, “negar legitimidade ao indivíduo para a tutela coletiva, sob o argumento de que ainda não está ‘maduro’ para exercer instrumento tão importante, é o mesmo que dizer que o brasileiro não deve votar, já que escolhe mal seus governantes!” (FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. Op. cit., p. 137).

³⁴⁴ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 171.

³⁴⁵ *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. Op. cit., p. 137.

³⁴⁶ Daniela Amaral dos Reis perfilha o mesmo entendimento, afirmando “ser irrelevante a razão que leva o autor da ação coletiva a propô-la. O que importa é que atos lesivos a bens transindividuais cheguem ao conhecimento do Judiciário para sua devida tutela. Se isso se deu por motivo altruísta ou não, não faz diferença” (*Legitimidade*

Assim, não bastasse o injustificado *discrímen* quanto ao indivíduo, vê-se que a acomodação do argumento passaria não pela negação de legitimidade ao indivíduo, mas pelo aperfeiçoamento da técnica processual e pela ampliação da cognição processual, de modo a controlar a adequada representatividade da parte, o que, inclusive, seria aproveitável para qualquer que fosse o legitimado à tutela coletiva.

Diante do exposto, parece não haver razões plausíveis para retirar-se a legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas, havendo, ao contrário, fortes razões que subsidiam a sua atuação processual na defesa de direitos e interesses transindividuais.

Daí porque não se pode concordar, por exemplo, com Bruno Wurmbauer Junior³⁴⁷ quando diz, ao afirmar não haver previsão para que a pessoa física figure como legitimado para a defesa dos interesses difusos ou coletivos, que “o certo é que isso não faz falta”; ou com Jordão Violin³⁴⁸ quando sustenta que “o sistema coletivo de tutela não parece se amoldar à possibilidade de intervenções individuais”, o que reputa amparado na inexistência de “interesse processual do indivíduo, ainda que membro do grupo, em integrar a lide coletiva”.

Como se pretendeu demonstrar, os mesmos argumentos que esses e outros tantos autores normalmente invocam para negar legitimidade ativa provocativa ao indivíduo, se enxergados através de lente que corrija a miopia e afaste a aparência de correção que uma olhada perfunctória poderia levar a crer, são idôneos a justificar a pertinência da legitimação individual para a tutela coletiva.

Todos esses argumentos, não obstante, não são inéditos, tampouco recentes. Deles há muito cogita a doutrina, nacional e alienígena. Vozes há, contudo, relevantes, que insistem em negar legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas.

Em que pese a eloquência dessa vertente, este estudo ousa apresentar à crítica dos estudiosos que a compõem uma conclusão diferente, que se nutre de fundamentos igualmente distintos dos até aqui abordados.

Para tanto, pretende-se dialogar tanto com aqueles que afirmam não ter o indivíduo recebido da mediação legislativa brasileira (LACP, art. 5º e CDC, art. 82) a legitimidade para promover a tutela de direitos transindividuais e que assim deve permanecer (encartados na

da Pessoa Física no Processo Coletivo. Op. cit., p. 91). Eurico Ferraresi arremata: “não importa a motivação que leva alguém à propositura de uma demanda judicial. (...). Mesmo que o motivo que conduza o cidadão a propor uma demanda popular não seja nobre, tal fator é absolutamente irrelevante. Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se, sim, que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público. E isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular” (A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva. Op. cit., p. 137).

³⁴⁷ *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Op. cit., p. 84.

³⁴⁸ *O Contraditório no Processo Coletivo*. Op. cit., p. 273.

corrente doutrinária “a”, citada no início), quanto com aqueles que, em deferência a essa mesma opção político-legislativa, “reconhecem” carecer ao indivíduo legitimidade ativa, mas recomendam a sua implementação *de lege ferenda*, a fim de [só então] outorgar-lhe a aptidão para a deflagração e condução de ações coletivas (contemplados na corrente doutrinária “b”, também mencionada ao norte).

Isso porque ambas as correntes compartilham um premissa inicial, qual seja, a de que a lei, revelada descritivamente, constitui razão apodítica e suficiente para vincular seus juízos proposicionais a respeito da legitimidade do indivíduo, com o que se inserem na mesma tradição dogmática de inspiração no modelo novecentista de pensamento sistemático, isto é, que toma a lei como axiomas dos quais devem derivar, pela lógica formal e dedutiva, as proposições (teoremas) concretas a respeito dos fatos que com ela se relacionam.

Discorda-se precisamente dessa premissa. E a exposição dos motivos dessa discordância corresponde ao exame da parcela da hipótese de trabalho deste estudo que ainda estava por realizar-se, qual seja, a de que o modelo canariano de pensamento sistemático encerra um juízo que inclui o indivíduo entre os legitimados para as ações coletivas em geral, evidenciando o desacerto da orientação dogmática processual aludida.

Nesse particular, considerando que Canaris, para a obtenção racional das proposições jurídicas, recusa a lógica formal e a substitui por uma construção interpretativa argumentativamente guiada por texto normativo, princípios jurídicos, historicidade e caso, todos num processo dialético de esclarecimento mútuo, é preciso cotejar a legitimidade do indivíduo com os princípios jurídicos que estão por detrás dos demais vértices que compõem o sistema de tutela coletiva.

Aqui voltam à cena os princípios da tutela coletiva a que se referiu linhas atrás, a saber, acesso à justiça (ou inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva); contraditório e primazia da cognição de mérito (ou absoluta instrumentalidade da técnica processual coletiva).

Como delineado no tópico próprio, esses princípios formam um estado de coisas dotado de relevante grau de previsibilidade e consequência, ao qual devem tender teleologicamente as demais normas jurídicas, servindo de ideal regulativo do processo coletivo.

A força deôntica dos aludidos princípios instituem o dever de que sejam implementados comportamentos (regras) idôneas à realização desse estado de coisas, ou, noutras palavras, instituem o dever de realização desse estado de coisas mediante a adoção de comportamentos a ele orientados.

A indagação que se coloca, então, é se as regras do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, no particular em que não elegem o indivíduo como um dos legitimados à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, efetivamente estão vocacionadas à realização daquele estado de coisas.

Para chegar-se a uma resposta satisfatória, é preciso ter em mira as ilações engendradas nos tópicos iniciais deste capítulo, sobretudo o fato de que a limitação da legitimidade ativa do indivíduo ao estreito âmbito da ação popular significa uma severa redução das possibilidades do levar-se ao conhecimento do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito transindividual, bem como que o sistema de tutela coletiva, ao confiar a persecução judicial desses direitos a pessoas jurídicas e órgãos do Poder Público, sem, contudo, ter instituído fase processual ou qualquer regime semelhante de controle da representatividade adequada dos reais titulares dos direitos em exame, acabou promovendo tão elevada autonomização da legitimidade desses terceiros que o processo coletivo passou a ser um processo “sem rosto”, dada a despersonalização a que foram submetidos os sujeitos titulares dos direitos transindividuais.

Essa conformação legislativa, aliada à difusão irrefletida da doutrina da indeterminação (total ou parcial) do elemento subjetivo e da indivisibilidade do elemento objetivo dos direitos coletivos, negligencia as pluralidades e dissensos internamente verificáveis na coletividade, grupo, categoria ou classe ausente, o que impede o aprofundamento da cognição processual que naturalmente adviria da conflituosidade e complexidade ínsitas ao conflito coletivo e institui um modelo perfunctório de investigação processual, obstaculizando a prestação adequada da tutela jurisdicional coletiva.

Mais ainda, o alheamento do indivíduo do palco de promoção dos direitos e interesses transindividuais e a crise de sub-representatividade do processo coletivo, decorrente do hiato dialogal existente entre os titulares daqueles direitos e os legitimados legalmente à sua persecução judicial, fazem com que as ações coletivas se afastem dos recentes aportes teóricos da Teoria Geral do Processo, perdendo legitimação social e democrática.

Diante de todo esse cenário, parece óbvio que o modelo legal de legitimação ativa *ad causam* para as ações coletivas está em descompasso com os princípios da tutela coletiva.

As únicas razões que poderiam, em tese, justificar a exclusão do indivíduo do rol de legitimados ativos à tutela coletiva (desequilíbrio processual, despreparo etc.) foram, uma a uma, rebatidas na parte inicial deste tópico, de modo que não se consegue vislumbrar um único viés pelo qual se possa dizer promovidos os princípios da tutela coletiva com o modelo legal de legitimação instituído pelos arts. 5º da LACP e 82 do CDC.

Ao contrário, a pretensão exclusão da legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para a deflagração e condução das ações coletivas não significa outra coisa, senão a própria denegação da prestação jurisdicional coletiva e, derradeiramente, do acesso à justiça, em inequívoca afronta à norma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição³⁴⁹.

Isso porque foi a própria Constituição que, em diversos dispositivos, proclamou a existência de direitos metaindividuais³⁵⁰ e os imputou à esfera jurídica de todos, permitindo que coletividades, categoria, classe ou grupo de pessoas ostentassem a condição de titulares desses direitos, assim como lhes garantiu, no cogitado inciso XXXV, que eventuais pretensões jurídicas que pudessem deduzir em ordem a remediar lesão ou ameaça aos mesmos jamais pudessem ser excluídas da apreciação do Judiciário.

Esse é o conteúdo da cláusula de inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva, de modo a assegurar que lesões ou ameaças a direitos transindividuais sejam tutelados, não interessa quem provoque a atividade jurisdicional.

Recorde-se que o princípio em tela não se compadece com restrições ao emprego da tutela coletiva que não tenham o condão de alcançar maior grau de racionalidade e eficiência processual, admitindo apenas condicionamentos cujos benefícios efetivamente alcançados sejam maiores do que os prejuízos advindos da restrição ao acesso à justiça.

Assim, se opção político-legislativa de enumerar o rol de sujeitos legitimados à tutela coletiva, sem incluir o indivíduo, encerra condicionamento técnico ao exercício das ações coletivas que não é tendente a promover o estado de coisas formado pelos princípios da tutela coletiva, deve ser reconhecida a sua inaptidão para vincular os juízos proposicionais a respeito da legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo.

Refratários a essa intelecção poderiam levantar o questionamento de que, se a técnica processual encartada nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC não é suficiente para vincular a negação de legitimidade ativa ao indivíduo, que outra norma jurídica garantiria,

³⁴⁹ No mesmo sentido, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Op. cit., p. 268; FERRARESI, Eurico. *A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva*. Op. cit., *passim*; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 175-180; REIS, Daniela Amaral dos. *Legitimidade da Pessoa Física no Processo Coletivo*. Op. cit., p. 87.

³⁵⁰ Conforme visto nos capítulos anteriores desta obra, a Constituição de 1988 instituiu uma ordem jurídica repleta de direitos e interesses que, embora possam gerar implicações na esfera jurídica de cada indivíduo, estão precipuamente vocacionados à proteção da sociedade como um todo considerada, tornando titulares de pretensões jurídicas toda uma coletividade, categoria ou grupo de pessoas, a exemplo do meio ambiente, do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico e dos direitos sociais, econômicos e culturais. Esse é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

concretamente, a admissibilidade da provocação individual para o exercício da atividade jurisdicional em defesa dos direitos transindividuais. A lógica dessa insurgência é poderosa: se um dispositivo legal que aparentemente nega alguma providência não serve como pauta vinculativa dos juízos proposicionais, outro dispositivo há de garanti-la, senão o que haveria seria apenas vácuo jurídico; lacuna legislativa que, precisamente por ser um não-pronunciamento jurídico, não poderia prevalecer sobre a opção político-legislativa expressa nos dispositivos ditos não vinculantes.

Não se encontra a resposta para esse questionamento na legislação, mas no próprio texto constitucional.

Úteis, aqui, os elementos teóricos da teoria da interpretação e dos princípios de Humberto Ávila³⁵¹, explicitados oportunamente.

É que o dispositivo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, a rigor, não passa de texto normativo que serve de ponto de partida para a atividade interpretativa do sujeito cognoscente, o qual, por meio de um ato de decisão (racionalmente aceitável) e construção de conexões axiológicas, constitui os sentidos do texto – versões de seu significado –, dando azo às normas jurídicas.

O princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva, portanto, consistem em sentidos que se agregam ao texto pelos intérpretes, mas que não excluem a possibilidade de construção de outros sentidos igualmente passíveis de extração do dispositivo: trata-se da aplicação da teoria de dissociação heurística em alternativas inclusivas.

Sem prejuízo da dimensão finalística das normas que o dispositivo em tela pode encerrar (princípios), nele é igual e concomitantemente possível visualizar outras normas jurídicas, desta feita com dimensão imediatamente comportamental, interpretação essa que dá azo a regras concretas de disciplinamento do processo coletivo, dentre as quais se pode afirmar a legitimidade ativa *ad causam* para as ações coletivas.

Exatamente: a legitimidade ativa provocativa do indivíduo para o processo coletivo, enquanto técnica processual integrante do *iter* procedimental das ações que visem à tutela

³⁵¹ Convém lembrar que “justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete” (*Teoria dos Princípios*. Op. cit., p. 54, destaque no original), razão pela qual “os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma *dimensão* imediatamente comportamental (regra), finalística (princípios) e/ou metódica (postulado)” (p. 92, destaque no original).

coletiva, tem como fundamento direto o dispositivo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, por consistir na norma jurídica (regra) que melhor atende ao estado de coisas que constitui o ideal regulativo da tutela coletiva.

Igualmente prestigiando aquela proposta teórica de dissociação heurística, Hermes Zaneti Júnior³⁵² chega à mesma conclusão deste estudo, em passagem que merece reprodução:

Aplicando esse modelo ao acesso à justiça (princípio processual e “garantia síntese” do processo) consubstanciado materialmente na dicção “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, da CF/88) ter-se-ia, como regra, a impossibilidade de restrição do acesso ao Judiciário, a impossibilidade de vedação do direito de ação por norma infraconstitucional.

Corroborar-se, com isso, a proposição de que o indivíduo possui, sim, legitimidade ativa *ad causam* para as ações coletivas, podendo validamente propor e conduzir demandas coletivas idôneas a tutelar direitos e interesses transindividuais.

A tentativa subreptícia do legislador infraconstitucional de vedar a propositura de ações coletivas pelos indivíduos, extraída *a contrario sensu* dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, esbarra na norma constitucional do art. 5º, XXXV, que, ao garantir o acesso à justiça e a inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva como pautas finalísticas de normatividade, igualmente assegura, na inexistência de razões relevantes em sentido contrário, uma pauta imediatamente comportamental de normatividade consistente no direito dos indivíduos de levarem ao conhecimento do Judiciário lesão ou ameaça a direito transindividual³⁵³.

³⁵² *Processo Constitucional*. Op. cit., p. 232.

³⁵³ Essa proposta de extrair implicações técnicas para o processo a partir de normas constitucionais não é completamente estranha à própria prática forense. Entendimento jurisprudencial interessante nesse sentido pode ser encontrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral, que, a despeito da existência de regra legal em sentido aparentemente contrário, asseguram legitimidade ativa ao Ministério Público para o ajuizamento de demanda eleitoral. É que o art. 45, § 3º, da Lei nº 9.096/1995 dispõe que a representação pelo exercício irregular da propaganda partidária gratuita no rádio e na televisão, em inserções ou em bloco, “somente poderá ser oferecida por partido político”. O STF e o TSE, no entanto, entendem que o Ministério Público é parte legítima para o ajuizamento de representações voltadas à apuração de irregularidades na propaganda partidária, legitimidade essa que extraem diretamente dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal. Para ilustrar essa compreensão da Corte Eleitoral, confira-se o acórdão proferido no julgamento do AgRg em REsp Eleitoral nº 636240, cuja ementa, no ponto que interessa, é a seguinte: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA PARTIDÁRIA. ART. 45, § 3º, DA LEI Nº 9.096/95. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. 1. (...). 2. A jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral firmou-se no sentido de que o Ministério Público Eleitoral é parte legítima para o ajuizamento de representação por infração ao art. 45 da Lei nº 9.096/95, haja vista que o § 3º do referido dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 127 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Parquet a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. O STF, por sua vez, enfrentou o tema de forma específica na ADIn nº 4617/DF, por meio da qual sufragou o mesmo entendimento, em acórdão assim ementado: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO ELEITORAL. PROPAGANDA PARTIDÁRIA IRREGULAR. REPRESENTAÇÃO. LEGITIMIDADE. ART. 45, § 3º, DA LEI Nº 9.096/95. DIREITO DE ANTENA. ART. 17, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO. ESTREITA CONEXÃO COM PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS. MORALIDADE ELEITORAL. IGUALDADE DE CHANCES ENTRE OS PARTIDOS POLÍTICOS (CHANCEGLEICHHEIT DER PARTEIEN). DEFESA DAS MINORIAS. LEGITIMIDADE INAFASTÁVEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DA ORDEM JURÍDICA, DO REGIME

Perceba-se que esse poder processual está em sintonia fina com a própria definição de legitimidade *ad causam* adotada por este trabalho – aptidão (ou qualidade) do sujeito para ostentar em juízo alguma posição jurídica tutelável que seja inerente ao conflito de interesses, o que lhe permite praticar, relativamente a certa situação fática concreta, atos postulatórios orientados a provocar a atividade jurisdicional necessária à tutela de interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico.

Ora, o indivíduo, como membro da coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas que titularizam os direitos transindividuais e diante de lesão ou ameaça que os afete, tem inequívoca qualificação para ostentar em juízo alguma posição jurídica inerente ao conflito coletivo e que seja tutelável pelo ordenamento jurídico, situação essa que lhe autoriza a provocar a atividade jurisdicional para que, em processo democrático, analise se a pretensão por ele deduzida (ato postulatório) é idônea a promover a adequada tutela jurisdicional.

DEMOCRÁTICO E DOS INTERESSES SOCIAIS INDISPONÍVEIS. ARTIGOS 127 E 129 DA CONSTITUIÇÃO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A propaganda partidária, organizada pelos partidos políticos, no afã de difundir suas ideias e propostas para a cooptação de filiados, bem como para enraizar suas plataformas e opiniões na consciência da comunidade, deriva do chamado direito de antena, assegurado aos partidos políticos pelo art. 17, § 3º, da Constituição. 2. A regularidade da propaganda partidária guarda estreita conexão com princípios caros ao Direito Eleitoral, como a igualdade de chances entre os partidos políticos, a moralidade eleitoral, a defesa das minorias, e, em última análise, a Democracia. 3. O princípio da igualdade de chances entre os partidos políticos é elemento basilar das mais modernas democracias ocidentais, a impedir o arbitrário assenhoreamento do livre mercado de ideias por grupos opressores (JÜLICH, Christian. *Chancengleichheit der Parteien: zur Grenze staatlichen Handelns gegenüber den politischen Parteien nach dem Grundgesetz*. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 65; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 320). 4. As questões relativas à propaganda partidária não são meras contendas privadas, avultando o caráter público da matéria diante do art. 17 da Constituição, que estabelece parâmetros claros para o funcionamento dos partidos, resguardando a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana, dentre outros preceitos. 5. A legitimidade do Ministério Público para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, não pode ser verberada, máxime diante da normativa constitucional insculpida nos artigos 127 e 129 da Constituição. 6. O dispositivo que restringe a legitimidade para a propositura de representação por propaganda partidária irregular afronta múltiplos preceitos constitucionais, todos essencialmente vinculados ao regime democrático. Doutrina (GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 324; CÂNDIDO, Joel. *Direito Eleitoral brasileiro*. 14ª ed. Bauru: Edipro, 2010. p. 71). 7. A representação de que trata o art. 45, § 3º, da Lei nº 9.096/95 pode ser ajuizada por partido político ou pelo Ministério Público, mercê da incidência do art. 22, caput, da Lei Complementar nº 64/90, verbis: “Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar (...) utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”. Exclui-se, nessas hipóteses, a legitimidade de candidatos e coligações, porquanto a propaganda partidária é realizada fora do período eleitoral. 8. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 45, § 3º, da Lei nº 9.096/95, estabelecendo a legitimidade concorrente dos partidos políticos e do Ministério Público Eleitoral para a propositura da reclamação de que trata o dispositivo”. Trata-se de interpretação louvável do STF e do TSE, que, para além da norma expressa no texto constitucional, (re)construiu norma comportamental (regra) voltada à realização das finalidades do art. 127 da CF. Este estudo preconiza o mesmo raciocínio para a problemática da propositura das ações coletivas pelos indivíduos; apenas exorta os intérpretes a que levem a sério outro dispositivo constitucional, qual seja, o art. 5º, XXXV.

Note-se que essa legitimidade do indivíduo é aferida em face do sistema jurídico (CF, art. 5º, XXXV), que atribui efeitos jurígenos à sua atuação não em razão de afirmar a titularidade do direito ou interesse material (difuso, coletivo ou individual homogêneos), mas em razão da situação de fato que o qualifica à prática do ato postulatório.

Além de promover a afirmação conceitual do instituto da legitimidade *ad causam*, a interpretação sistemática preconizada tem a vantagem, ainda, de evitar questionamentos quanto à constitucionalidade dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, já que, do quanto exposto, poderiam ser admoestados de inconstitucionais por omissão, por representar proteção insuficiente. Basta que se compreenda que a função deontológica desses dispositivos é atribuir legitimidade às pessoas neles previstas, não tendo o condão, todavia, de vedar a prestação da tutela coletiva quando provocada pelo indivíduo, que extrai sua legitimidade diretamente do aludido art. 5º, inciso XXXV.

Mas não é só o princípio do acesso à justiça que a negativa de legitimidade ativa ao indivíduo, corrente na Dogmática processual, malfere.

Também o princípio do contraditório, em sua dimensão processual coletiva, não se compadece com essa concepção dogmática.

Isso porque o contraditório é o vetor normativo-processual que densifica a dialeticidade dos sujeitos processuais e, nessa medida, realiza os desideratos da democracia deliberativa e da presentificação plural da norma jurídica, sendo inaceitáveis condicionamentos à tutela jurisdicional que restrinjam injustificadamente a possibilidade de que os interessados na norma jurídica que será criada pela decisão judicial possam exercer o direito de influência que o princípio em tela lhes garante.

Importa lembrar que o modelo democrático-deliberativo de processo exige que todos os envolvidos na questão a ser definida autoritativamente pela decisão judicial tenham voz ativa no seu processo de formação e possam eficazmente influenciar o comportamento dos demais sujeitos do processo e, em última análise, colaborar para a fixação dos lindes das normas jurídicas constituídas pela resposta estatal.

E considerando que o discurso argumentativo que redundará nas proposições jurídicas necessárias à composição da lide ocorre no interior do processo (visto como ambiente, contexto ou *locus*), nele há de ser fomentada a participação, na maior medida possível, dos sujeitos envolvidos no conflito, providência para a qual a exclusão do indivíduo do rol de legitimados e a crise de sub-representatividade que marca as ações coletivas em nada contribuem; ao contrário, prestam-lhe desserviço, furtando do processo coletivo importantes fatores de legitimação democrática.

Se os membros da coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas titulares do direito transindividual em debate, porque mais próximos do conflito e, pois, com maior capacidade para realizar relatos fáticos e até reunir provas das lesões ou ameaças perpetradas, não participam efetivamente do processo de formação da decisão vinculativa, a cognição fica limitada a níveis superficiais, prejudicando a prestação adequada da tutela jurisdicional.

Esse cenário conduz ao reconhecimento de que o modelo de legitimação arquitetado pelos arts. 5º da LACP e 82 do CDC são inócuos para promover o princípio do contraditório e, nessa medida, furta das ações coletivas a possibilidade de atingir graus mais elevados de efetividade, tal como o princípio em tal objetiva.

A pretensão exclusão do indivíduo do rol infraconstitucional de legitimados às ações coletivas, outrossim, está em grave descompasso com o princípio da primazia da cognição de mérito ou da absoluta instrumentalidade da tutela coletiva.

É que esse princípio da tutela coletiva, como já analisado, deseja que a técnica processual e as categorias ortodoxas do juízo de admissibilidade do processo (dentre eles as condições da ação, logo, também a legitimidade *ad causam*) sejam concebidas como meros condicionamentos positivos ao exercício da atividade jurisdicional, cujo desígnio é viabilizar o adequado desenvolvimento do processo e a formação de decisão acerca da correção ou não das pretensões deduzidas pelas partes e debatidas por todos os sujeitos processuais (mérito da causa), tutelando direitos.

Quando se nega legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo, o que o Estado-juiz está a oferecer é uma decisão terminativa que não examina se a pretensão por ele deduzida é ou não fundada. E se a cognição processual fica limitada à verificação de se o sujeito ativo da demanda fora ou não previsto na legislação como apto a propor e conduzir a ação coletivas concretamente manejada, colhe-se da atividade jurisdicional exercida apenas o dispêndio de recursos e tempo, alçando-se o processo, que deveria ser encarado como instrumento ético de proteção e afirmação de direitos, à condição de instrumento exclusivamente técnico e oco, porquanto destituído do conteúdo discursivo e constitutivo que o tópico 5.1, supra, mostrou ser inafastável do fenômeno processual.

No conteúdo do princípio em tela, aliás, reside um último argumento que, pelo sentido eminentemente técnico e figurativo, gostar-se-ia de chamar de irresistível³⁵⁴.

³⁵⁴ A ousadia se justifica: é que, salvo equívoco involuntário, o argumento a ser doravante desenvolvido ainda não havia sido formulado e apresentado à crítica dos estudiosos que já se debruçaram sobre o tema da legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas, de modo que a sua [acreditada] relevância persuasiva e seu [também acreditado] ineditismo permitem a adjetivação da digressão.

Para demonstrar o desacerto da peremptória negação de legitimidade ativa provocativa ao indivíduo, esse argumento parte de uma inicial concessão figurativa, para admitir, *ad argumentandum tantum*, a correção e suficiência dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC para vincular os juízos acerca da legitimação para o processo coletivo. Ter-se-ia, com isso, que a deflagração de ações coletivas estaria confinada aos sujeitos previstos nesses dispositivos.

Quer-se, agora, decompor essa conformação legislativa. O que se obtém – e quanto a isso a doutrina que não atribui legitimidade ao indivíduo é uníssona – é que a limitação em tela constitui um elemento técnico integrante do juízo de admissibilidade do processo coletivo, cuja finalidade é, confiando na idoneidade dos sujeitos expressamente eleitos para representar eficazmente os direitos e interesses metaindividuais em juízo, evitar resultados perniciosos para a sua tutela. E sendo o juízo de admissibilidade questão cronologicamente anterior ao mérito, nesse não se chegaria se o autor coletivo não fosse algum dos legalmente previstos, ocasião em que o a prestação jurisdicional se limitaria a reconhecer a sua ilegitimidade ativa *ad causam* e decretar a inadmissibilidade da ação coletiva.

Mas o que significa exatamente esse juízo negativo de admissibilidade processual?

Grosso modo, o juízo de admissibilidade atua no plano da validade dos atos jurídicos complexos do tipo procedimento³⁵⁵, como o processo é comumente definido pela doutrina, a significar que aquele juízo de inadmissibilidade do processo coletivo traduz um juízo negativo quanto à validade do procedimento.

Mais especificamente, tendo em conta que a legitimidade *ad causam*, por definição, diz respeito à qualidade do agente para a prática de atos postulatórios e que a ação é o ato postulatório que provoca o início da atividade jurisdicional (vide item 2 do Capítulo anterior), o juízo de admissibilidade do processo que esbarra na ilegitimidade ativa *ad causam* nega validade ao primeiro ato que compõe o procedimento³⁵⁶, obstando o juízo (de mérito) quanto à existência ou inexistência de fundamento para o conteúdo desse ato postulatório.

Nesse particular, benemérita de acolhida a lição de Fredie Didier Jr.³⁵⁷:

³⁵⁵ DIDIER JR., Fredie. O Juízo de Admissibilidade na Teoria Geral do Direito. In: _____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo*. Op. cit., p. 295. A compreensão dessa assertiva depende de uma série de noções propedêuticas de fenomenologia jurídica e definição técnica do fenômeno processual, as quais, entretanto, não cabem nos limites deste estudo. Para tanto, remete-se o leitor para a obra ora referenciada.

³⁵⁶ Idem, ibidem, onde se lê que “todo procedimento judicial instaura-se por um ato postulatório (...). Bem pensado o tema, portanto, percebe-se que o ato postulatório é o primeiro dos atos que compõem o ato-complexo procedimento – é o primeiro dos *atos condicionantes*, a que alude Marcos Bernardes de Mello. O exame da validade do ato postulatório é, *a fortiori*, o exame da validade do próprio procedimento de que faz parte. A peculiaridade consiste apenas na circunstância de ser o primeiro ato, que, uma vez invalidado, implicará a nulificação do procedimento *ab ovo*” (destaques no original).

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 299.

A inadmissibilidade é invalidação do procedimento (ato jurídico complexo), a partir do reconhecimento de defeito que impede a apreciação daquilo que foi postulado (mérito), decisão essa que é o objeto do procedimento (objeto do ato final/conclusivo/típico). É, pois, sanção aplicável ao procedimento, que impede o magistrado de prosseguir o seu exame, enfrentando a questão de mérito posta para a sua decisão.

A relevância desse enquadramento técnico do juízo de admissibilidade do processo no âmbito da validade do procedimento está em perceber que “a ela [inadmissibilidade] deve ser aplicado todo o sistema de invalidades regulado pelo Código de Processo, construído, como se sabe, exatamente para que nulidades não se decretem”³⁵⁸.

Ora, se, de acordo com o princípio da primazia da cognição de mérito ou da absoluta instrumentalidade da técnica processual coletiva, eventuais desvios da técnica processual (condutas processuais atípicas) somente devem ser invalidados se a atipicidade for lesiva para a dialética da relação processual, a conclusão logicamente necessária é a de que “se o defeito não causar prejuízo, o procedimento deve ser aproveitado e o mérito deve ser julgado”³⁵⁹.

Quanto a essa conclusão, mais uma vez convenientes os ensinamentos de Fredie Didier Jr.³⁶⁰:

Encarado o fenômeno [o juízo de inadmissibilidade] pela perspectiva do sistema das invalidades processuais, é possível afirmar que somente deve ser extinto o processo nas hipóteses em que o aproveitamento dos atos do procedimento, com o conseqüente prosseguimento da marcha, mostrar-se, do ponto de vista prático (operacional), impossível. A extinção do processo sem exame do mérito deve ser encarada por todos, principalmente pelo magistrado, como o resultado de um fracasso³⁶¹.

Essa breve incursão serve para perceber que, se a pretensa exclusão do indivíduo do rol de legitimados ativos para a propositura de ações coletivas serve, na linha da corrente doutrinária que a sustenta, para colocar os direitos transindividuais a salvo de resultados processuais perniciosos; e se essa exclusão reside no juízo de admissibilidade do processo, o

³⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 300.

³⁵⁹ Idem, *ibidem*, p. 303.

³⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 318.

³⁶¹ Gisele Santos Fernandes Góes, ao analisar o tema à luz do princípio da proporcionalidade, fornece lição lapidar para o entendimento ora esposado e que também se coaduna com as demais premissas deste estudo. Isso porque a jurista justifica a inserção do princípio da proporcionalidade no Direito Processual no trinômio acesso à justiça-instrumentalidade-efetividade do processo (*Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113). Mais adiante (p. 116), sustenta-o como um dos postulados que normatizam o exercício da atividade jurisdicional e orientam a criatividade judicial, de modo a impulsionar os sujeitos processuais, sobretudo o juiz, a agirem, perante situações complexas [e por que não atípicas?], “fora do modelo de subsunção tradicional, comprometendo-se com a prestação jurisdicional efetiva e de resultados justos” (p. 117). Tudo isso para concluir, já no particular do sistema de invalidades processuais, que “o juiz que exerce o raciocínio decalcado no princípio da proporcionalidade sempre tentará salvar atos processuais praticados, exercitando os princípios mencionados, pois proferirá juízo de ponderação, para atingir o equilíbrio, com fulcro na necessidade, adequação e menores ônus para o processo quanto ao caminho escolhido, afastando-se os excessos” (p. 180).

qual, por sua vez, submete-se a um sistema de invalidades que somente permite a decretação da invalidade quando a atipicidade do ato for concretamente prejudicial (*pas de nullité sans grief*) à dialética da relação processual; a exclusão em tela jamais poderia ser peremptória ou *a priori*, mas apenas casuística e *a posteriori*, depois de uma profunda investigação e suficiente grau de certeza quanto à imprestabilidade (e insanabilidade) do ato postulatório do indivíduo para o desenvolvimento da atividade jurisdicional instada a tutelar o direito transindividual.

Portanto, ainda que, com muito esforço intelectual, tente-se acolher a premissa dogmática da vertente doutrinária que, peremptoriamente, nega legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para o processo coletivo – não parece ocioso repetir: a aceitação apodítica dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC como suficientes para vincular o juízo proposicional acerca da legitimidade ativa do indivíduo –, ela padece de tão grave inconsistência técnica que sua admissão enseja verdadeiro contrassenso.

O argumento, então, é irresistível porque, mesmo se se admitisse a correção do modelo taxativo de legitimação instituído pela LACP e pelo CDC, ainda assim a suposta ilegitimidade ativa do indivíduo sucumbiria, por não respeitar noções básicas de teoria das invalidades processuais e isso sem sequer levar-se em consideração outros princípios da tutela coletiva, que não o da primazia da cognição de mérito ou absoluta instrumentalidade da tutela jurisdicional coletiva.

De todo modo, o juízo proposicional que nega legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas está fundado num raciocínio dogmático ou num modelo clássico de pensamento sistemático que, não tendo incorporado os aportes teóricos que Filosofia e Teoria do Direito legaram à modernidade, é inteiramente censurável.

O estado de coisas formado pelos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da primazia da cognição de mérito – todos pontos de vista necessários para o juízo proposicional, sempre –, é inequivocamente mais concretizado com a atribuição da legitimidade ativa ao indivíduo, permitindo-lhe a provocação da atividade jurisdicional em defesa de direitos e interesses transindividuais³⁶²⁻³⁶³.

³⁶² Muito próximo dessa conclusão, apenas com pequenas variações conceituais, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Op. cit., p. 267-268, para quem “o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançando o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito. O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação

O esforço deste estudo de pensar o seu problema central não apenas a partir do objeto tradicional do processualista – a norma processual – mas também a partir de outros ângulos, igualmente fecundos, de racionalidade, culmina nessa legitimidade do indivíduo como resultado do pensamento sistemático canariano, reputado o mais consentâneo com os paradigmas teóricos contemporâneos.

Se, segundo Canaris, o pensamento sistemático deve partir de um conceito de sistema fundado nas ideias de adequação valorativa e unidade interior da ordem jurídica, para as quais assumem especial relevo os princípios jurídicos, e a obtenção de proposições jurídicas deve basear-se num discurso racional argumentativamente guiado por texto normativo, por esses princípios e pelo caso (problema), todos num “processo dialético de esclarecimento duplo”, os dispositivos dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, no ponto em que aparentemente excluiriam a legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo, cedem espaço para a norma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição, a qual, cotejada com os demais princípios a que se aludiu neste estudo, serve de ponto de partida para formular-se, a título de proposição jurídica adequada para a harmonização do problema e demais vértices do sistema jurídico, o juízo de que o indivíduo tem, sim, legitimidade ativa *ad causam* para o processo coletivo.

Os princípios jurídicos específicos da tutela coletiva, além de conferirem ordem interna ao sistema jurídico de que são parte, formam um estado de coisas que orienta teleologicamente os demais vértices desse sistema, exigindo estejam eles axiologicamente adequados à realização das pautas normativas por eles estabelecidas. E a norma que melhor se insere nesse sistema baseado nas ideias de adequação valorativa e unidade interna é a que imputa legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para a deflagração e condução das ações coletivas.

jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de Justiça”.

³⁶³ Como anotou Gregório Assagra de Almeida, “considerando que os interesses e direitos coletivos têm, pelo texto constitucional brasileiro, dignidade de direitos fundamentais, consoante estabelece o Título II, art. 5º, da CF, a tendência deve sempre pautar no sentido de ampliar a *legitimidade ativa* no *direito processual coletivo*. Isso possibilita a participação em massa dos *entes sociais* [e dos indivíduos, acrescentaria este estudo] interessados, legitima a atuação do Poder Judiciário e garante a efetividade dos direitos sociais fundamentais no sentido de transformar a realidade social com mais igualdade e justiça. Esse é o papel do Estado Democrático de Direito, e o *direito processual coletivo* é o instrumento fundamental para tanto” (*Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 504-505, destaques no original).

Não se trata de reconhecer que essa solução é melhor para o processo coletivo e que, por isso, deve ser implementada *de lege ferenda*³⁶⁴, para só então surtir efeitos. A legitimidade do indivíduo para as ações coletivas é norma que se constrói a partir de texto normativo já em plena vigência (CF, art. 5º, XXXV) – e, aliás, insuprimível, porquanto cláusula pétrea –, haja vista consistir na única via que ele, indivíduo (ou indivíduos), enquanto sujeito de direito igualmente apto à representação idônea dos direitos transindividuais, possui para provocar a tutela jurisdicional de direito ou interesse de que é membro (co)titular, dando concreção tanto às normas constitucionais que proclamaram esses direitos quanto à garantia de acesso à justiça e inafastabilidade da tutela coletiva³⁶⁵.

³⁶⁴ Embora rigorosamente desnecessária, alteração legislativa nesse sentido não seria inútil. Ao contrário, possuiria nítidos efeitos pedagógicos, oficializando a emancipação do indivíduo e pondo às claras sua importância e aptidão para a tutela coletiva.

³⁶⁵ Essa a razão pela qual a sustentada legitimidade ativa do indivíduo para as ações coletivas não contrasta com a sua exclusão, por exemplo, do rol de legitimados à propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, legitimidade essa prevista originalmente no art. 2º, inciso II, da Lei nº 9.882/1999, que permitia o seu ajuizamento a “qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público”. Nas razões do veto presidencial consta que “a admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento”. Embora as razões invocadas não sejam, em diversos pontos, imunes a críticas, o indivíduo lesado ou ameaçado por ato do poder público continua tendo a seu dispor uma extensa gama de instrumentos processuais aptos a impugnar o ato lesivo, de modo que a ADPF não constituiria a única via de acesso à justiça. Obviamente que a vedação do seu acesso a uma via de controle concentrado de constitucionalidade – o que inclusive como ser encarado como espécie de tutela coletiva (Nesse sentido, ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Op. cit., p. 139-141, para quem se trata do “Direito Processual Coletivo Especial”) – diminui a sua expressão como sujeito relevante para a tutela do direito objetivo, mas a objetivação do Recurso Extraordinário e a adoção de uma teoria dos precedentes que institui a transcendência subjetiva das razões de decidir de um caso para alcançar outros casos futuros parecem remediar aquela deficiência. Se, por um lado, retirou-se a possibilidade do indivíduo propor a Arguição em tela para tutelar o direito objetivo, o sistema lhe fornece outras vias igualmente hábeis a contribuir para esse controle, as quais, aliás, dependem exclusivamente da sua manifestação de vontade. O mesmo não se passa com a tutela coletiva. A vingar a orientação dogmática de sua inaptidão, o indivíduo ficaria completamente alijado da possibilidade de provocar a tutela jurisdicional de inúmeros direitos e interesses transindividuais, o que representaria denegação completa de acesso à justiça.

Essa legitimidade, outrossim, funda novos horizontes para o juízo de admissibilidade do processo coletivo, devendo pautar-se, doravante, no reconhecimento da validade *prima facie* dos atos postulatórios praticados pelos indivíduos, reservando-se o juízo negativo de admissibilidade exclusivamente aos casos em que a provocação da atividade jurisdicional não se fizer acompanhar dos requisitos indispensáveis à propositura da demanda coletiva – como a indicação precisa das circunstâncias fáticas do conflito coletivo, do direito ou interesse lesado ou ameaçado de lesão e dos contornos da prestação jurisdicional pretendida e dos respectivos fundamentos jurídicos (NCPC, arts. 319 e 320) – ou em casos de inépcia (NCPC, art. 330, § 1º), isso depois de tentado o saneamento do vício ou defeito.

A hipótese de trabalho deste estudo, finalmente, parece ter sido confirmada em sua inteireza. Tanto ficou evidenciado que a negativa peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas constitui um erro da dogmática jurídica atual vinculado a uma concepção clássica e obsoleta de sistema, quanto que uma concepção aberta de sistema (segundo o modelo canariano) conduz a um juízo proposicional que inclui o indivíduo entre os legitimados para o processo coletivo.

O alento obtido dessa confirmação, entretanto, não possui o condão de eliminar os problemas que gravitam em torno da tutela coletiva. A imagem desenhada por este estudo do modelo de legitimação mais adequada ao processo coletivo, embora se acredite constituir um avanço teórico em prol de uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva, não surtirá qualquer efeito se não sair destas linhas e enveredar pelos percalços práticos que o exercício da atividade jurisdicional faz surgir.

Se a proposta deste estudo significa a esperança de democratização do acesso à justiça, pluralizando o discurso dialético que deve condicionar a tutela jurisdicional coletiva e contribuindo para uma maior efetividade dos direitos e interesses transindividuais, muitos outros avanços e aperfeiçoamentos ainda hão de serem alcançados e o estado da arte desse ramo do Direito Processual, seja no âmbito doutrinário; seja na prática forense, parece ainda estar longe de poder acomodar-se.

6.1. A DECISÃO DO STJ NO RESP 1.459.212/RJ

No particular da legitimidade *ad causam* de indivíduos para ações de natureza coletiva, vez por outra raios de lucidez iluminam o céu de nuvens dogmáticas (e nebulosas) que representa a prática forense.

Assim parece ter ocorrido em 07 de abril de 2015, quando a 2ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1.459.212/RJ e sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, prolatou

acórdão unânime no sentido da legitimidade de grupo de indivíduos para a persecução judicial individual de direito coletivo.

Cuidava-se, na origem, de Ação de Obrigação de Fazer ajuizada por grupo de 03 (três) indivíduos contra o Município do Rio de Janeiro, na qual deduziram a pretensão de que o demandado fosse compelido a realizar obra de instalação da rede de esgotamento sanitário, viabilizando a prestação do serviço na residência dos autores.

O Município do Rio de Janeiro arguiu na sua defesa, preliminarmente, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos autores, uma vez que estariam propondo demanda em defesa de direito difuso, para o qual se exigiria ação civil pública somente ajuizável pelos sujeitos previstos no respectivo art. 5º. Instaurou-se controvérsia, portanto, sobre o cabimento da propositura de ação individual para postular-se direito de natureza transindividual.

Em 1º Grau, sobreveio sentença de extinção do processo sem resolução de mérito, em reconhecimento da suposta ilegitimidade das partes que compunham o polo ativo da demanda, provimento esse contra o qual fora interposta apelação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em julgamento de agravo interno interposto pelo Município do Rio de Janeiro contra decisão monocrática do Relator da Apelação – que, em razão da legitimidade ativa dos recorrentes, havia dado imediato provimento ao recurso para determinar a anulação da sentença terminativa e o prosseguimento da ação no juízo de 1º Grau –, emitiu pronunciamento colegiado no sentido de que os direitos postulados, embora pudessem ser tutelados pela via coletiva, também poderiam ser tutelados individualmente, por consistirem em direitos individuais homogêneos divisíveis e determinados, passíveis de gerar pretensões individuais³⁶⁶.

³⁶⁶ Confira-se a ementa do julgado: “AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SANEAMENTO BÁSICO. REDE DE ESGOTO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO INDIVIDUAL. 1. Irresignação recursal contra a decisão monocrática que determinou a anulação de sentença de extinção sem resolução do mérito, por ilegitimidade ativa, pela possibilidade de veiculação, em demanda individual, de pretensão de instalação de rede de esgoto, ainda que esta possa também, ser tutelada pela via coletiva. 2. O direito pleiteado se verifica homogêneo e de natureza divisível e determinada, ou seja, aquele decorrente de origem comum, nos termos do artigo 81, parágrafo único, III do Código de Defesa do Consumidor, não sendo prejudicado pela coexistência de direito difuso ou coletivo, de acordo com a norma trazida pelo artigo 104 do código consumerista. 3. Em que pese o direito em tela se originar de um evento comum e ser, portanto, passível de tutela coletiva, a pretensão individual não pode ser obstada sob pena de violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Se o Estado se revela omissivo e inerte o particular prejudicado pode ajuizar ação em nome próprio para compelir a Administração Pública à realização de obras em rede de esgoto sanitário, essencial à sua dignidade e saúde. Direitos fundamentais protegidos pela Constituição, fora do âmbito da discricionariedade administrativa. Precedentes deste Tribunal de Justiça. 4. RECURSO QUE SE CONHECE E SE VOTA POR SEU DESPROVIMENTO” (Apelação nº 0414376-40.2008.8.19.0001, Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa, Terceira Câmara Cível, Julgamento em 01/07/2013).

Irresignado, o Município do Rio de Janeiro interpôs Recurso Especial sob o fundamento de violação de lei federal, levando o STJ a prolatar o acórdão ora comentado, cuja ementa foi a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SANEAMENTO BÁSICO. REDE DE ESGOTO. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. LEGITIMIDADE ATIVA E INTERESSE PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO INDIVIDUAL. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL A *QUO* DE QUE OS DIREITOS SÃO INDIVIDUALIZÁVEIS E AS PESSOAS DETERMINADAS. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* reconheceu que, conquanto os beneficiados pela pretensa tutela jurisdicional estejam ligados por evento de origem comum, os direitos são individualizáveis e as pessoas determinadas, afastando-se assim a natureza difusa do direito invocado para estabelecer que o direito em discussão é individual homogêneo. 2. Modificar o entendimento da Corte de origem, quanto à possibilidade de individualização de direitos e determinação dos sujeitos beneficiados pela tutela jurisdicional pretendida, demanda reexame do contexto fático-probatório, inadmissível ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. As tutelas de direitos transindividuais fazem parte de sistema que contempla técnica de ampliação dos remédios à disposição do jurisdicionado (e não de restrição) e que pressupõe a legitimação ordinária do lesado, geradora da legitimidade extraordinária dos sujeitos elencados no art. 5º da Lei 7.347/1985. Logo, não se trata de legitimidade exclusiva, mas concorrente. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial não provido.

A leitura da motivação do julgado evidencia que a Corte Especial entendeu que a qualificação jurídica dos direitos reivindicados pelos indivíduos seria decorrente do contexto fático-probatório dos autos, a qual, em razão do óbice de reexame na via especial, deveria ser tomada como definitiva. Assim, considerou-se que os direitos tutelados tinham natureza individual homogênea, porquanto “individualizáveis e as pessoas determinadas, afastando assim a natureza difusa”.

Não obstante – e aqui reside a razão de decidir importante para os propósitos deste estudo –, consignou-se que os direitos individuais homogêneos, além de serem passíveis de persecução judicial pelos legitimados previstos no art. 82 do CDC, podem ser reclamados também “pelo indivíduo diretamente prejudicado”.

Mais que isso, o Órgão Fracionário do STJ manifestou o entendimento de que a tutela do direito em tela estaria inserida no sistema de tutela de direitos transindividuais, o qual “contempla técnica de ampliação dos remédios à disposição do jurisdicionado (e não de restrição) e que pressupõe a legitimação ordinária do lesado”, legitimidade essa que seria concorrente com a dos legitimados extraordinários elencados no art. 5º da LACP³⁶⁷.

³⁶⁷ Quanto a esse fundamento, o STJ citou como precedente no mesmo sentido a decisão proferida no AgRg no Ag no REsp 401.510/RJ. Comparativamente, embora tenham contextos fáticos semelhantes, no julgamento mencionado fora dada maior primazia à natureza individual do direito então debatido, contorno fático esse que poderia ser utilizado como baliza limitativa para o reconhecimento da legitimidade individual à época sustentada. Já no Resp 1.459.212/RJ, essa predominância da natureza individual do direito tutelado não mais figura como razão determinante para a decisão, de modo que a legitimidade individual para a tutela dos direitos e

Sem dúvida alvissareira, a decisão não é indene de críticas.

É que a Corte Especial, conquanto reconhecendo a natureza de direito individual homogêneo, permaneceu enclausurada na individualidade dos direitos e determinabilidade dos sujeitos beneficiados pela tutela a ser empreendida para conferir a legitimidade ativa *ad causam* aos indivíduos, quando o melhor seria que a legitimidade reconhecida tivesse sido ancorada na idoneidade dos indivíduos para a promoção da tutela coletiva (CF, art. 5º, XXXV).

Além disso, parece altamente questionável a natureza individual homogênea atribuída aos direitos versados na demanda. A rede de esgotamento sanitário pleiteada, além de radicada nos direitos ao saneamento básico, saúde, dignidade da pessoa humana e na própria incolumidade pública, seriam de difícil implementação prática sem que, em maior ou menor grau, fossem igualmente beneficiados todos os moradores da rua pela qual deverá passar a obra, pelo menos até chegar à residência dos autores. A rigor, são muitas as pessoas individualmente atingidas pela prestação a ser cumprida porque é a própria coletividade que titulariza o aludido direito, para a qual a realização da obra é indivisível e isso em razão de seus integrantes compartilharem a mesma circunstância fática, qual seja, a de residir na rua a ser beneficiada com o esgotamento sanitário (ou até mesmo nas suas imediações).

Apenas para ficar na tipologia tradicional do CDC, a indivisibilidade da prestação material e os contornos fluidos dos sujeitos por ela atingidos, ambos radicados meramente em circunstâncias fáticas, dão grande margem para o seu enquadramento como direito difuso, a sugerir que o STJ, ao apontar para os direitos individuais homogêneos, na verdade acertou os direitos difusos, embora o instrumento tenha sido o mesmo: tutela jurisdicional coletiva, provocada por indivíduos.

O resultado dessa análise confirma o diagnóstico final do tópico anterior: embora a prática forense e a Ciência Processual vão paulatinamente se desapegando da ortodoxia da técnica processual e de conclusões há décadas repetidas de maneira irrefletida, ainda há muitas reminiscências individualistas a extirpar e horizontes cognitivos a galgar para enfim poder-se afirmar a bem-aventurança da tutela coletiva. E os inconformismos e as inquietações com o cenário processual atual são os únicos caminhos que podem conduzir a essa conformação da tutela jurisdicional brasileira, muito embora tenha sido proclamada, segundo se pensa, desde 5 de outubro 1988.

interesses transindividuais pode, *a fortiori*, ser validamente ancorada no precedente formado, dada sua maior amplitude. Eis a razão pela qual se reputou mais conveniente comentar esse precedente, e não aquele.

6.2. CONTROLE *OPE JUDICIS* DA REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA (MODELO DA *CLASS ACTION*) E CONTRADITÓRIO TRANSCENDENTE: UM ENSAIO DE RESPOSTA ÀS CRÍTICAS DE ANTONIO GIDI À LEGITIMIDADE DO INDIVÍDUO

No panorama doutrinário nacional, Antonio Gidi foi quem teceu as críticas mais severas à legitimidade ativa dos indivíduos para as ações coletivas.

O brilhantismo teórico – verdadeiro precursor de muitas tendências do Processo Coletivo brasileiro moderno, inclusive no campo da codificação – e a experiência do autor com as *class actions* estadunidenses, modelo de referência mundial para a tutela coletiva, exigem que qualquer proposta teórica que propugne solução diversa (no caso deste estudo, diametralmente oposta) enfrente suas críticas com honestidade e seriedade.

Essa postura não apenas atende aos ditames da atmosfera acadêmica – que, muito mais do que desejar respostas uniformes, preza pela pluralização do debate de ideias, mesmo que conduzam a soluções antagônicas –, como também pode fornecer elementos válidos para testar a viabilidade pragmática (fatos e consequências) da proposta teórica.

Mais do que isso, enfrentar as críticas em tela significa ter que cotejar a solução teórica proposta com o modelo das *class actions* estadunidenses, o que pode igualmente render perspectivas salutares para uma evolução do Direito Positivo doméstico.

Naturalmente, começa-se por apresentar as críticas.

Principia Antonio Gidi³⁶⁸ pela afirmação de que o indivíduo “não somente é o elo fraco na batalha com o réu, como também o é na relação com o próprio advogado do grupo”, frente ao que censura que “a decisão de atribuir, como regra geral, legitimidade coletiva a um indivíduo demonstra uma perigosa falta de familiaridade com a realidade das *class actions* norte-americanas e seus riscos e abusos”.

Esclarece o autor³⁶⁹ que todos esses abusos verificáveis na realidade estadunidense “têm sua origem, direta ou indiretamente, na relação assimétrica e conflituosa que há entre os milionários interesses do advogado do grupo e os poucos interesses de cada um dos membros do grupo”.

A relevância dessa preocupação reside no fato de que, no sistema das *class actions* norte-americanas, embora a legitimidade para a sua propositura seja atribuída ao membro da classe, uma vez ajuizada a demanda e superada a fase de certificação, que atesta a representatividade adequada do autor coletivo, todo o poder sobre a ação de classe é

³⁶⁸ *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 226.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 227.

transferido inteiramente para o advogado, ficando o representante da classe (*class representative* ou *named plaintiff*) apenas como a origem longínqua da atuação do *class attorney* ou *class counsel*³⁷⁰.

O risco óbvio dessa assimetria de interesses é justamente o de que os direitos e interesses dos membros do grupo sejam sacrificados em prol dos interesses financeiros imediatos dos advogados que os representam na ação coletiva, inclusive mediante a celebração de acordos abusivos.

Diante disso, conclui Antonio Gidi³⁷¹:

Em face dos riscos, problemas e abusos existentes na prática das *class actions* norte-americanas é surpreendente que ainda haja quem procure defender a legitimidade de indivíduos para a propositura de processos coletivos no Brasil. (...). A ânsia de democratizar as demandas coletivas pode levar ao efeito inverso, pois o seu abuso pode torná-las desacreditadas, assim como aconteceu com as ações populares. A realidade é que a legitimidade coletiva de indivíduos é pouco mais que uma quimera. É intelectualmente desonesto e um engodo populista dizer que os membros do grupo podem ser legitimados a propor demandas coletivas.

O autor segue criticando a opção de atribuir legitimidade coletiva ao indivíduo sob o argumento de que a sua participação ativa enfraqueceria demasiadamente as instituições sociais ainda incipientes no Brasil, quando o seu fortalecimento constituiria peça fundamental para contornar os problemas e abusos da tutela coletiva. Pelo menos tomando como referência a realidade estadunidense, legitimados fortes e associações bem estruturadas seriam o único caminho em direção à adequada prestação jurisdicional coletiva³⁷².

A legitimidade ativa de indivíduos para as ações coletivas, então, seria uma ilusão que esconderia “um sistema que tem apenas desvantagens, sem nenhuma vantagem real”³⁷³.

³⁷⁰ Idem, *ibidem*. Em obra dedicada especificamente ao modelo estadunidense das *class actions*, Antonio Gidi esclarece: “na prática, porém, todo o poder sobre as *class actions* repousa inteiramente nas mãos do advogado e não nas do representante. É o advogado que descobre que o ato ilícito ocorreu, define os contornos do grupo, seleciona um dos seus membros para ser o representante e decide quando, como e se deve propor a ação ou fazer um acordo, e em que termos. O representante é apenas a chave que o advogado precisa para abrir as portas do Judiciário. Ademais, de acordo com a tradição do direito norte-americano, é o próprio advogado quem financia a ação, arcando com todas as altas despesas inerentes ao litígio coletivo. A *class action*, assim como qualquer ação individual, é considerada abertamente um investimento privado com fins lucrativos, e o advogado é visto como um empreendedor, que faz da tutela coletiva dos direitos da sociedade a sua principal fonte de renda (*entrepreneurial lawyer*). É o capitalismo liberal americano em sua mais pura forma, confundindo as figuras de justiceiros e investidores” (*A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. Op. cit., p. 244-245). Mais adiante arremata: “Enfim, o representante do grupo é uma figura absolutamente inútil, que não escolhe o advogado, não pode mandar nele, nem dispensá-lo de suas funções, nem tem poder de aceitar um acordo oferecido pela parte contrária. A função do representante é simplesmente existir, de preferência, calado” (p. 246).

³⁷¹ *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 229.

³⁷² Idem, *ibidem*, p. 231-232.

³⁷³ Idem, *ibidem*, p. 231.

Eis aí os principais argumentos de Antonio Gidi contra a legitimidade ativa de indivíduos para ações coletivas. Sua conclusão é inteiramente coerente com suas premissas.

Quer-se, não obstante, tentar apresentar uma imagem um pouco mais otimista, que sirva, outrossim, para reflexão acerca de outro questionamento que poderia ser igualmente levantado contra as proposições deste estudo e que também está intimamente conectado com as críticas de Antonio Gidi.

É que se poderia objetar que a aceitação sem reservas da proposta teórica aqui desenvolvida acabaria incorrendo no mesmo erro de permitir a crise de sub-representatividade a que tanto se aludiu ao norte. No lugar do Ministério Público, Defensoria Pública, Associações ou qualquer outro dos colegitimados previstos nos arts. 5º da LACP e 82 do CDC, simplesmente seria o indivíduo a atuar em situação de grave hiato dialogal com os demais membros da coletividade ausente, frustrando grande maioria das incursões desenvolvidas até aqui para demonstrar também a conveniência prática do reconhecimento da sua legitimidade coletiva. Noutras palavras, estar-se-ia apenas ampliando o rol de sujeitos com potencial para menosprezar dissidências internas da classe, prejudicando a tutela do interesse em jogo.

Acredita-se possível, contudo, lançar aquela imagem otimista acerca desses questionamentos por dois motivos: primeiro, porque o Direito brasileiro tem peculiaridades normativas que atenuam a tendência de que os sujeitos processuais ou seus procuradores (públicos ou privados) deixem seus interesses financeiros sobrepujar a adequada tutela dos direitos coletivos; segundo, porque o sistema processual brasileiro se equipou nos últimos anos de técnicas de coletivização do diálogo judicial que, com algum aperfeiçoamento, sobretudo no que toca ao controle judicial da representatividade adequada do autor coletivo (modelo da *class action*), podem eficazmente prevenir tanto os abusos e riscos mencionados por Antonio Gidi, quanto os problemas de representatividade da coletividade ausente.

Essa discussão, aliás, está no palco das controvérsias contemporâneas que inquietam os que lidam com o desenvolvimento científico e legislativo do processo coletivo. Tanto assim o é que as principais propostas de codificação hoje existentes se dedicam expressamente a construir modelos dogmáticos de representação das várias concepções sobre a legitimação do indivíduo e de controle da representatividade adequada do autor coletivo, qualquer que seja ele. As soluções mais importantes serão mencionadas ao longo da exposição dos argumentos.

Enfim, para tentar arquitetar uma visão alternativa ao ceticismo de Antonio Gidi quanto à atribuição de legitimidade ativa ao indivíduo para as ações coletivas, a

particularidade normativa brasileira de maior relevância reside no fato de que a LACP (art. 13³⁷⁴) possui regra – que foi incorporada pelo CDC (art. 100, parágrafo único³⁷⁵) – de destinação específica e gerenciamento compartilhado do produto de condenações pecuniárias aplicadas em ações que versem sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Trata-se do “Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)” atualmente regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994, cujo gerenciamento compete a um Conselho Federal vinculado ao Ministério da Justiça, mas que é composto por representantes de outros Ministérios (Meio Ambiente, Cultura etc.), do Ministério Público Federal e três representantes de entidades civis, os quais deliberam sobre a aplicação dos recursos aportados ao FDD, legalmente afetados à “reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos” (Decreto nº 1.306/1994, art. 1º).

Se no modelo das *class actions* estadunidenses o produto financeiro de eventuais condenações (típico das *class actions for damages*) forma um fundo cuja forma de distribuição aos membros da classe (*distribution plan*) fica a cargo dos advogados que entabulam o acordo, ou, na sua indeterminação, do advogado do grupo³⁷⁶; a existência do FDD como instrumento público de manejo dos recursos financeiros oriundos das ações coletivas brasileiras afasta a possibilidade de abusos e desvios, garantindo maior publicidade e democratização à gestão desses recursos.

Essa peculiaridade normativa brasileira obsta que o produto, muitas vezes milionário, das ações coletivas seja objeto de malversações egoísticas por parte do autor coletivo ou dos advogados, uma vez que os mesmos não possuem disposição sobre esses valores.

Mais importante ainda, se todos os sujeitos processuais, na realidade brasileira, são cômicos de que eventuais recursos auferidos ao longo da ação coletiva não serão sequer gerenciados pelos mesmos, não há razão para que nutram qualquer ambição particular quanto ao volume ou destinação do fundo, o que gera a tendência de que a sua atuação processual seja inclinada unicamente à ideal reparação dos danos mensurados, propiciando uma tutela

³⁷⁴ Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

³⁷⁵ Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁷⁶ GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. Op. cit., p. 339.

jurisdicional mais adequada aos direitos e interesses coletivos, sem tredestinações egocêntricas.

Outra particularidade do ordenamento jurídico brasileiro que ajuda a construir a imagem otimista que se tem da legitimidade do indivíduo diz respeito ao modelo de composição dos honorários advocatícios. É que, mesmo que essa legitimidade venha a provocar a imersão da advocacia privada no campo das ações coletivas, o NCPC prevê um modelo de arbitramento judicial dos honorários advocatícios, isso mediante parâmetros previamente fixados na lei, que põe a salvo os direitos e interesses transindividuais dos “milionários interesses do advogado do grupo”, característica essa identificada por Antonio Gidi como o próprio conteúdo da relação assimétrica entre o membro do grupo e seu advogado.

A legitimidade ativa *ad causam* do indivíduo para as ações coletivas, assim, além de ser uma proposição teórica autóctone, decorrente do sistema jurídico brasileiro, parece encontrar no processo coletivo brasileiro já em vigor uma atmosfera propícia para a sua implementação e fomento, inclusive *de lege ferenda*.

Por isso que, nesse particular da legitimidade ativa para o processo coletivo, este estudo reputa mais simpáticas as formulações normativas propostas pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado em conjunto pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), na medida em que conferem ampla legitimidade ativa ao indivíduo³⁷⁷.

Em que pese a salutar ampliação e democratização do rol de legitimados ativos, ambos os projetos cometeram deslize técnico que merece ser denunciado. Isso porque idealizaram que, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, seria legitimada “qualquer pessoa física”, em franca absorção da ideia, muito difundida na Ciência Processual Coletiva brasileira, de que tais direitos seriam subjetivamente indeterminados, pertencendo a todos e, ao mesmo tempo, a ninguém em particular. Trata-se, contudo, como já demonstrado no item 4 deste

³⁷⁷ Nesse sentido, o art. 3º, incisos I e II, do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América prevê: “Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos”. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos UERJ/UNESA, por sua vez, dispõe no art. 9º: “Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos”.

Capítulo, de noção imprecisa técnica e pragmaticamente para representar adequadamente os direitos difusos. Melhor seria se ambas as propostas tivessem dito serem legitimados à ação coletiva “qualquer indivíduo membro da coletividade afetada pela lesão ou ameaça a direito ou interesse difuso”³⁷⁸.

Por outro lado, parece que a própria aversão de Antonio Gidi à legitimidade coletiva do indivíduo se baseia não exatamente na sua inadmissibilidade categórica³⁷⁹, mas no mau funcionamento e, nessa extensão, na inconveniência dessa medida, porquanto originadora de riscos e abusos nefastos à tutela coletiva.

Na verdade, embora posteriormente o autor tenha manifestado preferência por uma ainda maior restrição e sua submissão à discricionariedade judicial (guiada por critérios legais prévios)³⁸⁰, no Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo que pioneiramente publicou em 2003, a legitimidade do indivíduo fora reconhecida no art. 2.5, embora de maneira tímida³⁸¹.

Uma vez, porém, que o sistema processual coletivo hodierno oferece instrumentos que, no mínimo, atenuam o receio de que o indivíduo e o advogado por ele escolhido possam produzir resultados perniciosos à tutela coletiva, parece possível encarar com entusiasmo a

³⁷⁸ No mesmo sentido dessa crítica, GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 235-237, de cuja lição se colhe: “os anteprojetos derivados (Código Modelo Ibero-Americano e Anteprojetos USP e UERJ/Unesa) foram tecnicamente imprecisos ou politicamente levianos ao atribuir legitimidade para a tutela dos direitos difusos a ‘qualquer pessoa física’. Dizer que *qualquer* pessoa física poderá propor uma demanda coletiva em tutela de *qualquer* direito difuso demonstra completo desconhecimento do sistema processual coletivo brasileiro e comparado e abandono das mais rudimentares noções de bom-senso. Os anteprojetos derivados incidem em erro bastante comum, que já detectamos em outra oportunidade, de considerar que o direito difuso, somente por ser difuso, ‘pertence a todos’ indiscriminadamente e é mais amplo que o coletivo ou os individuais homogêneos, que ‘pertencem a um grupo’ determinado. (...). É absurdo dar legitimidade a qualquer pessoa física para propor uma demanda coletiva em tutela de qualquer direito difuso. (...) Obviamente, em tais casos, ainda argumentando-se que o autor tivesse legitimidade para propor a demanda coletiva, ele não teria interesse processual por não ser um membro do grupo titular do direito. Qualquer decisão em contrário seria violadora do devido processo legal e a sentença não vincularia os membros do grupo. Ademais, dificilmente uma pessoa que não tenha nada a perder ou ganhar com o processo coletivo poderia ser considerada um representante adequado dos interesses do grupo. No máximo, será um curioso. Na linguagem processual norte-americana, faltar-lhe-á *standing to sue*. Na terminologia processual brasileira, a ação deverá ser extinta sem resolução de mérito, por falta de legitimidade e interesse processual. Portanto, teria sido muito mais técnico se os Anteprojetos USP e UERJ/Unesa houvessem aprendido com as *class actions* norte-americanas e limitado a legitimidade coletiva aos membros do grupo titular do direito difuso violado” (destaques no original).

³⁷⁹ Não à toa, aliás, que o autor afirma que a legitimidade em tela “seria uma opção política defensável, se fosse bem informada”, ou reconhece ser “um risco dar legitimidade exclusivamente a entes públicos e privados, excluindo o poder dos indivíduos de provocar o Estado para a prestação da atividade jurisdicional coletiva” (*Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 232).

³⁸⁰ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Op. cit., p. 234.

³⁸¹ GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *RePro*, São Paulo, vol. 111, jul.-set. 2003, p. 194. Dizia o Anteprojeto: “2.5 O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo”.

sua implementação legislativa, dando concreção à promessa constitucional do art. 5º, XXXV, da CF e dando azo a toda a potencialidade da atuação do indivíduo para as ações coletivas.

Mas não é só.

Os avanços teóricos e técnico-processuais logrados nos últimos anos pelo Direito Processual brasileiro não apenas mitigam a possibilidade de que o processo coletivo seja usado pelo indivíduo em descompasso com as várias pretensões dos demais membros da coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas afetadas pela lesão ou ameaça aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (leia-se: crise de sub-representatividade), como corroboram a eficiência jurídica de admitir-se a atuação do indivíduo. Dois institutos processuais são representativos desses avanços: o *amicus curiae* e as audiências públicas.

O primeiro, com grande prestígio no NCPC³⁸², consiste na possibilidade de que pessoas (físicas ou jurídicas), órgãos ou entidades com representatividade adequada e conhecimentos especializados possam, a critério do juiz, intervir em demandas em curso para participarem – sujeito processual, portanto – da cognição e da formação da decisão judicial.

Já as audiências públicas, que tem localização topográfica esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, encerram um instrumento de abertura do processo à participação de atores sociais interessados nos rumos do processo e da norma jurídica a ser criada pela decisão judicial para reger concretamente a relação jurídica material em debate (*res in iudicium deducta*), de modo a ampliar a base informacional ou mesmo o conjunto probatório existente e pluralizar o discurso judicial, amadurecendo as questões de fato e de direito necessárias ao pronunciamento estatal.

Ambos os institutos, segundo parece, traduzem um único propósito: aprofundar o diálogo e a cognição judiciais; democratizar a deliberação estatal e aproximar a tutela jurisdicional de seus escopos, tudo em reconhecimento do viés discursivo do processo (e da sua compreensão como instrumento de transformação social) e em homenagem ao princípio do contraditório.

Conforme já se teve a oportunidade de pontuar, na visão clássica do contraditório o direito de informação-reação era confinado àqueles que poderiam vir a suportar alguma posição jurídica prejudicial, o que limitava a aplicação do princípio eminentemente às partes. A conformação moderna desse princípio como direito de influência – a partir de um

³⁸² Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

paradigma de democracia deliberativa –, entretanto, reclama não a mera possibilidade de intervenção, mas a necessidade de que todos aqueles que possam contribuir para o aprofundamento da cognição sejam chamados a participar como efetivo coprotagonista do processo decisório e coautor da norma jurídica vinculativa.

Instaura-se, com isso, um contraditório que transcende os sujeitos tradicionais do processo, levando a perceber o *amicus curiae* e as audiências públicas como instrumentos que, diante da repercussão social das demandas coletivas e da relevância dos direitos e interesses nelas versados, devem ocupar o epicentro da atividade jurisdicional coletiva.

O adequado emprego dessas técnicas processuais de ampliação e democratização do contraditório é idôneo a mitigar eventuais hiatos discursivos entre os verdadeiros titulares dos direitos transindividuais e o autor coletivo, seja ele ou não o indivíduo.

Isso porque essas técnicas, bem pensadas as coisas, fornecem elementos que permitem ao juiz – e demais sujeitos processuais, inclusive o réu – a realização de verdadeiro controle da representatividade adequada do autor, certificando-se de que a pretensão por ele concretamente deduzida está em consonância com as reivindicações dos demais membros do grupo e se insere nos limites no interior dos quais o bem, direito ou interesse pode ser adequadamente tutelado.

Se a ação proposta reunir essas características, estará franqueado o juízo de mérito, que se submeterá ao regime próprio da coisa julgada coletiva. Se, entretanto, o autor coletivo não representar adequadamente os interesses em debate, faltar-lhe-á interesse de agir e a própria legitimidade. Isso porque, na linha deste estudo, não terá ele ostentado em juízo uma posição jurídica tutelável que seja inerente ao conflito de interesses, impondo o reconhecimento da inadmissibilidade da ação coletiva tal como manejada. Nesse caso, a via coletiva continuará aberta para a promoção dos direitos e interesses transindividuais por outros colegitimados, ou pelo mesmo autor, desde que adequando sua pretensão.

Possibilita-se, com isso, um controle *ope judicis* da representatividade adequada do autor coletivo. Essa construção cognitiva, entretanto, ainda está muito aquém de um modelo que possa ser considerado eticamente sério e responsável com a tutela coletiva.

No Direito estadunidense, por exemplo, a ação coletiva passa por uma fase processual especificamente dedicada à aferição dos requisitos da *class action* e da satisfação de uma das suas hipóteses de cabimento, decidindo-se com grande margem de discricionariedade sobre se a ação proposta receberá ou não estrutura coletiva³⁸³. Somente após essa decisão, chamada de

³⁸³ Confira-se, por todos, GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. Op. cit., p. 192-200.

certificação (*certification*), é que tecnicamente a ação pode ser considerada coletiva. Do ponto de vista da tutela coletiva, essa decisão – e o controle que ela encerra – é a mais importante para o processo norte-americano.

Para chegar a essa certificação da ação coletiva, o juiz investiga requisitos³⁸⁴ como a impraticabilidade do litisconsórcio; a existência de questão de fato ou de direito comum ao grupo; a tipicidade da pretensão do representante (isto é, se as suas reivindicações ou defesas são típicas das dos demais membros do grupo) e, finalmente, a representatividade adequada do candidato a representante, em que se perquire se ele é capaz de efetuar a justa e adequada proteção dos interesses da classe.

No direito brasileiro, conforme já exposto acima, não há qualquer fase processual destinada a testar a representatividade adequada do autor coletivo, uma vez que a lei presume tanto a idoneidade dos legalmente eleitos para a promoção dos interesses coletivos, como a sua condição de legítimo porta-voz dos membros da coletividade ausente.

As técnicas processuais referidas acima como garantidoras de algum controle da representatividade adequada do autor coletivo – o que se aplicaria ao indivíduo – ainda dependem em alguma medida da sensibilidade jurídica e social do juiz, de modo que, nas ações coletivas brasileiras, o nível da investigação da representatividade do autor não passa da superficialidade.

Nesse ponto, portanto, urge que a legislação brasileira, para adequar-se a todas as proposições jurídicas examinadas neste estudo, passe por reformas em ordem a instituir um mais sofisticado exame da representatividade adequada do autor coletivo, uma vez que a mera exigência de previsão em lei ou demais exigências formais são absolutamente inservíveis para dar conta dos graves problemas que permeiam a tutela coletiva hodierna. Perceba-se, no entanto, que a adoção legislativa do controle *ope iudicis* da representatividade adequada do autor coletivo apenas tornaria expressamente admissível uma investigação judicial que, aos olhos dos juristas comprometidos com a tutela coletiva, hoje já é obrigação decorrente do sistema jurídico, estando encartado na cláusula do devido processo legal (*due process of law*).

³⁸⁴ Nesse sentido, GIDI, Antonio. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos*. Op. cit., p. 67 e seguintes; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. Op. cit., p. 70-80; WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Op. cit., p. 43-46; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Op. cit., p. 43-48.

E modelos adequados à realidade brasileira não faltam. Aliás, o primeiro Anteprojeto de Código de Processo Coletivo já cuidava satisfatoriamente do assunto³⁸⁵, ao que foi seguido com algumas alterações pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América³⁸⁶ e pelo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos³⁸⁷.

O que não se pode perder de mira, no entanto, é o fato de que o controle *ope judicis* da representatividade adequada do autor coletivo, aliado à destinação específica e gerenciamento compartilhado do produto de condenações pecuniárias, bem como ao modelo de composição dos honorários advocatícios e às demais técnicas de ampliação da cognição e pluralização do debate processual (*amicus curiae* e audiências públicas), são suficientes para alcançar níveis satisfatórios de democratização do processo e, ao mesmo tempo, de prevenção a abusos e riscos quanto aos direitos e interesses transindividuais, garantindo uma prestação adequada da tutela jurisdicional coletiva.

Nesse cenário mais otimista, não interessa quem proponha a ação coletiva – indivíduo, associações, Ministério Público, Defensoria Pública e demais entidades do Poder Público – mas a qualidade das pretensões deduzidas e da atuação dos sujeitos processuais, de modo que não há razões para continuar-se negando aquilo que a Constituição substancialmente proclamou – direitos e interesses metaindividuais – e processualmente garantiu – acesso à justiça, contraditório...

³⁸⁵ O art. 3º previa: “Requisitos da ação coletiva: 3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se: I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva; II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18, I) III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática. 3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores: 3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência; 3.1.2 o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses do grupo; 3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores; 3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva; 3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo” (GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. Op. cit., p. 195).

³⁸⁶ Art. 2º. Requisitos da ação coletiva - São requisitos da demanda coletiva: I – a adequada representatividade do legitimado; (...). Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como: a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c – sua conduta em outros processos coletivos; d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

³⁸⁷ Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva. São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz: I – a adequada representatividade do legitimado; (...). § 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses do legitimado e o objeto da demanda; e) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

CONCLUSÃO

Este estudo jamais escondeu suas pretensões. Tão logo o problema tomou forma e dele emergiu um inconformismo tal que não foi possível acomodar-se, procedeu ao estudo do modelo de legitimação ativa do processo coletivo brasileiro, na esperança de reunir subsídios e testar a correção de hipóteses que à primeira vista pareciam alvissareiras, mas que igualmente suscitavam inúmeras controvérsias.

A superficialidade e a falta de exame crítico foram defeitos que se procurou evitar.

Partindo de uma inicial consideração dos problemas empíricos, normativos e científicos que circundam a legitimação ativa da tutela coletiva, sobretudo o juízo de peremptória negação de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas, reputou-se necessário ir além da perspectiva tradicional de análise dos problemas afetos ao Direito Processual e enveredar por outros ângulos de abordagem, nos quais assumiram especial relevo a Filosofia e a Teoria do Direito.

Com isso se delinearão os lindes no interior dos quais transitaria a pesquisa a que se propôs este estudo, bem como uma versão mais sofisticada da hipótese de trabalho imaginada, qual seja, a de que aquela negativa peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas seria um erro da dogmática jurídica atual vinculado a uma concepção clássica e inadequada de sistema, ao passo que uma concepção ancorada nos paradigmas de racionalidade da modernidade (para o que despontou o sistema aberto de Canaris) permitiria um juízo que inclui o indivíduo entre os legitimados para o processo coletivo em geral.

Com o desenvolvimento do estudo, foi paulatinamente se arquitetando uma rede de convicções apoiada ora em vertentes doutrinárias majoritárias; ora em correntes minoritárias; ora em fundamentos e construções intelectivas não encontradas no panorama doutrinário a que se pôde alcançar, mas que igualmente se ousou apresentar à arguição dos estudiosos, sempre, todavia, com o propósito mais modesto de fomentar um debate em que reine a pluralização das ideias e a força do argumento.

Com o devido corte das arestas e a imersão no seu objeto de pesquisa, este estudo acredita ter demonstrado (Capítulo III, item 3) que aquela negação de legitimidade provocativa ao indivíduo no âmbito da tutela coletiva se nutre não apenas de opção político-legislativa que pretende instituí-la (LACP, art. 5º e CDC, art. 82), mas também da orientação corrente dos agentes do Direito de considerar essa mediação legislativa como ponto de partida apodítico e suficiente (orientação dogmática) para vincular seus juízos proposicionais àquele respeito.

Evidenciou-se, com isso, a correspondência dessa orientação com o modelo de pensamento sistemático que o 1º Capítulo cuidou de identificar como clássico – fundado em axiomas (normas do Direito Positivo) e teoremas descritos mediante raciocínios lastreados na lógica formal e dedutiva – e cristalizado na dogmática jurídica, que parte da aceitação apodíctica das normas criadas pelo legislador.

Nessa senda, confirmou-se a parcela da hipótese que conjecturou a negativa peremptória de legitimidade ativa *ad causam* ao indivíduo para as ações coletivas como produto de uma concepção clássica e inadequada de pensamento sistemático.

Isso porque se esforçou este estudo para demonstrar que o pensamento sistemático adequado para o estado da arte da modernidade é aquele que incorpora os aportes teóricos legados pela reviravolta linguístico-pragmática, pela tópica jurídica e pela retórica (lógica argumentativa), o qual encontra no sistema aberto de Canaris um modelo apropriado.

E se, para esse modelo, a obtenção das proposições jurídicas deve partir de um discurso racional argumentativamente guiado por texto normativo, princípios jurídicos e pelo caso (problema), todos num processo dialético de esclarecimento mútuo, os dispositivos dos arts. 5º da LACP e 82 do CDC cedem espaço para a norma do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Nessa esteira, consolida-se a proposição jurídica de que o indivíduo tem, sim, legitimidade ativa *ad causam* para o processo coletivo, porquanto norma que melhor atende ao estado de coisas ao qual estão orientados os princípios específicos da tutela coletiva referidos no item 5.2 do Capítulo III.

Esse reconhecimento descortina novos horizontes para a atuação do indivíduo no sistema de tutela coletiva, cujo juízo de admissibilidade, portanto, deve nortear-se pela validade *prima facie* dos atos postulatórios por ele praticados.

Obviamente que esse renovado juízo de admissibilidade do processo coletivo trás consigo graves riscos e problemas empíricos para a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, mas as peculiaridades do processo coletivo brasileiro e as técnicas processuais à disposição dos sujeitos do processo constituem um marco normativo inicial que não justifica posicionamentos contrários à legitimidade provocativa do indivíduo. Pelo menos não mais do que à legitimidade de outros protagonistas das ações coletivas, mas que há muito participam desse sistema, sem que se verifique resultados perniciosos à tutela coletiva.

Embora minimamente suficiente, contudo, não significa que esse modelo seja adequado. Urge desenvolver novas técnicas processuais que instituem expressamente um controle da representatividade adequada do autor coletivo e da própria pertinência da ação

coletiva, para o que as sensibilidades estrangeiras (destaque para as *class actions* norte-americanas) e as propostas de codificação do processo coletivo constituem fecundas incursões.

O que não se pode olvidar é que o indivíduo, enquanto membro da coletividade, categoria, classe ou grupo de pessoas afetadas por lesão ou ameaça a direitos ou interesses metaindividuais, tem legitimidade ativa *ad causam* para a deflagração e condução de ações em defesa desses direitos. E isso não apenas porque sua legitimidade coletiva é conveniente do ponto de vista prático, mas porque sua aptidão decorre do sistema jurídico brasileiro, notadamente da garantia fundamental de acesso à justiça e inafastabilidade da tutela jurisdicional coletiva (CF, art. 5º, XXXV), e não há razões plausíveis que possam satisfazer o elevado ônus argumentativo que justificaria tão drástica restrição como a sua exclusão peremptória ou apriorística.

Perceba-se que esse juízo proposicional – que não significa outra coisa senão a síntese de toda a rede de convicções expostas ao longo destas linhas – encerra a confirmação da integralidade da hipótese de trabalho inicialmente suscitada. A realização do desiderato a que se propôs este estudo, no entanto, ainda que gere algum contentamento, não ofusca a consciência de que muitos outros desafios e aporias ainda carecem de adequado – e hercúleo – enfrentamento para poder-se considerar o processo coletivo brasileiro como via perene de tutela de direitos transindividuais. A esse debate, contudo, reservam-se outros episódios.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable*: un tratado sobre la justificación jurídica. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos*: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDREWS, Neil. Multi-Party Proceedings in England: representative and group actions. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Vol. 11, p. 249-267, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Coletiva de Interesses Individuais*: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BERTALANFFY, Ludwig von. *Teoria Geral dos Sistemas*: fundamentos, desenvolvimento e aplicações. Trad. Francisco M. Guimarães. 5ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília: Editora UnB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. I, 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*: direito processual público e direito processual coletivo. Vol. II, tomo III, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULYGIN, Eugenio; MENDENCA, Daniel. *Normas y Sistemas Normativos*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 147, p. 123-146, maio 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e o Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARDOSO, Maurício. *Brasil Atinge a Marca de 100 Milhões de Processos em Tramitação na Justiça*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>. Acesso em: 16 set. 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Justiça em números 2015: ano-base 2014*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 02 nov. 2015.

DALL'AGNOL, Darlei. A Vida e Obra de Ludwig Wittgenstein. In: _____; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012.

DIAS, Jean Carlos. Existe um Sistema Processual Coletivo? Uma Reflexão a Partir da Teoria do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; MAZZEI, Rodrigo. *Tutela Jurisdicional Coletiva: 2ª Série*. Salvador: JusPodvm, 2012.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 16ª ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Juízo de Admissibilidade na Teoria Geral do Direito. In: _____; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodvm, 2008.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. IV, 9ª ed. Salvador: JusPodvm, 2014.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Vol. IV, 10ª ed. Salvador: JusPodvm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. In: _____. *Ensaios de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA FILHO, Otávio Bueno da. *Novo Código de Processo Civil quebra paradigma das "condições da ação"*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-30/otavio-fonseca-cpc-quebra-paradigma-condicoes-acao>. Acesso em: 01º dez 2015.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: legitimação, competência e coisa julgada. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Processo Coletivo Refém do Individualismo. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito. *RePro*, São Paulo, vol. 111, p. 192-208, jul.-set. 2003.

_____. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Direito Processual Civil: processo de conhecimento*. Vol. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Bases para uma atual Teoria Geral do Processo: as técnicas processuais a serviço do acesso à justiça como tutela jurisdicional adequada. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda Série. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Rio de Janeiro, nº 16, p. 13-42, 1978.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HOLANDA, Marcelo. *Ações Coletivas: legitimidade e controle judicial da adequação do autor coletivo*. Belém: Paka-Tatu, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Vol. I, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOSANO, Mario G. *Sistema e Estrutura no Direito: das origens à escola histórica*. Vol. 1, Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito: o século XX*. Vol. 2, Trad. Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Sistema e Estrutura no Direito: do século XX à pós-modernidade*. Vol. 3, Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Projetada Participação Equânime dos Co-legitimados à Propositura da Ação Civil Pública: da previsão normativa à realidade forense. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela Coletiva: 20 anos da Lei da Ação Civil Pública e do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. Vol 1. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Novas Linhas do Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. A Legitimidade Ativa do Indivíduo nas Ações Coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 220, p. 1243-1254, jun. 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

_____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito: introdução à ciência do direito*. Tomo II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a Formação do Código Buzaid. *RePro*, São Paulo, vol. 183, p. 165-194, maio 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: processo civil: processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado*. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NANCY, Jean-Luc. O sistema, Ontem e Hoje. *Veritas*, Porto Alegre, v. 59, n. 2, maio-ago. 2014.

NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: clareira para a emergência do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NINO, Carlos Santiago. *La Validez Del Derecho*. Buenos Aires: Astrea, 2012.

NUNES, Camila. Do Código Buzaid ao novo Código de Processo Civil: uma análise das influências culturais sofridas por ambas as codificações. *RePro*, São Paulo, vol. 246, p. 485-511, ago 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (orgs.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

_____. Novo Enfoque para as Tutelas Diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *RePro*, São Paulo, vol. 184, p. 109-140, jun 2010.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Por um Paradigma Democrático de Processo. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Segunda Série. Salvador: JusPodivm, 2010.

NUNES, Rizzatto. As Ações Coletivas e as Definições de Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Flexibilização do Binômio “Processo Tradicional”/“Processo Coletivo”: breve análise da presença do indivíduo em processos coletivos. *RePro*, São Paulo, vol. 189, p. 53-87, nov. 2010.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Linguístico-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OTEIZA, Eduardo (Org.). *Procesos Colectivos*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de Uma Teoria das Nulidades aplicada às Nulidades Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Retóricas*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERUZZO JÚNIOR, Léo; PABLOS, Mayara. Wittgenstein e Hart: regras de reconhecimento, normatividade e indeterminação do direito. In: DALL’AGNOL, Darlei; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. *A Legitimidade do Indivíduo nas Ações Coletivas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REIS, Daniela Amaral dos. Legitimidade da Pessoa Física no Processo Coletivo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba, nº 3, p. 77-107, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva x Técnicas Coletivas de Repercussão Individual. Por Que Estão Extinguindo a Ação Civil Pública para a Defesa de Direitos Individuais Homogêneos? In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROLO, Rafael Felgueiras. *O Processo Coletivo e o Papel da Coletividade Ausente: a afirmação de um contraditório transcendente*. Rio de Janeiro: UERJ, 2016. 309p. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

SALLES, João Carlos. Crença e Proposição. In: DALL’AGNOL, Darlei; FATTURI, Arturo; SATTLER, Janyne (Org.). *Wittgenstein em Retrospectiva*. Florianópolis: Editora da UFSC, 2012.

SHIMURA, Sérgio. O Papel da Associação na Ação Civil Pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coords.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVEIRA, Daniel Coutinho da. *Prova, Argumento e Decisão: critérios de suficiência para orientação dos juízos de fato no direito processual brasileiro*. Jun/2011. 344 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. A Dimensão Coletiva dos Direitos Individuais Homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *RePro*, São Paulo, vol. 180, p. 9-41, fev. 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I, 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Topica y Filosofia del Derecho*. 2ª ed. Trad. E. Garzón Valdés y Ruth Zimmerling. Barcelona: Gedisa, 1997.

_____. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora UNB, 1979.

VIOLIN, Jordão. O Contraditório no Processo Coletivo: amicus curiae e princípio da cooperação. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos Litígios Transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC: processo coletivo*. Vol. 8. Salvador: JusPodivm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Doutrinas Essenciais: Processo Civil: processo coletivo e processo civil estrangeiro e comparado*. Vol. IX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1, 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: a legitimação para agir. *RePro*, São Paulo, vol. 34, p. 61-70, abr. 1984.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da Certeza*. Trad. Maria Elisa Costa. Lisboa: Edições 70, 2012.

_____. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

WURMBAUER JUNIOR, Bruno. *Novo Código de Processo Civil e os Direitos Repetitivos*. Curitiba: Juruá, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.