

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

**AÇÕES PARA A TUTELA DE DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS:
NECESSIDADE DE IDENTIFICÁ-LAS A PARTIR DE UMA TEORIA DE
SISTEMAS**

David Borges Isaac

RIBEIRÃO PRETO – SP

Setembro de 2023

David Borges Isaac

**AÇÕES PARA A TUTELA DE DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS:
NECESSIDADE DE IDENTIFICÁ-LAS A PARTIR DE UMA TEORIA DE
SISTEMAS**

Tese de doutorado apresentada à Banca Examinadora do Doutorado em Direito Coletivo e Cidadania da Faculdade de Direito Laudo de Camargo da Universidade de Ribeirão Preto – SP – Unaerp, como exigência para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira

RIBEIRÃO PRETO

2023

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

- Universidade de Ribeirão Preto -

I74a ISAAC, David Borges, 1983-
Ações para a tutela de direitos essencialmente coletivos:
necessidade de identificá-las a partir de uma teoria de sistemas / David
Borges Isaac. – Ribeirão Preto, 2023.
268 f.

Orientador: Prof.º Dr.º Ricardo dos Reis Silveira.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP,
Direito, 2024.

1. Direito – Legislação – Brasil. 2. Direitos coletivos - Brasil.
3. Ação coletiva. II. Título.

CDD 340

DAVID BORGES ISAAC

**AÇÕES PARA A TUTELA DE DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS:
NECESSIDADE DE IDENTIFICÁ-LAS A PARTIR DE UMA TEORIA DE SISTEMAS**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

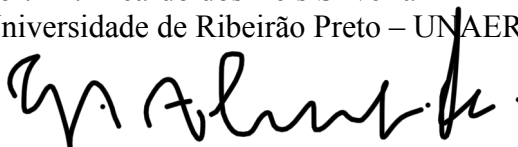
Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 25 de outubro de 2023

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
Presidente/Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Edilson Vitorelli Diniz Lima
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP

ALEXANDRE GUSTAVO
MELO FRANCO DE MORAES
BAHIA:00589946617

Assinado de forma digital por
ALEXANDRE GUSTAVO MELO
FRANCO DE MORAES
BAHIA:00589946617
Dados: 2023.10.31 15:32:27 -03'00'

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia
Universidade Federal de Ouro Preto – UFOP

Documento assinado digitalmente
 **RENATO ALMEIDA DE MORAES**
Data: 31/10/2023 14:44:22-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Renato Almeida de Moraes
Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR

**RIBEIRÃO PRETO
2023**

À Gabriela e ao meu já nem tão pequeno Mig, com todo meu amor, agradecendo-os por compreenderem as ausências, dividirem todas as tristezas, mas, especialmente, multiplicarem todas as alegrias. Aos meus sogros, Joênia e Luiz, os anjos que nos guiam mesmo nos seus mais doloridos sofrimentos, inclusive quando perderam a presença física de uma de suas filhas, minha cunhada Juliana, por nunca nos desampararem. Às memórias, com todo meu amor e doída saudade, da minha sempre amada mãe, Maria do Carmo, do meu padraсто Elias, e do meu igualmente amado avô, David. Superar os obstáculos formais sempre me traz felicidade, mas a alegria maior é imaginar, como se viva estivesse, o sorriso feliz, de olhos brilhosos, que minha mãe – que superou as adversidades de ser mãe solteira no início dos anos 1980 – abriria. Todos meus propósitos, sem prejuízo dos meus erros, são para fazer jus ao esforço que ela empreendeu para ser minha mãe. Tento honrá-la, nem sempre consigo, todo dia.

AGRADECIMENTO

Não foi fácil superar esta etapa da vida estudantil em meio às minhas obrigações profissionais, familiares e controlando a minha vontade de jogar o meu tão querido “futevoley”, mas, aparentemente, deu certo.

Agradeço inicialmente o privilégio de, em um país como o nosso, poder concluir, lá atrás, a complexa tarefa de finalizar um curso de graduação. Tempos depois, devo ser grato ao igualmente privilégio de fazer uma pós-graduação *latu-sensu* e, ato contínuo, em 2017, concluir o mestrado. Hoje, em mais uma etapa da vida acadêmica, finalizo o doutoramento. Sempre em direito e, em todas as etapas, nos bancos da minha casa, a UNAERP - UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO - onde sou aluno e colaborador. Finaliza-se apenas mais uma difícil etapa da jornada acadêmica com a certeza de que, por difícil que seja, significa apenas cultura jurídica, não se tratando de acúmulo de sabedoria. Há muitos analfabetos mais sábios que muitos doutores.

Que todos nós, brasileiros, pretos, brancos, homens, mulheres, pobres ou ricos, todos, todos, possamos em um futuro não tão distante ter acesso às mesmas oportunidades que tive. Que sejamos o país não apenas dos 19% (dezenove por cento) com acesso a ensino superior, mas que um percentual importante da nossa população tenha direito e oportunidade a todo tipo de educação formal.

Aproveito para agradecer minhas duas casas profissionais: i) Brasil Salomão e Matthes Advocacia; e, ii) UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto. Sempre me proporcionaram, inclusive com colaborações financeiras, o acesso ao estudo; sempre ofereceram ambientes leves, acolhedores, serenos e harmônicos para o exercício da minha atividade.

Faço-os também nas pessoas do Doutor Brasil Salomão, sócio fundador do escritório, revisor desse texto, mas, muito mais do que isso, alguém que me acolheu ainda no estágio como profissional, mas, pessoalmente, quando perdi minha mãe, não deixou de me abraçar; do Doutor Evandro Grili com quem trabalho cotidianamente há mais de vinte anos, não me faltando profissional ou pessoalmente, sendo, muito mais que um companheiro ou chefe no trabalho, um amigo; ao meu coordenador de curso, professor, doutor, promotor de justiça, Sebastião Sérgio da Silveira, em quem me espelho no

exercício da liderança, pela capacidade de se colocar dentro do problema do outro e da sua inesgotável cultura jurídica.

Aproveito para lembrar dos colegas de doutorado e de docência, o que faço na figura do meu querido amigo, Ronaldo Fenelon, grande companheiro dos cotidianos, junto com sua linda família, pessoal e profissional.

Finalmente, ao meu querido orientador, Ricardo Reis da Silveira, a quem sou sempre grato por ter me indicado a voltar à UNAERP como professor, mas, muito mais do que isso, por quem nutro respeito e admiração pela sua genialidade em fazer o acoplamento de diversos campos do conhecimento. Obrigado por ter aceitado me orientar.

Agradeço também, evidentemente, embora o trabalho seja dedicado a eles, à minha família: ao meu filho Miguel e minha esposa Gabriela, os quais sempre compreenderam minhas ausências; aos meus sogros por nunca me faltarem, em qualquer instância e para qualquer necessidade; e aos ausentes, meu padrasto Elias, meu avô David e minha mãe Maria do Carmo – cujas lembranças, e alegria que sentiriam com meus resultados, ajudam a diminuir a saudade da ausência.

AÇÕES PARA A TUTELA DE DIREITOS ESSENCIALMENTE COLETIVOS: NECESSIDADE DE IDENTIFICÁ-LAS A PARTIR DE UMA TEORIA DE SISTEMAS

Resumo

O trabalho procura tratar dos critérios de identificação de ações coletivas a partir de uma abordagem sistêmica. Para tanto, busca-se, inicialmente, entender as teorias de direito para, em seguida, analisar a teoria de sistemas. A partir disso, faz-se distinção conceitual entre ações coletivas e ações individuais, chegando-se à conclusão de que as primeiras são aquelas que podem atingir outras partes que não aquelas exclusivamente vinculadas ao processo. Em seguida, procurou-se diferenciar, entre elas, as ações coletivas; buscou-se fixar um critério de identificação de ações coletivas, afastando-se os parâmetros utilizados para identificar processos individuais, quais sejam, partes, causa de pedir e pedido. As ações coletivas, ao contrário, serão classificadas a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir. Este critério orientou-se, igualmente, pela teoria de sistemas, segundo a qual, para o direito, além da necessidade de haver código – lícito ou não lícito – e programas – leis, decretos, jurisprudências e instruções normativas – é necessário também respeitar uma função, a generalização de expectativas normativas. Não por outro motivo, com a necessidade de afastar incertezas, é necessário fixar o critério a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

Palavras-chave: Direitos coletivos; sistema; ação individual; ação coletiva; critério de identificação; resultado que o conteúdo da sentença pode produzir; generalização de expectativas normativas.

ACTIONS FOR THE PROTECTION OF ESSENTIALLY COLLECTIVE RIGHTS: THE NEED TO IDENTIFY THEM FROM A SYSTEMS THEORY

Abstract

The work seeks to address the criteria for identifying collective actions from a systemic approach. To do so, we seek, initially, to understand the theories of law, and then to analyze the systems theory. From this, a conceptual distinction is made between collective actions and individual actions, reaching the conclusion that the former are those that can affect parties other than those exclusively linked to the process. Next, an attempt was made to differentiate among themselves the collective actions; an attempt was made to establish a criterion for identifying class actions, moving away from the parameter used to identify individual processes, that is, parties, cause of action and request. Class actions will be classified, on the contrary, based on the result that the content of the sentence can produce. This criterion was also guided by the theory of systems, according to which, for law, in addition to the need to have a code – lawful or not – and a program – laws, decrees, jurisprudence and normative instructions – it is also necessary to respect a function, the generalization of normative expectations. For no other reason, with the need to remove uncertainties, it is necessary to set the criterion based on the result that the content of the sentence can produce.

Keywords:

Collective rights; system; individual action; collective action; identification criteria; result that the content of the sentence can produce; generalization of normative expectations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. LINGUAGEM, DIREITO, CIÊNCIA DO DIREITO E SISTEMA	16
1.1 – Linguagem	16
1.2 – Direito.....	22
1.3 – Noções de Sistema.....	28
2. TEORIAS DE DIREITO.....	34
2.1 – Aspectos Gerais	34
2.2 – Juspositivismo.....	43
2.2.1 – Juspositivismo Puro	44
2.2.2 – Juspositivismo Eclético - Teoria Tridimensional do Direito	50
2.2.3 – Pós-positivismo	58
2.3 – Teoria Não-juspositivista	62
2.4 – Teoria Crítica	68
3. TEORIA DE SISTEMAS	75
3.1 – Importância do Estudo de Sistemas	75
3.2 – O Conceito de Sistema em Perspectiva Histórica.....	81
3.3 – Classificação dos Sistemas	99
3.4 – Sistemas Jurídicos	106
3.5 – Teoria de Sistemas – Incluindo o do Direito – À Luz do Pensamento de Niklas Luhmann.....	120
4. TUTELA COLETIVA	137
4.1 – Noções Gerais	137
4.2 – Perspectiva Histórica da Tutela dos Direitos Coletivos no Sistema Brasileiro.....	140
4.3 – Direitos Coletivos.....	146
4.4 – Direitos: Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos	153
5. CRITÉRIO PARA CLASSIFICAÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS	171
5.1 – Ação Coletiva.....	171
5.2 – Identificação entre as Próprias Ações Coletivas.....	200
5.3 – Princípio da Igualdade e sua Importância Para Classificação da Ação Coletiva a Partir do Resultado	219
5.4 – Critérios para Aferir o Resultado da Ação Coletiva.....	228
5.5 – Consequências da Classificação da Ação Coletiva	233

5.6 – Há uma Função Efetiva no Sistema Processual Coletivo	235
5.7 – Projetos Legislativos Acerca de Processo Coletivo.....	240
CONCLUSÃO	248
REFERÊNCIAS	256

INTRODUÇÃO

João, vizinho a uma certa igreja, a qual realiza cultos para além das vinte e três horas, fora do horário do alvará, resolve ajuizar demanda para proibir o funcionamento dessa entidade religiosa após esse horário. Essa demanda terá como partes João, autor, e a igreja como ré. A causa de pedir – motivação de levar a ação ao poder judiciário – é o barulho para além do horário permitido. O pedido é para proibir o funcionamento da igreja. A ação, suponha-se, com trânsito em julgado, é julgada improcedente.

O Ministério Público resolve também demandar contra a mesma igreja tendo em vista o seu funcionamento após as vinte e três horas. Ajuíza ação em desfavor da entidade religiosa cuja causa de pedir é o barulho para além do horário previsto em alvará. As partes são o Ministério Público e a Igreja. O pedido é para proibir o funcionamento da igreja para além do horário. A ação, neste caso, é julgada procedente.

Há ainda uma outra ação possível neste cenário. Um cidadão ajuíza ação popular em desfavor do Município para, em função de a mesma igreja funcionar após as vinte e três horas, determinar ao mesmo Município a cassação do alvará de funcionamento da entidade religiosa. Neste caso, as partes serão o particular, o cidadão, e o Município. A causa de pedir será o fato de a igreja funcionar após as vinte e três horas, em contrariedade ao alvará; o que, por via oblíqua, é ato lesivo ao meio-ambiente. O pedido será cassar o alvará da igreja. A ação é julgada, também, improcedente.

O processo civil brasileiro, sabe-se, identifica as ações judiciais a partir de um parâmetro adotado para o processo individual; uma ação será idêntica a outra se houver identidade de partes, causa de pedir e pedido.

As demandas judiciais não são, de outra via, exclusivamente de direitos individuais, mas, cada vez mais, contemporaneamente, são levados ao poder judiciário debates que tangenciam relações jurídicas que ultrapassam a subjetividade individual dos particulares.

Assim, por ilustração, a associação de defesa de animais resolve ajuizar ação para proibir a realização de rodeio na cidade de Ribeirão Preto; o resultado da ação, sem sombra de dúvida, irá para além das partes previstas no processo. Um acionista da Petrobras pode ajuizar ação para anular assembleia realizada pela empresa pública em

desconformidade com o edital. O resultado dessa ação, igualmente, irá para além das partes previstas no processo.

O presente trabalho tentará avaliar o critério de classificação das ações coletivas para aferir se o parâmetro pode ser o mesmo do processo individual – partes, causa de pedir e pedido. Em um primeiro momento, todavia, antes de identificar, entre elas, as ações coletivas – quais serão ou não iguais – será necessário avaliar o que é ação coletiva para, apenas num segundo instante, aferir, entre as ações coletivas, quais serão efetivamente idênticas.

As ações coletivas são aquelas que – na perspectiva jurídica –, a despeito de nome ou autor, ultrapassam a subjetividade individual daqueles presentes no processo e cujos efeitos sejam experimentados por partes além das presentes na relação processual.

Assim, a ação ajuizada pelo vizinho contra a igreja para proibir seu funcionamento, porque o resultado atingirá outras partes que não apenas aquelas previstas no processo, será de natureza coletiva, ainda que ajuizada por um particular e tenha o nome de ação ordinária.

A possibilidade de o particular ajuizar ação coletiva está pautada em dois parâmetros legais: o princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal)¹ e, de outra via, na possibilidade, fixada no Código de Defesa do Consumidor (artigo 83)², por meio da qual todos os direitos protegidos pelo diploma serão tutelados por quaisquer tipos de ações. Assim, quaisquer ações, mesmo as ajuizadas por particulares poderão ser consideradas coletivas – desde que, evidentemente, tutelem direitos coletivos.

Após a fixação do que é ação coletiva, diferenciando-a da ação individual a partir da possibilidade que tem o processo de atingir terceiros e não apenas as partes nele lotadas, o presente estudo tentará estabelecer um conceito próprio para classificar as ações

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

² 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.

coletivas entre elas – diferente do processo individual que adota o tripé partes, causa de pedir e pedido.

Com efeito, ao adotar-se o critério das ações individuais, é certo dizer que a possibilidade de identificar uma ação coletiva como igual a outra será tarefa bem mais complexa do que a do processo individual. No exemplo inicial, impedir o funcionamento da igreja após determinado horário, as três ações serão diversas porque, embora todas objetivem os mesmos resultados, as partes são diversas em todas elas; além disso, na hipótese aventada de uma ação popular em desfavor do Município, o pedido também é diverso.

Para tentar identificar as ações coletivas a partir de efetivos parâmetros legais, de modo a buscar fugir dos conceitos do processo individual – partes, causa de pedir e pedido – chegou-se à necessidade de identificar as ações coletivas em função do seu resultado. O artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública (n.º 7.347/85)³ ao determinar que a propositura de uma ação prevenirá a jurisdição para todas as ações que sejam posteriormente intentadas, desde que possuam a mesma causa de pedir ou mesmo objeto, enuncia que a prevenção, entre duas ações, está atrelada ao seu objeto. Bem por isso, a ação coletiva se pauta, igualmente, em função de seu objeto.

O Código de Processo Civil de 2015 (n.º 13.105), em seu artigo 55, § 3º⁴, na hipótese de haver julgamentos contraditórios entre ações, enuncia que serão reunidas para julgamento conjunto, mesmo que não haja conexão entre elas; lembra-se que conexão se aperfeiçoa quando há comunhão de pedido ou causa de pedir.

Não por outro motivo, o grande objetivo deste trabalho – a atividade acadêmica é sempre uma função inacabada – é buscar, a rigor, uma possível classificação para as ações coletivas, de modo a identificá-las entre elas.

³ Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

⁴ Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir. (...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Não se olvida que a classificação de ações coletivas a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir também se orienta pela necessidade de fazer cumprir o princípio da igualdade.

Com efeito, acaso as ações não se caracterizem em função do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir, é possível sustentar que partes, em situações absolutamente idênticas, sejam tratadas de diferentes maneiras.

É, por hipótese, o exemplo da igreja que faz barulhos após o horário permitido. O vizinho ajuíza ação que será julgada improcedente, mas, de outro lado, a associação de bairro resolve debater o mesmo tema em juízo e obtém êxito em sua causa. A igreja, dentro de um idêntico contexto, será tratada de diferentes maneiras; as ações, embora mirem o mesmo objeto, serão diversamente apreciadas. O princípio da igualdade será, pois, deveras refutado – ao não permitir à igreja, dada a falta de critério para identificar ações coletivas, uma análise equânime dos seus direitos. Daí a necessidade de, também por isso, identificar o que é uma ação coletiva e, além disso, identificar entre si estes tipos de ação.

No estudo, este processo de identificação é permeado por uma outra tentativa: estudar a teoria de sistemas. Até se chegar ao estudo da teoria de sistemas, o texto procura fazer algumas incursões superficiais em várias das teorias que buscam explicar o fenômeno do direito para, depois, se debruçar mais detidamente sobre ela.

Nesta conjuntura, entre tantos referenciais teóricos, optou-se por adotar a teoria de Niklas Luhmann, para quem as classificações se dão, via de regra, por distinção. Neste particular, sistema é aquilo que se diferencia, em função de um código, de seu entorno, do seu ambiente. Um sistema é dotado de programas que servem para cumprir seus códigos e, ao final, deve cumprir uma função.

O sistema do direito, neste contexto, é dotado de codificação, lícito ou não-lícito, jurídico ou não-jurídico, diferenciando-se de todo seu entorno, do seu ambiente e de outros sistemas como, por exemplo, o sistema político cuja codificação é esquerda, direita, situação, oposição, ou o sistema da economia cujo código é lucro ou não-lucro. O mesmo sistema do direito é dotado de programas, leis, códigos e jurisprudências, dentro dos quais se visualiza sua codificação; ao final, um sistema é dotado de uma função, a qual, no caso do direito, é a estabilização das relações sociais e a generalização de expectativas normativas em detrimento de instabilidades e incertezas.

O estudo tentará trazer um conceito de ação coletiva considerando a premissa sistêmica, tendo como base a codificação lícito ou não-lícito, dentro dos programas próprios e, finalmente, não ignorando a necessidade de respeitar a função do sistema do direito.

Inicia-se a conceituação da ação coletiva, na tentativa de identificá-las entre si, a partir do texto da Constituição; demonstra-se que a ação coletiva não depende de nome e tampouco de alguém extraordinariamente legitimado, o que se conceitua a partir do princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional, o que, em seguida, é confirmado pelo Código de Defesa do Consumidor que garante todo e qualquer tipo de ação para tratar de direitos por ele consolidados. Assim, para que uma ação seja coletiva pouco revelam o nome da demanda ou seus autores.

O sistema busca generalizar expectativas normativas e, por sua parte, a ação coletiva tem por objeto permitir a tutela única de demandas que seriam repetidas no poder judiciário e, além disso, evitar a molecularização de ações que tenham o mesmo objetivo.

É fora de dúvida, então, a necessidade de afastar o conceito próprio do processo individual para a classificação de ação coletiva. Não se pode, para identificar uma ação coletiva, no sentido de assemelhá-la a outra, adotar os critérios do processo individual: partes, causa de pedir e pedido.

A ação coletiva, neste contexto, se prevalecesse o critério próprio do processo individual, não evitaria a molecularização de ações judiciais porque haveria dificuldade de classificá-las como iguais se partes diferentes interviessem, o que já afastaria o conceito de identidade.

A prevalecer o critério adotado para o processo individual, igualmente, o sistema do direito não cumpriria sua função de generalizar expectativas normativas, de estabilizar relações sociais. Seriam possíveis diversas ações tratando do mesmo tema – bastando diferenciar as partes ou, como no exemplo inicialmente narrado, alterando-se obliquamente o pedido. Haveria, pois, desrespeito ao princípio da igualdade.

Destarte, partindo-se sempre das possibilidades do sistema de classificação entre lícito e não-lícito – sendo certo que há várias classificações lícitas, entre as quais, inclusive, a que adota o critério do processo individual – busca-se classificar ação coletiva ignorando-se nome ou legitimado e, inicialmente, apenas a partir da possibilidade de o

resultado atingir outras partes que não aquelas previstas no processo, lembrando-se que a própria lei permite que toda e qualquer ação verse sobre direito coletivo.

Finalmente, buscando-se classificação a partir de um critério sistêmico, da necessidade de estabilizar relações sociais e generalizar expectativas normativas, só se pode classificar ações coletivas a partir do resultado que o conteúdo de uma sentença pode produzir. Essa classificação, outrossim, encontra respaldo em lei – a partir da Constituição Federal, a qual garante a inafastabilidade do poder jurisdicional, a segurança jurídica, do Código de Defesa do Consumidor, que garante todas as ações para tratar dos direitos tutelados pelo referido diploma, e do Código de Processo Civil – o qual contempla hipótese, inclusive, de julgar em conjunto ações que, mesmo sem conexão, correm risco de decisões contraditórias.

O presente trabalho procurou, também, fixar critérios para identificação, seja material ou procedimentalmente, do que é o resultado a ser alcançado em uma determinada ação – de modo a criar parâmetros para encontrar-se qual efetivamente é o resultado a ser almejado na demanda.

Assim, no exemplo narrado, a ação promovida por João em desfavor da igreja para proibir seu funcionamento para além das vinte e três horas, a ação ajuizada pelo Ministério Público contra a mesma igreja e pelo mesmo motivo e, finalmente, a ação popular ajuizada por um cidadão para cassar o alvará da igreja após o mesmo horário, todas elas, conquanto com partes distintas, objetivam os mesmos resultados. Por isso, pois, são idênticas.

A classificação, se realizada não a partir do resultado, desvirtuará o processo coletivo permitindo-se a molecularização de demandas e, igualmente, não generalizará expectativas normativas, daí porque o foco maior do trabalho é buscar essa classificação para as ações coletivas a partir de uma teoria sistêmica.

1. LINGUAGEM, DIREITO, CIÊNCIA DO DIREITO E SISTEMA

1.1 – Linguagem

É importante estabelecer algumas premissas conceituais, as quais serão deveras relevantes para o desenvolvimento do presente trabalho.

O trabalho pretende imiscuir-se no estudo de sistemas, adotando-se como referencial teórico principal, embora não apenas o dele, o sociólogo alemão, falecido em 1998, Niklas Luhmann.

Seu estudo diferencia os sistemas a partir de algumas variáveis, entre as quais seus códigos, sua estrutura e sua função. Sua forma de enxergar a sociedade parte sempre de uma operação comunicacional, de observação, a qual se faz sempre a partir de diferenças; neste sentido, trata-se de um sistema por ser diferente do ambiente.

O sistema do direito, por exemplo, uma unidade dentro do sistema social, adota os códigos lícito e ilícito; o sistema político, sendo unidade diversa dentro do mesmo sistema social, pode adotar outra codificação: esquerda ou direita.

O sistema do direito é assim considerado porque ele se diferencia de tudo quanto está fora dele – por exemplo, ao sistema do direito não interessa a receita de um remédio porque, a rigor, não sendo seu entorno, seu ambiente, não se presta a resolver qualquer problema jurídico, mas apenas situações afeitas à saúde.

Um sistema assim o é porque se diferencia do seu ambiente. Exemplo bastante didático, sem querer atropelar o objetivo do capítulo, mas que se mostra importante para as premissas deste trabalho, extrai-se do artigo de Caroline Morais Kunzler:

“Um sistema que tenha a função de fabricar remédios, não irá selecionar ou considerar como informação a receita de um bolo, por exemplo. Já o surgimento de uma nova doença será selecionado por ser uma informação que interessa à função sistêmica de fabricar remédios. O que não faz sentido para o sistema é descartado, remanescendo na complexidade do ambiente como potencialidade para o futuro”.⁵

Os mesmos sistemas, percebam, são elementos intangíveis; não são palpáveis. Sua diferenciação, a rigor, a partir das suas respectivas codificações (lícito ou ilícito; esquerda

⁵ KUNZLER, Caroline Morais. A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Estudos de Sociologia, Araraquara: 2007, p. 128.

ou direita; conservador ou progressista), depende de construção de realidades. A identificação de um sistema, para diferenciá-lo do ambiente, igualmente dependerá de linguagem.

A realidade é edificada, é construída, o que fica mais evidente no estudo de contextos que não são palpáveis, a partir sempre da linguagem. Não há uma realidade em si mesma. A diferença entre sistema e ambiente depende, por certo, do uso da linguagem.

Por isso, porque o estudo de sistema tangencia um fenômeno abstrato, a linguagem ganha maior importância no contexto deste trabalho, resultando daí a necessidade de o iniciarmos pela análise – sintética – do fenômeno linguístico.

A expressão “concluso” não faz sentido em contexto que envolva, por hipótese, um paciente que esteja sob cuidados de determinado médico; o mesmo termo revela que um determinado processo judicial, em realidade forense, foi direcionado ao juiz responsável pelo seu julgamento.

Há pouco tempo Plutão era considerado o nono planeta do sistema solar, mas, recentemente, os responsáveis por estudar astronomia requalificaram o entendimento anterior, de sorte que este elemento deixou de ser considerado como tal; Plutão não é mais um planeta.

Não se trata de qualquer alteração da realidade física, dado que Plutão continua a ter a mesma camada de matéria que possuía antes; houve alteração no plano da linguagem, eis que a realidade física é a mesma, mas a classificação é, agora, diversa.

É a linguagem construindo realidades próprias. Nem sempre, todavia, a linguagem foi edificadora de realidades.

Acreditou-se por muito tempo que a linguagem era uma mera conectora entre a realidade e o sujeito cognoscente, ligando este último ao objeto a ser estudado. A realidade, de outro lado, já objetivamente posta, uma verdade absoluta, condicionava a linguagem. A linguagem não descrevia, mas apenas refletia o “real”. É o que, com muita propriedade, afirma a professora Aurora Tomazini de Carvalho:

“Desde o Crátilo de Platão, escrito presumivelmente no ano de 388 a.C., a Filosofia baseava-se na ideia de que o ato de conhecer constituía-se da relação entre sujeito e objeto e que a linguagem servia como instrumento, cuja função era expressar a ordem objetiva das coisas. Acreditava-se que por meio da linguagem o sujeito se conectava ao objeto,

porque esta expressa sua essência (...) já que a linguagem não passava de um reflexo, uma cópia do mundo”.⁶

Exemplificando: um relógio é um objeto real e o nome relógio é um mero produto dessa realidade já pré-estabelecida. A linguagem era mera conectora dessa realidade (relógio, o objeto) com o homem. O conhecimento, diz-se, era pré-concebido.

O prussiano Immanuel Kant nos ensina, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, que nosso conhecimento está calcado em nossa experiência, nossa vivência, mas os objetos tocam por si mesmos nossa percepção; os objetos afetam, então, dogmática e automaticamente, sem precisar da linguagem, os sentidos.

“Devia pensar que o exemplo da matemática e da física que, por efeito de uma revolução súbita, se converteram no que hoje são, seria suficientemente notável para nos levar a meditar na importância da alteração do método que lhes foi tão proveitosa e para, pelo menos neste ponto, tentar imitá-las, tanto quanto o permite a sua analogia, como conhecimentos racionais, com a metafísica. Até hoje admitia-se que o nosso conhecimento se devia regular pelos objetos; porém, todas as tentativas para descobrir a priori, mediante conceitos, algo que ampliasse o nosso conhecimento, malogravam-se com este pressuposto. Tentemos, pois, uma vez, experimentar se não se resolverão melhor as tarefas da metafísica, admitindo que os objetos se deveriam regular pelo nosso conhecimento, o que assim já concorda melhor com o que desejamos, a saber, a possibilidade de um conhecimento a priori desses objetos, que estabeleça algo sobre eles antes de nos serem dados. Trata-se aqui de uma semelhança com a primeira ideia de Copérnico; não podendo prosseguir na explicação dos movimentos celestes enquanto admitia que toda a multidão de estrelas se movia em torno do espectador, tentou se não daria melhor resultado fazer antes girar o espectador e deixar os astros imóveis. Ora, na metafísica, pode-se tentar o mesmo, no que diz respeito à intuição dos objetos. Se a intuição tivesse de se guiar pela natureza dos objetos, não vejo como deles se poderia conhecer algo a priori; se, pelo contrário, o objeto (enquanto objeto dos sentidos) se guiar pela natureza da nossa faculdade de intuição, posso perfeitamente representar essa possibilidade”.⁷

Este cenário alterou-se, não há muito, no início do século XX, em fenômeno capitaneado pelo filósofo Ludwig Wittgenstein na cidade de Viena, naquilo que ficou conhecido como giro linguístico.

A linguagem passou a ter função de produtora e instrumento de conhecimento; é a linguagem como instrumento de chancela da realidade.

À guisa de ilustração, para afirmar a linguagem enquanto produtora de realidade, faz-se uso de passagem bíblica, citada por José Luiz Fiorin:

⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini. Curso de Teoria Geral do Direito. São Paulo: Noeses, 2013, p. 13.

⁷ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mourão. 5ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 46.

“Deus disse: ‘Faça-se a luz. E a luz foi feita. E viu Deus que a luz era boa; e separou a luz e as trevas. Deus chamou à luz dia e às trevas noite; fez-se uma tarde e uma manhã, primeiro dia (I, 3-5)’”.⁸

Perceba-se que, a rigor, na passagem do livro sagrado para os cristãos, a linguagem construiu duas realidades: a luz passou a ser dia; enquanto as trevas passaram a ser noite. É a linguagem, a rigor, construindo realidades – luz é dia; trevas são noite.

Tomazini chancela categoricamente que a linguagem é instrumento para construir realidades: “É neste contexto que trabalhamos a afirmação segundo a qual a linguagem cria ou constrói a realidade”.⁹

A linguagem é, então, segundo Tomazini, com o que se concorda, fenômeno por intermédio do qual se produz conhecimento, construindo a realidade. A mesma autora enuncia exemplo bastante didático capaz de demonstrar – a palavra cadeira como objeto de sentar – o papel do instituto:

“Explicando: incapaz de aprender ou reproduzir em sua mente a cadeira (objeto físico), o homem faz associações linguísticas entre a palavra ‘cadeira’ e outras palavras ‘objeto feito para sentar’, a fim de construir, em seu intelecto, o que é cadeira, ou seja, seu significado, o que lhe permite conhecer a ‘cadeira’ e utilizar aquelas palavras para nominar tal dado físico, experimentado por seus sentidos.

Assim, de acordo com esta nova perspectiva filosófica, nunca conhecemos os objetos tal como eles se apresentam fisicamente, fora dos discursos que falam acerca deles e que os constituem. Conhecemos sempre uma interpretação. Por isso, a afirmação segundo a qual o mundo exterior não existe para o sujeito cognoscente sem uma linguagem que o constitua. Isto que chamamos de mundo nada mais é do que uma construção (interpretação), condicionada culturalmente e, por isso, incapaz de refletir a coisa tal qual ela é livre de qualquer influência ideológica”.¹⁰

Para Lenio Luiz Streck, a linguagem é o túnel pelo qual conhecemos o mundo a que estamos conectados, demonstrando, também, a rigor, que a linguagem é produtora de realidades: “Estamos mergulhados num mundo que somente aparece (como mundo) na e pela linguagem. Algo só é algo se podemos dizer que é algo”.¹¹

A linguagem é, então, instrumento pelo qual se constrói a realidade; o que sabemos e conhecemos do mundo é resultado da linguagem. Não à toa, o protagonista do

⁸ FIORIN, José Luiz. *As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo*. São Paulo: Ática, 1996, p. 11.

⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 54.

¹⁰ *Ibid.*, p. 18.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 178.

giro linguístico, Ludwig Wittgenstein, cunhou um célebre magistério: “Os limites da minha linguagem significam os limites do meu mundo.”

Para o filósofo austríaco, o mundo de cada indivíduo, ou seu conhecimento acerca do local no qual habita, está dependente do volume que conhece e do capital cultural que possui acerca de linguagem.

O dicionário exprime o exemplo, enquanto livro, não se tratando de ilustração em sentido meramente figurado ou dialético, do papel e o conceito de linguagem.

Imagine-se, pois, no dicionário, a palavra carro; ao lado dela não haverá o desenho de um automóvel, mas outras palavras indicando o significado de carro: bem móvel motorizado que se presta a transportar pessoas ou cargas. É a linguagem construindo realidades com a própria linguagem.

O elemento carro, a rigor, o que também é deveras relevante para linguagem, é um signo. Este signo, elemento unitário a permitir a comunicação entre os sujeitos, é resultado de uma relação tríplice entre três institutos: suporte físico, significado e significação. O sujeito cognoscente, ao analisar o objeto a ser estudado, irá se deparar com signos a serem por ele traduzidos.

O suporte físico é a marca de tinta no papel ou então o áudio que se ouve acerca da palavra carro; o termo carro é o significado designado pela língua; a significação, por sua vez, é a associação que o sujeito cognoscente, ao analisar o objeto, faz: bem móvel que se destina, por ilustração, facilitando o deslocamento, a transportar pessoas. Melhor traduzindo, traz-se a lição de Paulo de Barros Carvalho:

“O suporte físico da linguagem idiomática é a palavra falada (ondas sonoras, que são matéria, provocadas pela movimentação de nossas cordas vocais no aparelho fonético) ou a palavra escrita (depósito de tinta no papel ou de giz de lousa). Esse dado, que integra a relação signica, como o próprio nome indica, tem natureza física, material. Refere-se a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada, que é seu significado; e suscita em nossa mente uma noção, ideia ou conceito, que chamamos de ‘significação’”.¹²

Dito de outro jeito, o escrito telefone, marca de tinta no papel, é o suporte físico. O objeto imaginado pelo sujeito, aquele que serve para colocar duas pessoas em contato, é o seu significado. A sua significação é individual, sendo suscitada pessoa a pessoa: para

¹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2011, p. 34.

alguns haverá lembrança de um bem móvel, agradável, que gera a boa sensação de colocar pessoas em contato; para outras gerará noção de que se trata de um bem que, quando tocado, gera incômodo para aquele que absorve a ligação.

O mesmo autor ilustra o conceito de signo, trazendo exemplo significativamente didático sobre o fenômeno:

“Um exemplo, porém, terá o condão de consolidar a ideia de signo como relação triádica. A palavra manga (fruta) é o suporte físico (porção de tinta gravada no papel). Refere-se a uma realidade do mundo exterior que todos conhecemos: uma espécie de fruta, que é seu significado. E faz surgir em nossa mente o conceito de manga, variável de pessoa para pessoa, na dependência de fatores psíquicos ligados à experiência da vida de cada um. Para aqueles que apreciarem essa fruta, certamente que sua imagem será de um alimento apetitoso, suculento. Para os que dela não gostarem, a ideia será desfavorável, aparecendo a representação com aspectos bem diferentes. Trata-se da significação”.¹³

Importante, pois, perceber que a linguagem é construtora de realidades; a mesma linguagem que, para construir realidades, se aperfeiçoa através dos signos.

Assim, concluindo e justificando a importância da linguagem, o termo sistema, desenhado no papel, é um suporte físico. Deste terno, há um significado: um todo organizado, por exemplo.

Tentaremos oferecer a ele uma significação, a qual estará pautada, neste trabalho, pela ideia defendida por Niklas Luhmann. Embora mais adiante façamos tentativa de esmiuçar a conceituação, Luhmann adota como significado a diferença de sistema e ambiente: o significado de sistema é a diferença observada entre ambiente e sistema.

“O que pode ser pensado como sistema, ao contrário do que se tem com o ambiente, é debatido na pesquisa em teoria de sistemas. Se quiser evitar algo semelhante à lei de entropia da termodinâmica, todos os enunciados da teoria dos sistemas terão de ser formulados como enunciados sobre a distinção entre sistema e ambiente ou, no mínimo, deverão partir da forma dessa distinção”.¹⁴

O presente estudo tentará desenhar essa realidade, adotando-se o pressuposto conceitual de Niklas Luhmann sobre o que é sistema – resultado da diferença entre sistema e ambiente. Em seguida, também dentro do contexto da linguagem, e à luz dessa teoria, analisar o subsistema do direito processual coletivo.

¹³ *Ibid.*, p. 34.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016a, p. 56.

1.2 – Direito

O primeiro capítulo procurará estabelecer alguns conceitos necessários a todo estudo. Trabalhou-se, no tópico anterior, com linguagem: instrumento por meio do qual se constrói a realidade.

Pretende-se, agora, estudar conceitualmente – se é que existe essa possibilidade – o fenômeno conhecido como Direito. Veja-se, sistema, enquanto contexto intangível, objeto maior deste trabalho, é produto de uma realidade construída a partir da linguagem; assim também acontece com o Direito – que também é um sistema.

Não se olvida que na estrutura da linguagem observa-se sempre um suporte físico (a palavra escrita, a marca de tinta que enuncia o termo cadeira, por exemplo), um significado, o qual é a referência da palavra com a realidade do mundo físico (trata-se de um objeto), e, finalmente, sua significação (em que cadeira é um instrumento que serve para descanso, que se presta ao desenvolvimento de um trabalho).

À exceção do suporte físico, a marca de tinta enunciando o que é Direito, há grande dificuldade para enxergar-se o significado da palavra Direito e, mais ainda, encontrar a significação do objeto estudado.

Seu significado passa por um sistema de normas que prescrevem condutas? Que resolvem, em nível jurisprudencial, problemas concretos? As normas sem caráter cogente – as internacionais – estão dentro do conceito de direito? É problemático, senão impossível, conceituar o significado do instituto, associando-o a algum fenômeno.

É igualmente difícil dar significação ao termo direito: para alguns pode ser um conjunto de regras que cerceia a liberdade; para outros pode ser um conjunto de regras que impõem alguma organização à vida social.

A palavra direito é ora um adjetivo, ora advérbio, ora substantivo. É possível que esteja acompanhada de verbos, substantivos e adjetivos. Por isso, a rigor, a dificuldade de trabalhar com seu significado e igualmente com sua significação – embora neste campo, o da significação, a dificuldade se estenda à quase totalidade das palavras.

Esta dificuldade – para trabalhar com a expressão direito – é desenhada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, dado que o termo direito é sintaticamente impreciso, eis que ora usado, repete-se, como substantivo, ora como verbo, ora como adjetivo; ora acompanhado

de verbo, ora perto de substantivo e ora ladeado por verbo. Para melhor explicar, faz-se empréstimo das suas didáticas palavras:

“é sintaticamente impreciso, pois, pode ser conectado com verbos (ex: meus direitos não valem nada), substantivos (ex: direito é uma ciência), adjetivos (ex: este direito é injusto), podendo ele próprio ser usado como substantivo (ex: o direito brasileiro prevê...), advérbio (ex: fulano não agiu direito) e adjetivo (não é um homem direito)”.¹⁵

É de muita dificuldade a tarefa de tentar definir ou conceituar o termo direito, ante seu vasto campo de significados e possíveis significações.

É que se trata, a rigor, de termo carregado de ambiguidade, vaguidade e carga emotiva.

A ambiguidade tangencia possibilidade de uma mesma palavra apresentar mais de um significado, mais de uma representação. Por hipótese, o termo “casa” pode indicar uma residência ou, então, um estádio de futebol: i) João mora em uma casa (residência) bonita; ou, ii) o Comercial Futebol Clube, da cidade de Ribeirão Preto, jogará em casa (estádio de futebol) contra a Ponte Preta.

Definitivamente, e como ensinam as lições de do jurista Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a palavra “Direito” é carregada de ambiguidade.

Como lembra Aurora Tomazini, fazendo uso de classificação hospedada em dicionário, a palavra direito possui minimamente treze significados:

“Para corroborar a ambiguidade múltipla do termo ‘direito’, basta abrirmos qualquer dicionário da língua portuguesa, que lá estarão diversos sentidos para o vocábulo. Encontramos pelo menos treze acepções, quase todas extremamente relacionadas, vejamos:

- (i) complexo de leis ou normas que regem as relações entre os homens (ex: o direito brasileiro);
- (ii) ciência ou disciplina jurídica que estuda as normas (ex: livro de direito);
- (iii) faculdade de praticar um ato, de possuir, usar, exigir, ou dispor de alguma coisa (ex: ela tem direito de vender o imóvel);
- (iv) legitimidade (ex: é dele por direito);
- (v) que segue a lei e os bons costumes, justo, correto, honesto (ex: comerciante direito não rouba no preço)
- (vi) de conduta impecável, irrepreensível (ex: moça direita);
- (vii) sem erros; certo, correto (ex: seu cálculo está direito)
- (viii) vertical, apurado, empertigado (ex: não fique curvo, fiquei direito);
- (ix) lado apostado ao coração (ex: braço direito)
- (x) justiça (ex: é dele por direito);

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 38.

- (xi) jurisprudência, decisão (ex: o direito dos tribunais);
- (xii) conjunto de cursos e disciplinas constituintes do curso de nível superior que forma profissionais da lei (ex: ele cursa o 3º ano de direito);
- (xiii) educadamente, bem atenciosamente (ex: trate direito as visitas)".¹⁶

O termo contempla muitas significações. É o que também professam, em sua obra *Introdução ao Direito*, os juristas Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira.

“Na linha do que se expôs, o vocábulo Direito, de maneira lata, pode ser identificado a partir das seguintes significações:

- 1 – O que é reto, que não se desvia;
- 2 – Contrário do esquerdo (sentido lexical antônimo);
- 3 – Ordenamento ou norma: como sistema de normas que regula para assegurar a preservação das condições de existência do homem em sociedade. Algo no sentido de leis, tanto em sentido particular, quanto coletivo e em projeção coercitivamente imposta a um grupo social;
- 4 – Autorização ou permissão de fazer o que a norma não proíba ou que ela autorize;
- 5 – Justiça, enquanto qualidade do que atende aos anseios de justiça e retidão;
- 6 – Equidade, no sentido do exercício, projetado pelos gregos, em especial Aristóteles – na ética nicomaqueia – da busca do equilíbrio nas práticas jurídicas e também das relações sociais;
- 7 – Prudência, no sentido de ordem e prudência, em sentido grego – e depois propriamente utilizado pelos romanos – como uma arte (*ars*) ou virtude de chegar à solução adequada no caso concreto;
- 8 – Prerrogativa que se possui de exigir do outro a prática ou abstenção de certos atos;
- 9 – Ciência de norma coercitivamente imposta, enquanto estudo da dogmática jurídica em sentido estrito (*jurisprudenz*);
- 10 – Conjunto de conhecimentos acerca dessa ciência (regras dos ramos do direito);
- 11 – Objeto da ciência do direito”.¹⁷

A provocação dos juristas brasileiros é deveras relevante, levando-nos, pois, ao cenário de dúvida sobre o conceito efetivo da palavra direito.

O falecido jurista inglês Herbert Lionel Adolphus Hart, igualmente, debruça-se sobre o termo direito, fazendo, inicialmente, uma comparação sobre literaturas de outros campos do conhecimento, fazendo uma provocação do porquê de o termo direito reclamar tantas acepções enquanto que outras áreas do conhecimento não se interessem pelas classificações dos seus respectivos objetos.

“Não existe literatura abundante dedicada a responder às perguntas. O que é a química, ou o que é a medicina, como sucede com a questão o que é o direito?

¹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 63.

¹⁷ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução ao Direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 48.

Umas escassas linhas na página inicial de qualquer manual elementar, eis tudo o que o estudante destas ciências é solicitado a considerar; e as respostas que lhe são dadas são de diferente natureza das ministradas ao estudante de direito”.¹⁸

O mesmo autor, para além de refletir sobre a classificação do conceito de direito, também procurou apontar as diferentes acepções que são estabelecidas para o vocábulo em tela:

“Eles compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (III) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam direitos e criem obrigações; (IV) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas”.¹⁹

É tarefa de extrema complexidade conceituar o vocábulo direito. É termo que comporta diferentes e variados entendimentos.

Para alguns, especialmente o jurista Paulo de Barros Carvalho, o qual respeitosa e adoto como referencial teórico, Direito é um fenômeno de linguagem a recair sobre condutas sociais:

“Certo é que o direito, tomado como um grande fato comunicacional, é concepção relativamente recente, tendo em vista a perspectiva histórica, numa análise longitudinal da realidade. Situa-se, como não poderia deixar de ser, no marco da filosofia da linguagem, mas pressupõe interessante combinação entre o método analítico e a hermenêutica, fazendo avançar seu programa de estruturação de uma nova e instigante Teoria do Direito, que se ocupa de normas jurídicas enquanto mensagens produzidas pela autoridade competente e dirigidas aos integrantes da comunidade social. Tais mensagens vêm animadas pelo tom da juridicidade, isto é, são prescritivas de condutas, orientando o comportamento das pessoas de tal modo que se estabeleçam os valores presentes na consciência coletiva”.²⁰

Não se ignora, embora o Direito tenha por escopo regular condutas sociais, sua carga valorativa, a qual, porém, não se confunde com subjetivismo. Explica-se: o legislador, ao escolher tributar a propriedade de veículo automotor, e não criar tributo sobre propriedade de bicicletas, exerceu, quando da escolha, um juízo de valor; ao garantir que sobre 20% de uma propriedade rural se mantenha vegetação original, o

¹⁸ HART, Hebert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 5.

¹⁹ *Ibid.*, p. 7.

²⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *op.cit.*, p. 164.

mesmo legislador, igualmente, fez opção valorativa. São valores, axiomas, os quais, inseridos na legislação, não comportam interpretações para fora desse quadro, mas, quando da escolha, mesmo que para regular conduta social, se carregaram de valores. É o que, para Luhmann, foi extraído do ambiente para dentro do sistema.

Novamente, nas lições do Professor Paulo de Barros Carvalho:

“O direito positivo, enquanto camada de linguagem prescritiva, se projeta sobre o contexto social, regulando as condutas intersubjetivas e direcionando-as para os valores que a sociedade quer ver praticados. Em momento algum, todavia, o fenômeno jurídico é reduzido à singela expressão das normas que integram a sua ontologia. A opção pelo tratamento semiótico da linguagem normativa é decisão de cunho metodológico, que se projeta na cognição do processo ontológico do objeto de conhecimento em que atua o homem pelo sistema lógico de linguagem. Eis o apontamento e o surgimento de um método científico que toma por base as evoluções nos campos da filosofia, epistemologia e teoria comunicacional destes últimos dois séculos”.²¹

O Direito é, então, nas palavras de Barros Carvalho, uma camada de linguagem, com teor prescritivo, carregada de valores, que tem por objetivo regular condutas humanas. Estes valores, pois, foram introduzidos no sistema a partir de escolhas feitas, no ambiente, pelo próprio sistema.

Não se pode ignorar que, numa perspectiva não positivista, a concepção dada ao termo direito na antiga União Soviética, a qual, fugindo um pouco do mundo ocidental, e sem qualquer juízo de valor, traz um conceito pouco diverso. Vide a lição de Piotr Stutchka, jurista letão já falecido, e que se construiu como estudioso na antiga União das Repúblicas Socialistas:

“Quando, ao redigir os princípios diretivos do direito penal da RSFSR, no colégio do Commissariado do Povo para a Justiça, surgiu diante de nós a necessidade de formular a nossa, por assim dizer, concepção ‘soviética’ do direito, detivemo-nos na seguinte fórmula: ‘o direito é um sistema (ou um ordenamento) de relação sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e protegido por sua força organizada (ou seja, dessa classe). Com certeza, é possível uma formulação mais perfeita do conceito de direito. É preciso dar mais destaque às palavras ‘sistema ou ordenamento’. Nos últimos tempos, em vez de sistema, tenho empregado a expressão ‘forma de organização das relações sociais, ou seja, das relações de produção e troca’”.²²

²¹ *Ibid.*, p. 207.

²² STUTCHKA, Piotr. O papel revolucionário do Direito e do Estado. Teoria Geral do Direito. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1ª ed., São Paulo: Contracorrente, 2023, p. 94.

Para o jurista letão, o direito, em conceito formulado na República Soviética, não positivista, é um instrumento de dominação de classes.

Stutchka reconhece, porém, a dificuldade de conceituar o direito, ou de se encontrar um conceito comum para o termo.

“O jurista lhe perguntará, em resposta à sua questão geral, em qual direito propriamente dito você está interessado: civil, criminal ou em outro? E, como do médico a receita, talvez você receba a sua parte de direito e justiça, ainda que sem qualquer garantia. Mas assim como o médico não lhe explica o conteúdo de sua receita, também o jurista não lhe fornecerá um esclarecimento geral do direito”.²³

Há concepções as mais diversas acerca do vocábulo “Direito”, havendo enorme dificuldade, senão total impossibilidade, em conceituá-lo.

O jurista Tárek Moussallem professa que a busca pela essência conceitual da palavra direito é tarefa, pois, insolúvel: “a busca pelo âmago do signo direito é insolúvel, se o interlocutor almeja desvendar a relação entre a palavra e a realidade”.²⁴

Não se pretende, assim, definir ou conceituar o termo direito, o que seria, a rigor, além de presunçoso de parte do autor, tarefa impossível e não se findaria.

Quer-se, apenas, estabelecer uma premissa: direito é camada de linguagem prescritiva, a qual tem por objetivo regular condutas humanas. Não se ignora que há outras formas de enxergar o direito que não à de uma camada de linguagem prescritiva, tais como um fenômeno que se funda em relações de poder ou então de opressão social. Neste particular, porém, tratando-se de meras noções, trabalharemos a partir da primeira premissa.

O Direito – enquanto camada de linguagem prescritiva – está dentro de um contexto social, o qual será estudado neste trabalho com o objetivo de tentar identificar se, de fato, um dos seus campos, o do processo coletivo, aos olhos da teoria de Niklas Luhmann, conceitua-se, efetivamente, como um sistema.

²³ *Ibid.*, p. 92.

²⁴ MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 52.

1.3 – Noções de Sistema

O conceito mais importante deste trabalho é o de sistema. Neste tópico, pretende-se fazer uma análise introdutória e abstrata do termo, sem nenhuma tentativa de esgotar ou esmiuçar a principal teoria a ser referenciada nestes escritos, o que ficará para capítulos seguintes, a de Niklas Luhmann.

O presente estudo pretende fazer analisar a palavra sistema à luz da teoria de Luhmann, verificando-se ao final se, a rigor, o chamado microssistema de processo coletivo é efetivamente, sob a ótica da referida teoria, um sistema.

A palavra sistema comporta também – como Direito – as mais variadas significações, contemplando, numa acepção genérica, para usar o conceito de Aurora Tomazini Carvalho, um conjunto de elementos concretos ou abstratos que estejam devida e regularmente organizados sob um referencial comum.

“‘Sistema’ é uma palavra que, como a maioria das outras, apresenta vício da ambiguidade (...). Na sua significação mais extensa, o conceito de ‘sistema’ alude à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes – um conglomerado. A esta concepção conjugamos o sentido de organização, de ordem interna, para entendermos como ‘sistema’ o conjunto de elementos que se relacionam entre si e se aglutinam perante um referencial comum. Assim, onde houver possibilidade de reunirmos, de forma estruturada, elementos que se conectam sob um princípio unificador, está presente a noção de sistema”.²⁵

O conceito de sistema, ainda dentro das premissas adotadas pela pesquisadora, tangencia necessidade dos objetos se relacionarem entre si e não apenas apresentarem características comuns:

“(...) o elemento ‘X’ pertencerá ao sistema ‘S’ se e somente se satisfizer seus critérios de existência, de modo que, a relação que se estabelece entre o elemento ‘X’ e o sistema ‘S’ é de pertinencialidade - se o elemento ($X \in S$) – se o elemento ‘x’ não se adequar ao critério de existência do sistema, a ele não pertence. Os sistemas, no entanto, são mais do que classes de objetos. São conjuntos de objetos que se relacionam entre si e não apenas que apresentam características comuns. São classes, mas com estruturação interna, onde os elementos se encontram vinculados uns aos outros mediante relação de coordenação e subordinação”.²⁶

Para ilustrar, imagine-se uma dada ferrovia que passe entre as cidades de Ribeirão Preto e Campinas, Estado de São Paulo, mas que não tem qualquer ligação com a ferrovia

²⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 126.

²⁶ *Ibid.*, p. 127.

que liga a cidade de Curitiba à de Londrina, Estado do Paraná. Tratam-se de objetos comuns, ambas são ferrovias; mas não compõem, por não terem qualquer ligação entre elas, um sistema. É o que continua a professar a extraordinariamente didática Aurora Tomazini Carvalho:

“O conceito de ‘sistema’, nestes termos, é mais complexo do que as aglutinações de elementos que se combinam em razão de conotações comuns, como por exemplo, a classe dos mamíferos, dos rios, dos órgãos digestivos, dos planetas, etc. Para termos um sistema é preciso que os elementos de uma classe apresentem-se sobre certa estrutura, que se relacionem entre si em razão de um referencial comum. É o caso, por exemplo, do sistema ferroviário de um país, que é diferente do conjunto de suas ferrovias. A ideia de sistema implica uma estrutura, onde todas as ferrovias se interligam”.²⁷

Pode-se, assim, a pretexto de tratar de sistema, conjecturar-se acerca do sistema digestivo de um determinado corpo humano – elementos concretos devidamente organizados, interligados, a partir de um referencial comum. Não é só um conjunto de elementos, mas, a rigor, um sistema.

É certo sustentar que um conjunto de linhas pelas quais se transmite energia elétrica, desde que ligados e conectados por um referencial comum, é igualmente também um dado sistema.

Há, todavia, ilustrativamente, um sistema de energia na Inglaterra e outro no Brasil. Não se trata de um sistema uno, eis que os fios pelos quais se transmite energia no país do velho continente, embora tenham semelhanças e os mesmos objetivos existentes por aqui, não estão interligados por um referencial comum. Os objetos iguais ou semelhantes, que igualmente buscam a transmissão de energia, não formam um único sistema porque não estão ligados por um mesmo referencial.

Sistema é, enfim, um conjunto de elementos, abstratos ou concretos, organizados sob e de determinada forma, e que se encontram conectados e interligados por um referencial comum.

O jusfilósofo pernambucano, Lourival Vilanova, falecido em 2001, professava o mesmo magistério acerca de sistema, sustentando se tratar de conjunto de elementos que

²⁷ *Ibid.*, p. 127.

se conectam por um referencial comum. Segundo ele trata-se de um sistema “quando elementos e relações se encontrem sob uma referência comum”.²⁸

O conceito de sistema é também explorado pelos pesquisadores Léo Peixoto Rodrigues e Fabrício Monteiro Neves em obra de análise acerca de Niklas Luhmann. Para eles, sem qualquer dúvida, o conceito de sistema tangencia também uma referência comum:

“Sistema, na tradição do conceito, servia para designar alguma coisa que ‘funcionava’ a partir de partes interdependentes. As ideias de parte, etapa, momento, conjunto, coleção são ideias afins à noção de sistema; elas sempre estão implícitas ou explicitadas quando há referência a algum sistema seja ele qual for. Ainda na tradição da utilização do termo, ideias mais sutis tais como: articulação, processo, desenvolvimento, manutenção, transformação, equilíbrio, coerência, também têm feito parte do conjunto de características inerentes aos sistemas, embora muitas vezes de forma não explicitada”.²⁹

Os mesmos autores procuram também traduzir a importância do estudo de uma teoria de sistemas, eis que permite, a rigor, sintetizar o todo – e não apenas suas partes – organizado.

“Sistema como conceito, como teoria e mesmo como fundamento epistemológico tem sido empregado como instrumento (cognitivo) de síntese em contraposição às práticas científicas analíticas. Isto significa que a noção de sistema tem estado de fato preocupada em descrever, representar, conhecer algo como unidade (enquanto tal) e não as partes que compõem tal unidade. É por isto que a tradição que versa sobre a origem e utilização do termo sistema, tanto na filosofia como na ciência, não raramente refere-se a totalidades”.³⁰

Sistema é, para grande parte dos estudiosos, um todo ordenado que possibilita encontrar objetos sob um referencial comum.

O presente trabalho formatará suas conclusões a partir da teoria de sistemas, utilizando-se, também, a tese advogada pelo sociólogo Niklas Luhmann, um dos grandes estudiosos da teoria de sistemas; seus estudos, de início, tomam emprestadas algumas das lições de Humberto Maturana e Francisco Varela, biólogos cujas doutrinas foram bastante relevantes para análise do conceito de sistema. Para eles, usando como exemplo os seres vivos, sistema é um jogo de interações e relações:

²⁸ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas do Direito Positivo*, São Paulo: Noeses, 2005, p. 173.

²⁹ NEVES, Fabrício Monteiro. RODRIGUES, Léo Peixoto. *A Sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis: Vozes, 2017, p. 29.

³⁰ *Ibid.*, p. 30.

“Dei-me conta que os seres vivos não eram um conjunto de moléculas, mas sim, uma dinâmica molecular, um processo que ocorre como unidade discreta e singular como resultado do operar e em operar; (do operar) das distintas classes de moléculas que o compõem, num jogo de interações e relações de vizinhança que os especificam e realizam como uma rede fechada de trocas e sínteses”.³¹

A conceituação de sistema passará, ademais, especialmente na teoria de Luhmann, por uma diferenciação entre sistema e ambiente. É o que didaticamente ensina Mateus Perigrino Araújo em tentativa de interpretar a teoria do sociólogo alemão:

“Dito isso, a primeira consideração importante sobre a teoria dos sistemas sociais é que seu fundamento reside na noção de diferença. Essa noção se relaciona com o conceito de forma do matemático George Spencer-Brown, para quem toda a forma é uma maneira de distinção que possui dois lados. Por meio de todo modo de distinção e indicação, existe uma afirmação de identidade desses dois lados que dependem um do outro para se manterem distintos e a, ao mesmo tempo, existirem individualmente. Essa é uma ideia central que será apropriada por Luhmann no decorrer da construção da sua teoria dos sistemas em especial porque permite a descrição da fundação dos sistemas sociais uns com relação aos outros, através da sua própria autorreferência, formando aquilo que, para Luhmann, será a divisão entre sistema e ambiente enquanto categoria também central da sua análise da sociedade. A relação entre sistema e ambiente é uma relação conjunta: um não existe sem o outro e, sobretudo, um é condição de possibilidade do outro existir”.³²

Assim, fica claro, um sistema se conceitua a partir da diferença que verifica entre ele e o ambiente. É dessa diferenciação que se enxerga o sistema.

É a partir da diferença que ele – o sistema – se conceitua. O conceito de sistema, em Luhmann, parte dessa diferença entre sistema e ambiente, verificando-se, então, a partir dessa distinção, o que é um sistema. Este magistério é apresentado por Luhmann em sua “Introdução à Teoria dos Sistemas”:

“O que muda na atual compreensão da Teoria dos Sistemas, em relação aos avanços alcançados nos anos 1950 e 1960, é uma formulação mais radical, na medida em que se define o sistema como a diferença entre sistema e meio. Tal formulação necessita de um desenvolvimento explicativo, já que se apoia em um paradoxo de base: o sistema é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio. O conceito de sistema aparece, na definição, duplicado no conceito de diferença.

Toda teoria está baseada, então, em um preceito sobre a diferença: o ponto de partida deve derivar da disparidade entre sistema e meio, caso se queira conservar a razão social da teoria dos sistemas. Quando se escolhe outra diferença inicial, obtém-se então como resultado outro corpo teórico. Assim, a

³¹ MATURANA, H. & VARELA, F. De máquinas e seres vivos – Autopoiese: A organização do vivo. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997, p. 15.

³² ARAÚJO, Mateus Perigrino. Análise Econômica do Direito e Teoria dos Sistemas e Niklas Luhmann. São Paulo: Almedina, 2022, p. 105.

Teoria dos Sistemas não começa sua fundamentação com uma unidade, ou com uma cosmologia que represente essa unidade, ou ainda com a categoria do ser, mas sim com a diferença”.³³

É premissa deveras necessária para o entendimento da teoria acerca de sistemas, construída pelo sociólogo alemão, entender que os conceitos se constroem a partir da diferença. Isto se confirma na lição que ele apresenta em “Sistemas Sociais – Esboço de uma Teoria Geral” e a partir da qual sistema é o resultado da diferença que há entre o próprio sistema e seu meio:

“Há hoje certamente um consenso na disciplina de que a diferença entre sistema e ambiente deve servir de ponto de partida para toda análise sistêmico-teórica. Sistemas são orientados pelo seu ambiente não apenas ocasional e adaptativamente, mas também estruturalmente; e, sem ele, não poderiam existir”.³⁴

Numa tentativa de exemplificar a diferença entre sistema e ambiente, imagine-se, no campo da biologia, o sistema do corpo humano. Uma vez adoecido, a este sistema (corpo humano) será necessário buscar um medicamento no seu entorno, isto é, em caso de dor de garganta, por exemplo, buscar-se-á a amoxicilina (que está no ambiente). O corpo humano só é um sistema porque a ele foi exigido buscar uma solução fora do seu próprio funcionamento.

Um outro exemplo para o entendimento do conceito resultante da diferença. A propriedade de veículo automotor, consoante sistema do direito, é fato que gera obrigação de pagar imposto; a propriedade de bicicleta é ocorrência que não está inserida dentro do sistema do direito, uma vez que sobre ela não se aplicam tributos, sendo ocorrência que está apenas dentro do ambiente. Para entrar no sistema do direito, será necessário, conforme preconiza Luhmann, uma operação de acoplamento estrutural – a qual será melhor estudada mais adiante – no sentido de introduzir, a depender do sistema, este fato para dentro dele. Enquanto isso, neste exemplo, o fato propriedade de bicicleta permanecerá estranho ao direito; pertence apenas ao ambiente, não podendo, por isso mesmo, servir de azo à cobrança de qualquer tributo.

Não se pode perder de vista que as construções de realidades se aperfeiçoam, tal qual fixado como pressuposto neste trabalho, através da linguagem. Os sistemas, conjunto

³³ LUHMANN, Niklas. Introdução à Teoria dos Sistemas. 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 2011, p. 81.

³⁴ *Ibid.*, p. 75.

de elementos ligados por um referencial comum segundo os estudos até aqui apresentados, são construções linguísticas.

O presente trabalho se debruçará, pois, sobre sistema social e, como parte dele, o sistema jurídico. Mais especialmente ainda do subsistema de direito coletivo, verificando-se, ao final, buscando a teoria de Niklas Luhmann, como se comporta, à luz do seu ambiente, o microssistema do processo coletivo.

Trata-se de um todo organizado abstratamente e que reclamará análise detalhada nestas linhas.

2. TEORIAS DE DIREITO

2.1 – Aspectos Gerais

Para além de uma tentativa de esboçar superficialmente algumas premissas acerca de linguagem, direito e sistema, sempre no sentido de fixar alguns pressupostos essenciais ao entendimento do sistema do processo coletivo, necessário se faz realizar uma contextualização histórica de algumas teorias acerca do direito.

O presente estudo pretende fazer uma análise do sistema do processo coletivo à luz, fundamentalmente, da teoria de Niklas Luhmann – embora não só da dele. Para se chegar ao paradigma teórico adotado pelo sociólogo alemão acerca de direito, e porque os conceitos se dão a partir de diferenças, não se pode descuidar da tarefa de analisar outras teorias sobre o fenômeno jurídico.

O mérito de Luhmann, pensa-se, como sociólogo, é traduzir o direito a partir de comparações com outros subsistemas sociais – político e da economia, por exemplo. Faz-se distinções, como se verá, a partir de códigos (lícito ou não lícito, jurídico ou não-jurídico, para o direito; lucrativo ou não lucrativo para economia; liberal ou intervencionista para política). Há uma análise holística do fenômeno sistêmico do direito. É diferente da análise feita pela teoria pura do direito, a qual diferencia o direito a partir do “ser” e do “dever-ser” – fixado em linguagem prescritiva, mas não diferenciando o direito dos outros sistemas.

Aliás, detalhe bastante relevante, o objeto – direito – é o mesmo; as formas de percebê-lo é que, sem que haja alguma mais correta do que outra, divergem.

Este capítulo procurará abordar, pois, algumas teorias de direito – não todas, evidentemente. Em outras palavras, procurará desvendar os mais variáveis instrumentais teóricos utilizados para se enxergar o direito, as diversas ferramentas empregadas no seu estudo. Dito de outro modo, os mais diversos paradigmas que o cercam.

Lembra-se que a teoria de sistemas de Luhmann enxerga o direito como um subsistema, diferenciando-o dos demais. Seu mérito está em identificar o direito a partir de diferenças, em nível de codificação, com outros sistemas.

Antes de adentrar às teorias, aos paradigmas acerca do direito, necessário se faz registrar do que se trata: o que é um paradigma; o que é uma teoria? Segundo Hudson Couto Ferreira de Freitas:

“(...) temos que paradigma é o conjunto de conhecimentos, princípios, métodos, leis, técnicas e instrumentos compartilhados por uma dada comunidade científica. Assim, o paradigma é o instrumental teórico e prático compartilhado por uma comunidade científica para resolver problemas, explicar fenômenos, classificar objetos pesquisados e apresentar resultados revestidos de veracidade científica”.³⁵

Paradigma é o conjunto de conhecimentos, princípios, métodos, leis e técnicas compartilhados por uma dada comunidade.

Não há dúvida de que o correr do tempo pode resultar, em função de novos estudos e o surgimento de outras técnicas, em diferentes paradigmas; mas é igualmente certo que um paradigma não substitui necessariamente o outro, havendo possibilidade de convivência simultânea entre eles.

“O conceito de paradigma proposto, ademais, não comporta uma noção de linearidade temporal ou de sucessão pura e simples de uma concepção por outra. (...) Em outras palavras, o surgimento de um paradigma não necessariamente resulta na extinção, fracasso ou abandono de outro. (...) é perfeitamente possível que mais de um paradigma possa conviver simultaneamente, cada qual enfocando para si primazia ao apresentar soluções para problemas que lhe são apresentados”.³⁶

É possível sustentar, então, que o conjunto de conhecimentos, princípios e técnicas acerca de um determinado tema, orientando a forma de enxergá-lo, é um efetivo paradigma.

É igualmente legítimo defender que não há apenas uma maneira de enxergar, encarar, um fenômeno. Há várias. Num silogismo simplório, então, é possível determinar que há vários paradigmas possíveis sobre o fenômeno direito. Um não é prevacente sobre outro.

À guisa de exemplo, como veremos, é possível dizer que, sobre direito, não prevalecendo um sobre o outro, há diversos paradigmas: o juspositivismo, a teoria crítica do direito e o não positivismo. Isso, numa classificação mais ampla. Mas há também,

³⁵ FREITAS, Hudson Couto Ferreira. Teorias do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 31.

sendo possível chamar de paradigma, o jusnaturalismo – embora, para alguns, com alguma parca variação, ele tenha os mesmos pressupostos do positivismo.

Não se pretende aqui esgotar todas as teorias existentes que analisam o fenômeno do direito, mas, num conceito relativo e pessoal, registrar, digamos assim, as mais comuns. Os paradigmas ordinários – no sentido de comum – do fenômeno jurídico.

Pontua-se, também, ainda dentro do campo do estudo das teorias de direito que serão apreciadas ao longo deste trabalho, paradigmas contemporâneos acerca do fenômeno jurídico; não serão analisadas as origens, apenas perspectivas mais recentes do estudo do direito.

Não se ignora que respeitáveis teóricos dividem, contemporaneamente, as possíveis teorias em três caminhos distintos. Destaca-se, neste ponto do trabalho, os magistérios de Alysson Leandro Mascaro. Para ele, há – fazendo-se um corte temporal – três grandes perspectivas acerca do direito: juspositivista, não-juspositivista e crítica.

“O corte temporal há de identificar por contemporâneo o produto do momento posterior às revoluções burguesas, portanto, fundamentalmente, os séculos XIX, XX e o atual, na medida em que a situação histórico-social presente encontra a referência de sua estabilização e de seus problemas estruturais nesse período (...)

Três vastas perspectivas podem ser compreendidas na filosofia do direito contemporânea. A primeira delas é um grande campo de legitimação e de aceitação do direito e das instituições políticas e jurídicas, que se poderia chamar de visão estatal, formalista, institucional, liberal ou, em amplo sentido, juspositivista.

(...)

O segundo grande campo de perspectiva jusfilosófica reside numa perspectiva não formalista, não liberal, e que se encaminha a uma percepção realista do fenômeno jurídico. Trata-se de um campo não juspositivista, mas sem o entendimento profundo e crítico possibilitado pelo marxismo.

(....)

A terceira grande perspectiva jusfilosófica é a filosofia crítica, que tem no marxismo o seu mais importante e pleno caminho. O marxismo representa a crítica mais profunda e o horizonte mais amplo de transformação social, política e jurídica porque há de investigar os nexos históricos e estruturais do direito com o todo social, e daí sua plenitude para filosofia do direito”.³⁷

As três possíveis maneiras – paradigmas – de aferir o direito o visualizam de modo diverso, daí, evidentemente, as diferenças entre as teorias.

O positivismo encara o fenômeno jurídico, isolando-o de outros campos da ciência e da política, tratando o direito como um conjunto de normas que, validamente

³⁷ MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 9ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2022, p. 274.

construídas, estão a regular condutas. O direito é um limite dentro do qual estão normas estatais que regulam condutas. O direito se limita ao regramento oriundo do Estado.

Neste particular, cabe um parêntesis. O positivismo, segundo Mascaro, tem as mesmas bases do jusnaturalismo pois ambos são produtos da burguesia. O direito natural servia para legitimar os interesses da classe burguesa ante o absolutismo do Estado, eis que as regras jurídicas não legitimavam os interesses dos burgueses. Com o fim do absolutismo, todavia, agora dentro do Estado, segundo Mascaro, os direitos tidos por naturais ganharam formalidade e passaram a compor os interesses da classe antes alijada pelo absolutismo; os direitos dos burgueses são os mesmos, porém, agora, apoiados em bases estatais. Afirmar Mascaro:

“As perspectivas filosóficas mais comuns ao pensamento jurídico contemporâneo, as juspositivistas, são expressão imediata do domínio do Estado pela burguesia, a partir do século XIX. Até o século XVIII, a classe burguesa, em ascendência, era contrária ao direito positivo, pois encontrava no Estado absolutista um obstáculo aos seus interesses. Na França, por exemplo, o direito positivo do Antigo Regime mantinha a condição privilegiada da nobreza, impedindo a liberdade comercial burguesa. Antes de tomar o positivismo estatal como sua filosofia basilar. A burguesia apoiava-se na doutrina do direito natural racional. O jusracionalismo, como expressão imediata, no plano teórico, de todos os interesses fundamentais da burguesia para suas atividades mercantis e produtivas, pautava-se na defesa intransigente da propriedade privada., da igualdade formal e da liberdade contratual. (...) Se o fim do absolutismo representou o fim de um tipo específico de pensamento jurídico, o absolutista, a lógica da burguesia, apenas com pequenos ajustes, adaptaram o seu jusnaturalismo às condições de domínio estatal que então se apresentavam. (...) Ocorre que o juspositivismo, que é a filosofia do direito burguesa que matou o jusracionalismo e o sucedeu, é a mesma coisa que este, apenas com outra base. Também o juspositivismo é um sistema fechado, lógico, que dá base à ação burguesa. Mas seu esteio é o Estado, que agora já é burguês também”.³⁸

Encontra-se entendimento similar nos estudos de Piotr Stutchka, jurista nascido na Letônia, mas que se notabilizou na antiga União Soviética. Para ele, o direito natural é o campo no qual se garantiu a propriedade privada; a positivação do direito serviu apenas para formalizar esse direito:

“A grande Revolução Francesa começou, como se sabe, com a proclamação triunfante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Na prática, esse direito universal da Grande Revolução Francesa mostrou-se apenas o direito da classe de cidadãos, o código da burguesia (Code Civil). E, na verdade, esse código do grande contrarrevolucionário Napoleão (Bonaparte) é a fórmula concisa de toda a essência da grande e, acrescentamos, de qualquer outra revolução burguesa. Trata-se do livro de cabeceira e, se se quiser, até mesmo da

³⁸ *Ibid.*, p. 275.

bíblia da classe burguesa, pois contém em si o fundamento da própria natureza da burguesia, seu sagrado direito natural de propriedade”.³⁹

O direito à propriedade privada é, então, uma garantia fixada no campo do direito natural. Formalizada apenas, mas não se tratando de novidade, no direito positivo.

Sem sombra de dúvidas, é certo que os direitos positivos sucedem, pois, com a mesma base, os direitos naturais. Ambas as escolas, todavia, prestam-se a garantir os interesses, segundo Mascaro, de uma classe. Enquanto o Estado era absolutista, os burgueses sustentavam os direitos naturais; após a queda do absolutismo, a rigor, consolidou-se o direito positivo – como forma de solidificar os mesmos direitos que se hospedavam na doutrina do direito natural.

Não se ignora, pois, a existência do jusnaturalismo, mas, a rigor, nessa reflexão introdutória, o direito natural está pautado como maneira de garantir direitos que, ato contínuo, com a queda do absolutismo, foram inseridos pelo Estado em seus códigos formais.

As bases de garantias, pois, de direitos naturais e direitos positivados são as mesmas, e, igualmente, os interesses. Diferença reside, pois, não no tipo de garantia, mas no fundamento último de cada um dos modelos.

Ambos paradigmas garantem, pois, em nível de direito, por exemplo, a propriedade privada, mas no caso do jusnaturalismo sua origem está na moral, e no positivismo está na formalização do texto da lei – de ordem estatal.

Acerca da propriedade privada como valor do jusnaturalismo, vejamos lição de Nino, na qual faz uma ilustração a partir de um suposto julgamento em que houve três votos diferentes, um deles de cunho jusnaturalista; neste julgamento, o julgador positivista clássico faz uma crítica ao jusnaturalismo, mas deixando claro quais são os direitos nele hospedados, entre os quais o da propriedade privada:

“A ideia de que existe um direito natural imutável, universal e acessível à razão humana é uma vã, embora nobre, ilusão. É o que demonstra o conteúdo divergente que os pensadores jusnaturalistas atribuíram a esse suposto direito natural, no momento de explicar suas normas. Para alguns, o direito natural consagra a monarquia absoluta; para outros, a democracia popular. Segundo alguns autores, a propriedade privada é uma instituição de direito natural;

³⁹ STUTCHKA, Piotr. *op.cit.*, p. 89.

outros acham que o direito natural legitima somente a propriedade coletiva dos recursos econômicos”.⁴⁰

O jusnaturalismo, então, traz como garantia, dentre outras, a propriedade privada; o juspositivismo, igualmente, entre os direitos de primeira dimensão, para usar expressão comum, igualmente garantiu o direito à propriedade privada. Os direitos, em um ou outro modelo, são bem similares.

Divergência há, entre o juspositivismo e o jusnaturalismo, na origem do fenômeno jurídico. Para os jusnaturalistas, a origem do direito se pauta em moral, em alguma divindade ou em algo metafísico, mas, especial e fundamentalmente, como se existisse, em algo moralmente razoável. Ferreira afirma:

“Os positivistas acusam o jusnaturalismo de ser irracional, ou seja, de não se sustentar em critérios científicos e objetivos, sendo que os valores declarados como sendo universais, absolutos e eternos, oriundos do cosmos ou de alguma divindade, ou mesmo inerentes a uma (suposta) natureza humana e frutos de pura razão, não passariam de juízos/valorações subjetivistas e arbitrárias, que, na verdade, seriam diferentes de acordo com as crenças e opções valorativas daqueles que os emitissem, sempre contingentes e contextualizadas no tempo e espaço por fatores histórico-culturais”.⁴¹

O fundamento de validade do jusnaturalismo, assim, em última análise, é a arbitrariedade, é uma imposição; é que seu fundamento se justifica em algo metafísico, em valores, em moral, e não é toda uma comunidade que crê nos mesmos seres divinos, nos mesmos entes metafísicos, nos mesmos valores. Assim, ao indicar que a origem do direito à propriedade privada está para além de algo escrito, positivado, os jusnaturalistas impõem os seus próprios valores e as suas próprias morais.

Não se quer contestar direito à propriedade privada. Ao contrário, aliás, ao largo de contestar esse direito, lembra-se que a propriedade privada é um valor fundamental do texto constitucional de 1988 – uma cláusula pétrea. Quer-se apenas demonstrar que o fundamento de validade último do direito natural é um valor metafísico, divino, não uma norma escrita.

O fundamento de validade do direito, para os positivistas, não é, portanto, um valor, é uma norma. O fundamento de validade do direito é, então, uma norma – não é crível que o fundamento de validade do direito seja Deus ou a natureza, mas, a rigor,

⁴⁰ NINO, Carlos Santiago. Introdução à Análise do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p 78.

⁴¹ FREITAS, Hudson Couto Ferreira. *op.cit.*, p. 41.

efetivamente, para os defensores do positivismo, trata-se de uma norma – aqui considerada, para os defensores da teoria pura, o resultado interpretativo de proposições legislativas. Nas lições, sempre precisas, de Hans Kelsen:

“Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia à toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorética-gnosiológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição”.⁴²

O positivismo afasta outros valores que não os normativos da origem do direito; a fonte do direito não é divina, nem metafísica, mas, a rigor, uma outra norma.

O mesmo Kelsen sustenta, no sentido de dar legitimidade para a Constituição de dado Estado, a existência de uma norma hipotética fundamental, a qual, a rigor, seria, em caráter normativo, não em sentido metafísico, a origem da própria Constituição; a norma maior, a Constituição, teria origem nessa hipotética norma fundamental. O direito não perderia sua origem normativa. Vejamos:

“A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (...). Se queremos conhecer a natureza da norma fundamental, devemos sobretudo ter em mente que ela se refere imediatamente a uma Constituição determinada, efetivamente estabelecida, produzida através de costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais; e mediatamente referente à ordem coercitiva criada de acordo com esta Constituição (...).”⁴³

Neste particular, então, o juspositivismo afirma que a origem do direito é sempre normativa, iniciando-se, pois, pelo texto constitucional; esta, a Constituição Federal, tem fundamento de validade em uma hipotética norma fundamental.

⁴² Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 224.

⁴³ *Ibid.*, p. 54.

Assim, finalizando as comparações, o direito natural garante, por exemplo, a propriedade privada como direito; o direito positivo, igualmente, sustenta que a propriedade privada é também um direito.

O problema da diferença entre os modelos está hospedado, porém, na origem: para o juspositivismo a origem é uma norma; para os jusnaturalistas a origem, a rigor, é metafísica, divina. A origem do direito, para os naturalistas, não é uma norma.

Ambos os modelos, contudo, têm garantias similares, de modo que, neste trabalho, serão tratados em campos semelhantes, dado que o objetivo aqui não é esmiuçar as teorias de direito, mas, a rigor, tratar do microssistema do processo coletivo à luz de uma efetiva teoria de sistemas.

O presente trabalho, que tem por objeto uma análise sistêmica do microssistema do processo coletivo, tangencia teorias de direito contemporâneas como o juspositivismo, a teoria não juspositivista e a teoria crítica. Trata-se de análise propedêutica para se diferenciar, ao final, ação coletiva de ação individual; para se concluir sobre os critérios de identificação de uma com outra ação coletiva.

O jusnaturalismo garantia os direitos à época do absolutismo, os quais foram inseridos, formalizados, com o juspositivismo. Em outras palavras, é certo que o juspositivismo é o corolário dos direitos naturais e se presta a garantir as mesmas variáveis. Não trataremos aqui, pormenorizadamente, sobre o direito natural – campo de espectro do direito não contemporâneo.

Ao contrário, os não-positivistas encaram o direito não apenas como um conjunto de normas válidas, as quais friamente regulam condutas, mas, também, para eles, o direito é o resultado de imposição de relações de poder. Sua origem tangencia subordinação, submissão de um em detrimento de outro.

A teoria crítica do direito, lastreada em Marx, encara o fenômeno jurídico para além do encaixe de normas válidas em condutas construídas a partir de relações intersubjetivas, desafiando, também, a teoria segundo a qual o direito seria apenas um instrumento a serviço do poder. Por esta perspectiva teórica, o direito, para além de ser um instrumento que resulta do poder, é também uma mecânica de opressão social.

Segundo Mascaro:

“Então, pelo ângulo das possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico, destaca-se uma visão amplamente reducionista – o juspositivismo – uma visão atrelada ao poder – as filosofias do direito não juspositivistas – e uma visão plena da totalidade dada e limitada pelas normas estatais. Para as filosofias do direito não juspositivistas, o direito não é uma esfera desconectada ou autônoma, pois já se pensa no poder como sua base. Mas, muitas vezes, o não juspositivismo apenas transfere a autonomia do campo normativo para o campo político. O marxismo (...) o direito é pensado a partir das estruturas do todo histórico-social”.⁴⁴

O mesmo autor, para além de diferenciar as teorias, faz alusão aos referenciais teóricos de cada uma delas, seja seguindo o parâmetro de origem histórica, seja para, mais contemporaneamente, indicar aqueles que atualmente as professam. Vejamos:

“Tomando esses três caminhos por meio de suas inspirações nos maiores filósofos – e não necessariamente nos juristas – no grande campo majoritário, juspositivista, a presença de Kant é marcante, e, em alguma medida, soma-se a Kant também Hegel. No campo não juspositivista e não marxista é Heidegger seu grande paradigma, e em ângulo próprio também Foucault. No campo da visão crítica do direito, é Marx seu maior teórico filósofo. Por sua vez, se tomarmos pela originalidade de seus teóricos juristas, a filosofia e a teoria geral do direito têm os seus momentos mais paradigmáticos e simbólicos em Hans Kelsen, pela via juspositivista, em Carl Schmitt, pela via não juspositivista decisionista, e em Evgeni Pachukanis, pela perspectiva crítica marxista. E, de fato, Kelsen, Schmitt e Pachukanis são os três mais originais pensadores dos três grandes caminhos filosóficos do direito do século XX. Não são sincréticos nem apoiados em posições mistas. São o extrato mais puro das três visões mais distintas possíveis do direito”.⁴⁵

As teorias e perspectivas acerca do direito são, assim, as mais variadas; o presente trabalho não pretende fazer uma análise holística e sociológica acerca do fenômeno social conhecido como direito. Ao contrário, ao final, o estudo pretende analisar pontualmente, dentro do ordenamento jurídico, se o microssistema do processo coletivo é, à luz da teoria dos sistemas, efetivamente um sistema. Ou se, ao contrário, é um conjunto isolado de proposições normativas.

Mas, sem dúvida, mostra-se necessário fazer uma aferição de algumas das perspectivas contemporâneas do direito, as quais, em que pesem comportarem subdivisões, dividem-se, basicamente e adotando o referencial de Mascaro, em teorias positivistas, não-positivistas e crítica.

⁴⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *op.cit.*, p. 275.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 280.

Algumas das subteorias dentro dos três grandes campos – juspositivista, não-positivista e crítica –, ainda que este não seja o escopo principal, serão igualmente trabalhadas.

2.2 – Juspositivismo

O juspositivismo é fenômeno que trabalha o direito a partir de técnica, num encaixe de normas, consideradas válidas em um determinado país, com as respectivas condutas praticadas pelo Estado ou por particulares; o direito não se comunicaria, então, com nenhuma outra ciência. É um contexto analítico – unicamente com enfoque a partir de proposições normativas. É um encaixe de técnica-normativa estatal, adotando-se, como fonte original, a conhecida norma hipotética-fundamental.

O juspositivismo, o qual sustenta o sistema do direito a partir de regras veiculadas por um órgão oficial, as quais regularão condutas, é corolário, segundo parte da doutrina, do direito natural. As regras são as mesmas, porém, no direito natural as prescrições não estão – como a propriedade privada – formalmente veiculadas (sua origem é metafísica, divina); no direito positivo, ao contrário, as normas estão oficialmente previstas (postas pelo Estado).

No contexto do juspositivismo, todavia, é possível identificar, sempre com as mesmas bases, mas com pequenas diferenças e sempre trabalhando o direito a partir de um conjunto de normas válidas, três diferentes correntes: o juspositivismo estrito, o juspositivismo eclético e o pós-positivismo. Mascaro é sempre didático:

“São variados os pensamentos que se vinculam, de algum modo ou de outro, ao juspositivismo. Três grandes correntes, no entanto, podem ser distinguidas dentro dos positivismo, e sua compreensão se dá a partir da relevância que se dá à técnica normativa estatal, se parcial ou total. (...). O caminho filosófico que situa o direito numa técnica normativa estatal mitigada está presente nas variadas manifestações de ecletismo jurídico, como o culturalismo jurídico, do qual Miguel Reale é certamente o seu maior expoente e que foram típicas de um modo de pensar que chega até os meados do século XX. No entanto, já no século XX, no florescimento do uso somente técnico-normativo do direito, verifica-se o apogeu do juspositivismo estrito ou pleno. O caminho estritamente técnico, do juspositivismo pleno, tem por maior pensador – e símbolo – Hans Kelsen. O lastro de tal visão juspositivista é uma espécie de filosofia analítica. Na parte final do século XX, o desgaste do juspositivismo estrito enseja uma espécie de ecletismo juspositivista, mas agora haurida de uma visão ética liberal. Não se trata do resgate do velho ecletismo como explicação da origem do direito, mas sim como meta. (...) Tal visão tem dominado as especulações desse tipo de filosofia do direito que é juspositivista,

mas que avança para além da mera normatividade, em favor do uso ético do direito positivo. Ronaldo Dworkin, John Rawls, Robert Alexy e Jürgen Habermas são os filósofos do direito mais conhecidos dessa nova fase, que tem penetrado com alguma força no início do século XXI”.⁴⁶

Há, então, três correntes para o positivismo: i) o puro; ii) o eclético; e, iii) o pós-positivismo.

O positivismo puro, pois, tangencia apenas e tão-somente o encaixe de normas jurídicas, sem, todavia, incluir nenhum outro ingrediente neste processo racional – de aplicação e intersecção de prescrições legais.

Nada bastando, há o positivismo eclético. Por ele, de outro lado, há, dentro do processo de aplicação do direito, não apenas um encaixe, mas, além dele, no que Reale é o maior expoente, a adesão de outros componentes para além da normatividade. É a utilização do elemento valor, por exemplo, na aplicação do direito.

Finalmente, há também, o que será objeto de análise pouco mais detalhada, o pós-positivismo. Busca-se, por esta teoria, a despeito da técnica pura de aplicação de normas, um aspecto, no mínimo controverso, de justiça ao elemento jurídico.

2.2.1 – Juspositivismo Puro

Por um ato lesivo ao meio ambiente deve ser aplicada uma multa ao autor deste dano; a propriedade de um veículo automotor impõe ao proprietário a necessidade de recolher um percentual do valor do veículo aos cofres do Estado onde o mesmo esteja registrado; dado o fato haver matado alguém, deve ser aplicada ao autor do crime uma pena de reclusão de, por hipótese, dez anos.

O direito, para o positivismo puro, é um fenômeno de juízos hipotéticos condicionais, os quais trabalham com condutas que, se ocorridas, resultam em determinadas consequências.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 280.

O positivismo resume o direito a essa técnica de aplicar consequências normativas a certas hipóteses por meio de autoridades competentes. É um conjunto de prescrições fixadas por regras inseridas no sistema pelo Estado.

Há fenômenos naturais que simplesmente o são; ocorrem independentemente. A água, se alcançar uma temperatura de 100 °C, irá ferver; é uma circunstância natural, um dado da realidade. Não se faz necessário um ato do Estado para permitir que a água ferva, basta o acontecimento natural.

O direito trabalha, ao contrário, com causalidades fixadas em textos – não se trata de fenômeno natural ou real – normativos formais produzidos por elementos designados pelo sistema – o Estado no seu sentido lato. A obrigação de recolher um valor aos cofres do Estado a título de multa por dirigir falando ao telefone celular não é resultado de um elemento natural, mas, ao contrário, uma intercorrência decorrente de uma proposição normativa. Kelsen explica:

O princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser. Como exemplo de uma aplicação do princípio da causalidade numa lei natural concreta remeto para a lei já referida que descreve a ação do calor sobre os metais. Proposições ou leis jurídicas em que são representadas as normas positivas estabelecidas por um legislador ou através do costume são, por exemplo, as seguintes: quando alguém comete um crime, deve ser punido; quando alguém não paga o que deve, deve ser executado o seu patrimônio. A distinção entre causalidade e a imputação reside em que – como já notamos – a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda intervenção desta espécie”.⁴⁷

As normas jurídicas se fundamentam, então, em um substrato legal, estatal; as normas naturais apenas na relação de causa e efeito, decorrentes propriamente de eventos, de fatos. A lei da gravidade não depende, por hipótese, de uma lei editada pela União, tampouco pelo Município; decorre, apenas, de um elemento fático, físico.

A norma jurídica tem, de outra via, um substrato, um instrumento estatal. Dado o fato de matar alguém, surge ao particular a necessidade de cumprir pena de reclusão – essa relação de causa e consequência decorre de uma vontade do Estado. É o que confirma Kelsen, pilar maior do positivismo:

“Na proposição jurídica não se diz, como na lei natural, que, quando A é, B é, mas que, quando A é, B deve ser, mesmo quando B, porventura, efetivamente

⁴⁷ Kelsen, Hans. *op.cit.*, p. 100.

não seja. O ser o significado da cópula ou ligação dos elementos na proposição jurídica diferente da ligação dos elementos na lei natural resulta da circunstância de a ligação na proposição jurídica ser produzida através de uma norma estabelecida pela autoridade jurídica – através de um ato de vontade, portanto – enquanto que a ligação de causa e efeito, que na lei natural se afirma, é independente de qualquer intervenção dessa espécie”.⁴⁸

O direito, segundo os juspositivistas mais estritos, é fenômeno que regula, a partir de juízos hipotético-condicionais, condutas – sem necessidade e possibilidade de interferência de outros campos das ciências – e cujo fundamento de validade é uma outra norma.

O fenômeno conhecido como direito, para Kelsen, limita-se a um fenômeno do “dever-ser”. Não se trata de compreensão do ser, da realidade, mas do “dever-ser”. É o que nos traduz, novamente, sempre de forma didática, Mascaro:

“A distinção entre ser (*sein*) e dever-ser (*sollen*) é fundamental para as pretensões teóricas kelsenianas. Cientificamente, o direito não é entendido como uma compreensão do ser, da realidade existente. Pelo contrário, o direito, enquanto ciência, limita-se a um entendimento das conexões de dever-ser. Deve-se imputar uma sanção a um fato. Não necessariamente do fato decorrerá a sanção, por isso não é esta uma relação necessária, mas sim de imputação”.⁴⁹

O fenômeno jurídico é, então, uma teia de conexões – dado um fato, deve haver uma consequência. Ilustrativamente, o fato de queimar a palha da cana de açúcar acarreta ao agente a necessidade de recolher um valor a título de multa aos cofres do Estado. Essa obrigação decorre de um instrumento construído pelo Estado, uma norma.

É diferente pensar numa relação natural de causalidade: dado o fato de a água alcançar uma temperatura de 100 °C, ela ferverá. A consequência do ferver a água, decorrente da temperatura, não está posta em nenhuma proposição normativa construída pelo Estado, mas numa relação própria da natureza, de ordem física.

O direito é fenômeno de encaixe de hipótese e consequência, mas descrito formalmente em textos legais, debatidos, aprovados e sancionados por órgãos estatais.

Exemplo bastante didático, no afã de entender o fenômeno do direito, e sua força estatal, tangencia uma peça de teatro. Nela, um ator exerce o papel de juiz togado, mas, a despeito do papel, por mais brilhante que seja, não será suficiente para permitir que este

⁴⁸ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁹ MASCARO, Alysson Leandro. *op.cit.*, p. 304.

juulgador determine a condenação de quem quer que seja. Ele não tem amparo estatal para isso:

“Ao mesmo tempo, para Kelsen, os atos brutos constituiriam simplesmente uma manifestação imediata do direito: um juiz prolata uma sentença, um guarda apita em meio ao trânsito. Mas esses atos somente são entendidos como jurídicos porque há uma mediação de sentido que provém das notas estatais. Num teatro, um ator vestido com toga passa-se por juiz; no entanto, ele não é juiz para o direito, porque as normas estatais não lhe doaram o sentido da competência formal para o julgamento”.⁵⁰

Assim, percebe-se, para os juspositivistas, o direito é fenômeno de normas prescritivas – cuja essência é um dever-ser – mas que têm amparo em regras estatalmente estabelecidas, postas. Há, de outro lado, uma norma natural que determina a temperatura na qual a água irá ferver; essa regra não decorre de uma imposição estatal, mas apenas de fenômeno da natureza.

O mérito da teoria pura passa, pois, pela transformação dos textos brutos em normas – na interpretação sistemática de proposições legislativas, de modo a transformá-las em normas, ainda que as proposições estejam em campos distintos.

A teoria pura do direito – juspositiva – trabalha apenas com seu próprio objeto, ignorando outros campos de especulação; a teoria do direito não tangencia regras de psicologia, tampouco morais, mas apenas os próprios elementos do “dever-ser” hospedados em regras postas pelo Estado.

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo – do Direito Positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do direito. (...) De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”.⁵¹

⁵⁰ *Ibid.*, p. 297.

⁵¹ KELSEN, Hans. *op.cit.*, p. 1.

O juspositivismo, a teoria pura do direito, faz um recorte: afasta do campo do direito outros ramos do conhecimento. O direito é objeto a ser analisado em si mesmo, sem qualquer relação com a psicologia, com a sociologia ou com a moral.

Exemplificando, a Constituição brasileira estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de uma condenação criminal⁵², naquilo que se convencionou chamar de princípio de presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal já apreciou por diversas vezes a temática acerca da possibilidade, mesmo à luz do princípio de presunção de inocência (o sujeito só é considerado culpado após condenação definitiva), da determinação da prisão após julgamento de segunda instância.

Para os positivistas, é indubitável, não se pode sustentar permissão da prisão, por hipótese, a partir de dados matemáticos (por exemplo, o número da população carcerária) ou partir da vontade da população em ver presos aqueles que foram condenados pelos Tribunais de segunda instância. Estes elementos estão para fora do sistema do direito; o positivismo trabalha o direito apenas dentro dos limites normativos, não autorizando nem reclamando uso de outros campos das ciências.

O jurista positivista, neste caso da análise do princípio da presunção de inocência, exige que se faça uma avaliação estrita das normas estatais postas, não permitindo, na análise, que outros campos do conhecimento, que não o jurídico, sejam observados para chegar à conclusão acerca da possibilidade do condenado – sem trânsito em julgado – ser recolhido à cadeia.

Não é que o juspositivista não possa avaliar o sistema do direito, seja do ponto de vista moral, seja do ponto de vista filosófico, mas, na aplicação da norma, não se pode adotar outro mecanismo que não aquele lotado dentro do próprio ordenamento jurídico. É o que professa, inclusive, Dimitri:

“O positivismo jurídico não impede a avaliação moral, nem a crítica política ao direito nem a pesquisa sociológica das possíveis causas e dos múltiplos efeitos dos sistemas jurídicos. Esse caminho da crítica deve ser seguido, vitalizando o positivismo no sentido do pragmatismo político (...).

O objetivo do positivismo jurídico é entender os modos de funcionamento do direito, seguindo um caminho descritivo que tenta eliminar a subjetividade.

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Temos aqui a busca de um ideal de neutralidade que, mesmo se não puder ser atingido, não deve ser abandonado, como fazem muitos estudiosos, influenciados por um espírito pós-moderno e desconstrutivo.

O espírito crítico e o questionamento de autoridades e de teorias devem permear a teoria juspositivista e sua avaliação. O juspositivismo não impede nem deveria impedir a expressão do nosso inconformismo como ele é”.⁵³

Ao jurista, então, não há impedimento para fazer juízos acerca do direito bruto, criticando-o e ou valorando-o. O analista do direito não está autorizado, porém, na aplicação do direito bruto às relações interpessoais utilizar-se de outros elementos que não aqueles do próprio direito. As críticas ao sistema, porém, são absolutamente legítimas.

Não à toa, os juspositivistas dividem o direito bruto, sobre o qual não se pode admitir interferência de outros campos do conhecimento, que não o jurídico, da ciência do direito. Esta, a rigor, permite juízos os mais diversos, inclusive analisar a coerência da proposição normativa. Mascaro afirma:

“A Teoria pura do direito, a obra maior de Kelsen, é aquela que expõe os pressupostos mais importantes de sua visão jusfilosófica. A primeira grande postulação kelseniana reside na distinção entre o fenômeno jurídico e a ciência do direito. Sem tal dicotomia é impossível recortar o exato quadrante da teoria pura kelseniana. Kelsen separa a manifestação bruta do direito, como fenômeno social, do entendimento científico que se possa fazer a respeito dessa manifestação. Para Kelsen, são coisas distintas o direito e a ciência do direito”.

⁵⁴

O direito, então, como fenômeno bruto, não comporta uso senão para, dentro das proposições normativas, só nelas, regular condutas. Para os positivistas, em outras palavras, o direito é o conjunto de normas válidas – cuja validade está em última análise no texto constitucional e, dele, da norma hipotética fundamental – em um determinado país. A ciência do direito, em um plano diferente do direito bruto, tem o condão – até a necessidade – de apreciá-lo, de criticá-lo.

O direito positivo está ao largo da moral, da filosofia, da justiça, da igualdade social ou do reconhecimento divino; ao contrário, o direito positivo é um conjunto de proposições normativas, que buscam o dever-ser (dado o fato de vender um produto com defeito, surge ao vendedor o dever de trocá-lo ou consertá-lo – em função de uma regra

⁵³ DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 273-274.

⁵⁴ MASCARO, Alysson Leandro. *op.cit.*, p. 297.

estabelecida pelo Estado). Pouco revela para o direito positivo se isso é justo, bastando que tenha, para os positivistas, respaldo em normas estatais, na lei.

O direito, para os positivistas, analisado na sua perspectiva bruta, é um objeto isolado dos outros campos do conhecimento; compete à ciência do direito valorá-lo como justo, socialmente adequado, norteador da igualdade, ou, apenas, como mero conjunto de normas válidas.

O objeto bruto do direito é o campo normativo, apenas e tão somente. Sua análise passa apenas pelo dever-ser hospedado em normas estatais, não sendo alvo de especulação de outros campos das ciências, mas, apenas, como reiteradamente estudado, das proposições normativas. Para concluir, Mascaro sugere que o positivismo é uma ciência normativa do dever-ser:

“Assim sendo, a proposta kelseniana reside numa ciência normativa, isto é, do dever-ser. O direito não é analisado pelo campo de sua manifestação concreta, como ser. O que ele é, em termos factuais concretos, pode ser uma reflexão da sociologia ou da história, mas não da ciência do direito”.⁵⁵

O direito é campo que fica ao largo de especulações morais, filosóficas, econômicas ou religiosas, encerrando-se em si mesmo, isto é, trabalha com textos – estatais – que regulam um juízo condicional.

Assim é o positivismo puro, cujo pilar maior é Hans Kelsen, a tratar de direito, apenas e exclusivamente de normas, nada além.

2.2.2 – Juspositivismo Eclético - Teoria Tridimensional do Direito

O juspositivismo eclético não ignora o direito bruto, o dever-ser, mas, para além da aplicação meramente técnica do direito, denuncia que o processo de aplicação do próprio direito carrega-se de algum elemento que não apenas o jurídico – o valor.

A Teoria Tridimensional do Direito, construída em meados do século passado, tangenciou o direito a partir de três variáveis: fato, valor e norma. É a teoria que retrata mais fielmente o positivismo eclético, pouco distante, mas ainda mantendo o direito como

⁵⁵ *Ibid.*, p. 297.

um conjunto de normas válidas em um determinado sistema – as normas são, porém, carregadas de valores.

Seu precursor e maior entusiasta em território nacional, Miguel Reale, procurou refutar teorias que tratavam o direito a partir apenas de norma (de mera subsunção de arquétipos normativos a fatos) e, de outra via, aqueles que ignoravam normas, fazendo do direito apenas um espectro carregado de valores. Reale disserta:

“Se eu perguntasse a Kelsen o que é Direito, ele responderia: direito é norma jurídica e não é nada mais do que norma. Muito bem, preferi dizer: não, a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho devo partir de determinado ponto a ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor. Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito eu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. (...) O Direito, repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores”.⁵⁶

A teoria refuta o direito, pois, a partir da mera subsunção entre norma – conjunto de proposições normativas que formam uma regra obrigacional – e fato. A construção sustenta que o direito se carrega também de valores.

O jurista traz exemplo didático a demonstrar que o direito é campo carregado de valores; trata-se de julgamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dado no início da metade do século XX. Pela primeira vez, o pretório afastou uma cláusula contratual acerca da incidência de multa em caso de inadimplemento contratual. Havia disposição legal, segundo a qual a multa seria reduzida proporcionalmente ao adimplemento do pactuado – se de dez parcelas, duas forem inadimplidas, é o caso de a multa ser reduzida proporcionalmente à quantidade de parcelas não pagas. A despeito disso, na vigência do código anterior, estabelecia-se que as multas seriam integralmente devidas, não importando o número de parcelas não pagas.

O Tribunal de Justiça, refutando, assim, a dogmática “*pacta sunt servanda*” (contratos devem ser cumpridos) em detrimento da “*rebus sic stantibus*” (contratos não

⁵⁶ REALE, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito. 5ª. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva jur, 2017, p. 119.

de ser cumpridos se condizentes com a realidade legal), afastou cláusula contratual a determinar o pagamento integral da multa, permitindo-se pagamento de multa parcial.

Reale ensina:

“Mas acontece que a norma jurídica está imersa no mundo da vida, ou seja, na nossa vivência cotidiana, no nosso ordinário modo de ver e de apreciar as coisas. Ora, o mundo da vida muda. Então acontece uma coisa que é muito importante e surpreendente: uma norma jurídica, sem sofrer qualquer mudança gráfica, uma norma do Código Civil ou do Código Comercial, sem ter alteração alguma de uma vírgula passa a significar outra coisa. Querem um exemplo? Há um artigo do Código Civil, o de número 924, segundo o qual pode o Juiz reduzir a multa convencionada no contrato proporcionalmente ao adimplemento da avença. Pois bem, na época do individualismo que se seguiu ao Código Civil de 1916 até uns seres muito espertos, dotados de esperteza da técnica que é fundamental, os advogados punham no contrato: a multa será sempre devida por inteiro, qualquer que seja o tempo de adimplemento do contrato. De maneira que aconteceu um caso muito doloroso em São Paulo, quando uma pobre costureira, que havia cumprido o contrato até o 20º mês, na compra de uma máquina de costura, não conseguiu pagar as duas últimas prestações. O credor exigia, além da devolução da máquina, mais a multa por inteiro. Ora, pela primeira vez na história do direito brasileiro o Tribunal de Justiça de São Paulo declarou: ‘Alto lá! O contrato não pode prevalecer’ sobre a lei, sendo a ressalva contratual nula de pleno direito’. Até então não havia sido posta em dúvida a cláusula contratual, por entender-se que o artigo do Código Civil era apenas dispositivo. O Tribunal de São Paulo, ao contrário, entendeu, e entendeu bem, que essa norma legal era de ordem pública dirigida ao juiz para um juízo de equidade. Além disso determinou que o bem fosse avaliado, cabendo à costureira parte do valor apurado, o que a lei veio depois a consagrar”.⁵⁷

O direito se carrega, segundo a teoria tridimensional, de valores. Uma mesma regra – a do Código Civil que autorizava multa proporcional ao adimplemento de parcelas – fora diferentemente interpretada pelo mesmo órgão julgador, em tempos, neste caso, distintos. Até então, os julgadores se valiam da cláusula contratual em detrimento da previsão legal; para, num outro momento, reconhecerem o texto legal a despeito da disposição contratual. Questão de valor.

Exemplo recente a sustentar a teoria tridimensional de valores está no entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de prender antes do julgamento definitivo – sem trânsito em julgado – de uma sentença condenatória.

Explica-se: segundo o texto constitucional, artigo 5º, LVII, todos são iguais perante lei, não se considerando que ninguém seja culpado até o trânsito em julgado da sentença penal e condenatória.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 125.

O Código de Processo Penal, de outro lado, autoriza três tipos de prisão: i) em flagrante de delito; ii) cautelar, desde que fundamentada; e, iii) em virtude de sentença penal transitada em julgado.

Discutiu-se, no Brasil, com diferentes entendimentos, por bastante tempo, sem prejuízo da possibilidade de voltar ao debate sobre o tema, o direito de se prender réu antes que fosse definitivamente condenado – não sendo caso de prisão cautelar nem tampouco flagrante de delito. Em outras palavras, a possibilidade de levar-se à prisão antes mesmo do julgamento com trânsito em julgado, numa análise, a rigor, do que é o princípio da presunção de inocência. É possível, mesmo sem considerar o sujeito culpado, dado que não foi definitivamente julgado, recolhê-lo à prisão?

O Supremo Tribunal Federal tinha, até 2019, entendimento pela possibilidade de determinar-se a prisão após o julgamento de segunda instância. Vide ementa de acórdão do pretório excelso, a qual chancelava autorização do Estado para prender o condenado, mesmo sem trânsito em julgado da sentença condenatória.

“Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016 RTJ VOL-00238-01 PP-00118)”.⁵⁸

O Supremo, então, ante um arcabouço legal – Constituição Federal e Código de Processo Penal – consolidou entendimento de acordo com o qual era possível prender o réu a partir do julgamento exarado em sede de segunda instância.

Tempos depois, a partir de 2019, o Supremo voltou a firmar entendimento de acordo com o qual a prisão de réu só seria permitida após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – não mais a partir do acórdão de segunda instância. Vide acórdão – não é o paradigmático – mas que demonstra alteração de entendimento:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA.

⁵⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 126292/SP do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de maio de 2016. <Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 283 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (ADCs 43/DF, 44/DF e 54/DF). RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A execução antecipada da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, viola a garantia constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988) II – O art. 283 do CPP foi declarado constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. III – A decretação de prisão antes do trânsito em julgado somente se justifica na modalidade cautelar, quando preenchidos os requisitos do art. 312 do CPP. IV – O réu que respondeu ao processo em liberdade e que não teve prisão preventiva decretada em seu desfavor, deve iniciar a execução da pena após o trânsito em julgado da condenação. V – Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 151430 AgR-segundo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-274 DIVULG 10-12-2019 PUBLIC 11-12-2019)”.⁵⁹

Os dispositivos legais eram incontestavelmente os mesmos, mas interpretados de modo rigorosamente diferentes, ora para permitir-se, ora para vedar-se a prisão após o julgamento em segunda instância. Trata-se de uma demonstração de que, ao menos nestes casos, efetivou-se a Teoria Tridimensional: Fato, Norma e Valor. Os julgados sobre as mesmas regras alteraram-se, no tempo, em função dos valores de quem apreciou o tema.

Ainda no tema da questão relacionada a valores, o mesmo Supremo Tribunal Federal, a pretexto de analisar conduta de autor de livros que tinha o odioso objetivo de disseminar maus sentimentos em desfavor dos judeus, condenou o agente da conduta pelo crime de racismo.

O pretório construiu entendimento segundo o qual condutas hostis em função de orientação religiosa – católico, evangélico, espírita, judeu, umbandista, mulçumano – é crime de racismo. Isto é, qualquer discriminação de raça seria, a rigor, crime de racismo. Vide julgado:

“HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. 1. Escrever, editar, divulgar e comerciar livros "fazendo apologia de ideias preconceituosas e discriminatórias" contra a comunidade judaica (Lei 7716/89, artigo 20, na redação dada pela Lei 8081/90) constitui crime de racismo sujeito às cláusulas de inafiançabilidade e imprescritibilidade (CF, artigo 5º, XLII). 2. Aplicação do princípio da prescritibilidade geral dos crimes: se os judeus não são uma raça, segue-se que

⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 151430/DF da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 11 de dezembro de 2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416874/false>>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

contra eles não pode haver discriminação capaz de ensejar a exceção constitucional de imprescritibilidade. Inconsistência da premissa. 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo. Concepção atentatória dos princípios nos quais se erige e se organiza a sociedade humana, baseada na respeitabilidade e dignidade do ser humano e de sua pacífica convivência no meio social. Condutas e evocações atéticas e imorais que implicam repulsiva ação estatal por se revestirem de densa intolerabilidade, de sorte a afrontar o ordenamento infraconstitucional e constitucional do País. 6. Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, "negrofobia", "islamafobia" e o antisemitismo. 7. A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsiividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que fique, ad perpetuum rei memoriam, verberado o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática. 8. Racismo. Abrangência. Compatibilização dos conceitos etimológicos, etnológicos, sociológicos, antropológicos ou biológicos, de modo a construir a definição jurídico-constitucional do termo. Interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, conjugando fatores e circunstâncias históricas, políticas e sociais que regeram sua formação e aplicação, a fim de obter-se o real sentido e alcance da norma. 9. Direito comparado. A exemplo do Brasil as legislações de países adotados em seu ordenamento legal punições para delitos que estimulem e propaguem segregação racial. Manifestações da Suprema Corte Norte-Americana, da Câmara dos Lordes da Inglaterra e da Corte de Apelação da Califórnia nos Estados Unidos que consagraram entendimento que aplicam sanções àqueles que transgridem as regras de boa convivência social com grupos humanos que simbolizem a prática de racismo. 10. A edição e publicação de obras escritas veiculando ideias antissemitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam. 11. Explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseada na equivocada premissa de que os judeus não só são uma raça, mas, mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso. 12. Discriminação que, no caso, se evidencia como deliberada e dirigida especificamente aos judeus, que configura ato ilícito de prática de racismo, com as consequências gravosas que o acompanham. 13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser

exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica. 15. "Existe um nexo estreito entre a imprescritibilidade, este tempo jurídico que se escoa sem encontrar termo, e a memória, apelo do passado à disposição dos vivos, triunfo da lembrança sobre o esquecimento". No estado de direito democrático devem ser intransigentemente respeitados os princípios que garantem a prevalência dos direitos humanos. Jamais podem se apagar da memória dos povos que se pretendam justos os atos repulsivos do passado que permitiram e incentivaram o ódio entre iguais por motivos raciais de torpeza inominável. 16. A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstauração de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite. Ordem denegada. (HC 82424, Relator(a): MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00024 EMENT VOL-02144-03 PP-00524)".⁶⁰

O Tribunal determinou, assim, que orientação religiosa se relaciona com raça, de modo que discriminar alguém em função da sua orientação é, pois, crime de racismo. Perceba-se que, novamente, trata-se de valor. Para um caso de orientação religiosa, o Supremo fixou entendimento segundo o qual estamos diante de uma questão de raça. Novamente, a rigor, é a teoria tridimensional do direito utilizada pela corte constitucional brasileira. O conceito de raça partiu de um valor.

É possível extrair também, da teoria do jurista Miguel Reale, ainda que sustentado de outro modo, parte daquilo que se vê na teoria de sistemas de Niklas Luhmann. Para o sociólogo alemão, o direito é um sistema, conceituando-se como tal a partir da diferença com o ambiente.

As normas extraídas do Código de Processo Civil fazem parte do sistema do direito; entre as quais está o prazo de cinco dias para oposição de embargos declaratórios. Já o prazo estimado por um médico para um paciente melhorar está fora do sistema do direito, sendo, a rigor, uma informação hospedada no ambiente.

Ao se auferir renda, tem-se como consequência a necessidade de recolher imposto sobre a mesma grandeza, eis que esta normativa se encontra inserida no sistema do direito;

⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 82424/RS do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

o fato de ser proprietário de obra de arte, ao contrário, não faz nascer obrigação de levar aos cofres públicos qualquer tributo. O fato de ser proprietário de obra de arte não foi levado para dentro do sistema do direito, encontrando-se, apenas, no ambiente.

É possível que o fato de ser proprietário de obra de arte se insira no sistema do direito para gerar também obrigação de pagar tributo; para isso, o sistema se abre para permitir a inserção deste fato – ser proprietário de obra de arte – dentro dele, de modo a fazer nascer obrigação de pagar tributo. Enquanto um fato não se inserir no sistema não haverá obrigação de pagar tributo que sobre ele incida; será um fato do ambiente, não do sistema do direito. Este acoplamento, da inserção de um fato do ambiente no sistema do direito, depende, a rigor, de regras do sistema – as quais, como praxe, referem-se a alguma conduta que envolva ato legislativo.

Não se olvida que o principal objetivo deste trabalho é a tentativa de encontrar um caminho para identificar as ações coletivas. Com efeito, para as ações individuais, o critério de identificação passa pela análise das partes, causa de pedir e pedidos; em contrapartida, não há critério objetivo para identificar as ações coletivas, o que gera problema. Muitas das vezes, os critérios adotados não partem efetivamente do sistema do direito, mas daquilo que se tem do ambiente, de algo que está fora do sistema do direito.

A Teoria Tridimensional do Direito se utiliza, neste contexto, da tríade: fato, valor e norma. A norma é construída, sem dúvida, a partir de valores do legislador, ao qual caberá decidir, a partir destes seus valores, se, para fins de tributação, será acoplado ao sistema do direito o proprietário de obra de arte ou proprietário de veículo automotor, ou mesmo se ambos serão incluídos. Novamente, nas lições do jurista Miguel Reale:

“A meu ver, pois, não surge a norma jurídica espontaneamente dos fatos e dos valores, como pretendem alguns sociólogos, porque ela não pode prescindir da apreciação da autoridade (*lato sensu*) que decide de sua conveniência e oportunidade, elegendo e consagrando (através da sanção) umas das vias normativas possíveis. Todos os projetos de lei, em suma, em debate no Congresso, para dar um exemplo, perdem sua razão de ser quando um deles se converte em norma legal”.⁶¹

Em ambos os modelos, tanto para a Teoria Tridimensional do Direito quanto para a Teoria de Sistemas, a norma será resultado de um processo de escolha – carregado de valores – do legislador. Para Luhmann, com pouco mais de refinamento, a norma é

⁶¹ REALE, Miguel. *op.cit.*, p. 124.

produto de acoplamento do que está no ambiente para dentro do sistema; para Reale apenas de uma apreciação legislativa.

Todavia, é igualmente certo e necessário ter cautela na adoção da teoria tridimensional. A exacerbação da adoção de valores, em detrimento das normas, pode estimular a aplicação subjetiva da lei; os valores não de ser legítimos na hora de acoplar informações do ambiente para dentro do sistema.

Embora sejam adequados por ocasião da fixação de conceitos que não comportam definição legal, não se pode permitir a utilização de valores quando os conceitos são limitadores. Por exemplo, se a lei garante que um tributo só produz efeitos no ano seguinte ao da sua instituição, não há qualquer necessidade de valoração, pois se trata de matéria estritamente objetiva, o ano civil.

É necessário cuidado, todavia, tanto do legislador, em não ser omissos na hora de regular as condutas, quanto do julgador, em não se pautar por valores quando, a rigor, o texto da lei for suficientemente claro para sua aplicação.

O microssistema do processo coletivo permite, todavia, classificação das ações a partir de critérios por ele desenhados, não se permitindo adoção de métricas que estejam para além das normas, que estejam no ambiente ou apenas de valores.

Não é este, entretanto, dentro da propositura do trabalho, o campo adequado para tratar do microssistema do processo coletivo, sendo apenas um registro superficial de apresentação de uma das teorias do direito, a tridimensional.

2.2.3 – Pós-positivismo

A teoria pura do direito, essencialmente juspositivista, isola o fenômeno do direito de quaisquer outras especulações, morais ou religiosas, resumindo a análise do direito a juízos hipotéticos condicionais entre normas inseridas validamente em um sistema e ocorrências fáticas.

A teoria pura do direito ganhou uma variável a partir do tridimensionalismo, o qual, a rigor, não afasta do direito sua característica maior de aplicação de juízos hipotéticos condicionais, os quais estão atrelados a valores, como no exemplo da

definição pelo Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de determinar recolhimento à prisão após julgamento em segunda instância.

Estes valores, segundo o pensamento de Miguel Reale, não tangenciam conceitos morais. São apenas e estritamente valores. Pouco revela se o valor adotado pelo julgador, para determinar que um cidadão não seja levado à prisão após julgamento de segunda instância, está, ou não, condicionado à moral. São valores – morais, ou não.

A segunda metade do século XX, para além do já consagrado positivismo de Kelsen ou do tridimensionalismo do direito de Miguel Reale, nos reservou uma reaproximação de teoria do direito, ainda positivista, mas com a aplicação de valores morais.

Isto é, o aplicador do direito não se limitaria a fazer encaixe de normas (validamente inseridas no sistema) a fatos, ou tampouco fazer a aplicação adotando parâmetros valorativos desvinculados de quaisquer preceitos, mas, ao contrário, contemporaneamente, segundo uma teoria denominada de pós-positivista, o aplicador do direito está “condenado” a aplicar o direito, mas, junto com ele, deve aplicar e impregná-lo de preceitos morais.

Trata-se, então, da aplicação do direito com carga valorativa – moral. O pós-positivismo busca refundar a técnica jurídica, sem ignorar o direito estatalmente posto, a partir da adoção de princípios morais. Mascaro é deveras elucidativo neste particular:

“John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas, dentre tantos outros mais, todos esses pensadores, cada qual ao seu modo, criaram escolas para uma espécie de reintrodução da moral no fenômeno jurídico. Logo de imediato procedem de modo distinto daquele que foi típico do juspositivismo estrito, em suas variadas vertentes. Para Kelsen, tratava-se de extirpar a moral do direito para salvar a sua pureza científica, técnico-normativa. Para Reale, tratava-se de considerar o valor como constituinte do direito, mas sem fazer juízo sobre tal – os valores não querem dizer algo necessariamente positivo, podendo até mesmo ser maus valores, ou valores inapropriados, já que se manifestam social e historicamente. Mas para os novos filósofos moralistas do direito há de se buscar mecanismos pelos quais, normativamente, se atinja o virtuoso na relação entre direito e a sociedade. Se as normas jurídicas eram tidas por neutras na concepção mais técnica dos juspositivistas, nessa nova visão as normas jurídicas são reencantadas. O ganho político dessa nova visão é o exato oposto de sua qualidade teórica. Não se trata de uma moralidade nova, para além das normas, mas a moralidade nas normas. (...) Muitos denominam essa nova junção de direito e ética por pós-positivismo. Sob essa alcunha albergar-se-iam os pensadores do direito que buscam refundar uma apreciação moral sobre o fenômeno jurídico – e o acordo seria vasto, desde Dworkin e Alexy até pensadores de décadas anteriores, como Chaïm Perelman e Theodor Viehweg. As dificuldades de emparelhá-los são muitas. Além disso, o termo pós-positivismo pressupõe uma espécie de superação do positivismo, o que não é

necessariamente o caso, na medida em que todos ainda mantem referências no nível normativo estatal, sendo, pois, ainda juspositivistas”.⁶²

O pós-positivismo é teoria que se afasta do direito puro, bruto, reclamando, na análise do fenômeno, o emprego, para além dos juízos hipotéticos normativos, de moral e idealismo. O direito tem que ser aplicado com conotação moral.

Há um problema, todavia, nessa forma de aplicar o direito dentro de um quadrante moralmente adequado; o inconveniente é identificar o que é moralmente adequado a partir das premissas legais presentes no ordenamento.

O que é idealmente razoável na aplicabilidade dos dispositivos legais é tarefa árdua, contínua e, desde já, inacabada. Não é possível objetivamente delimitar o que é razoavelmente moral ou ideal na aplicação de dispositivos legais. Neste sentido, a lição de Dimoulis:

“Mesmo os doutrinadores que não propõem uma definição do termo deixam claras as conotações moralistas e idealistas, dizendo que o pós-positivismo abandona a postura descritiva e mescla a descrição com a avaliação do sistema do direito, isto é, o ser do direito com referências ao dever-ser ideal. O mesmo ocorre quando se classificam sob esse rótulo autores que, em nome da justiça e da tradição casuística medieval, desconsideram a normatividade estatal, como é o caso de Theodor Viehweg (1907-1988), autores que consideram a interpretação jurídica como exercício de retórica sem vínculos normativos claramente definidos em nome da abstrata ‘razoabilidade’, como é o caso de Chaïm Perelman (1912-1984), e, finalmente, autores de orientação abertamente moralista como Ronald Dworkin e Robert Alexy. Constatamos aqui a insistência na crença metafísica em uma justiça que se identifica com a verdade, ignorando os debates filosóficos do século XX que levaram ao abandono do dogmatismo idealista. Retomam-se, assim, as vetustas tradições do idealismo e de exaltação retórica da missão ética dos operadores do direito, na tentativa de legitimar o atual (‘nosso’) ordenamento jurídico como justo e moralmente adequado, sem indicar os fundamentos jurídicos desse ‘dever de justiça’ e sem explicitar os métodos que permitiram encontrar a solução justa em cada caso”.⁶³

Não se ignora que a Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale, trabalha com valor na aplicação do direito, não se tratando, entretanto, de valor que esteja atrelado à moral ou àquilo que seja idealmente razoável. É um valor – moralmente adequado, ou não.

⁶² MASCARO, Alysson Leandro. *op.cit.*, p. 312.

⁶³ DIMOULIS, Dimitri. *op.cit.*, p. 51-52.

O pós-positivismo tangencia direito aplicado atrelado à moral, enquanto a teoria tridimensional tangencia – sem que seja moralmente adequado – o valor.

O direito bruto, legislado, para os pós-positivistas, não oferece o suficiente; o direito não se esgota com a descrição legal, reclamando, pois, utilização de outros elementos para além do fenómeno linguístico legislado; depende, pois, de inserção de critérios morais para dar validade ao direito. É o que, também, professa Alexy:

“Aquele que toma como objeto da dimensão empírica a cognição do direito positivo válido tem que pressupor conceitos amplos e polifacetados de direito e de validade. A dimensão empírica não se esgota com a descrição do direito nas leis, pois inclui também a descrição e o prognóstico da práxis jurisprudencial. O objeto da dimensão empírica engloba, portanto, mais que o conceito de direito e de validade do positivismo jurídico. Os motivos para tanto, no âmbito dos direitos fundamentais, são facilmente perceptíveis. Devido à abertura de suas normas, a simples cognição do direito legislado não oferece muita coisa. Mesmo aqueles que defendem um conceito positivista de direito e de validade – seja como jurista, ao escrever um comentário aos direitos fundamentais, seja como advogado, ao assessorar um cliente em questões de direitos fundamentais, seja como juiz constitucional, ao fundamentar uma decisão – não podem renunciar à cognição e ao manuseio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal”.⁶⁴

É possível sustentar que para os pós-positivistas o direito depende, para além do direito bruto, de elementos morais. A aplicação do direito ficará à mercê de premissas morais, as quais, como se sabe, não são objetivamente identificadas no quadrante do sistema de leis.

A aplicação do direito a partir de preceitos morais lhe oferece, então, um viés rigorosamente interpretativo, aberto. O aplicador está autorizado, segundo viés pós-positivista, a aplicar a – desconhecida – moral. Dá ao direito, então, um carácter absolutamente aberto e interpretativo. Neste particular, temos as lições de Rafael Tomaz:

“Assim, nos quadros do chamado pós-positivismo, o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva de sua interpretação ou da sua concretização”.⁶⁵

⁶⁴ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 5º Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 36.

⁶⁵ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *op.cit.*, p. 107.

Assim, em última análise, embora este não seja o escopo essencial deste trabalho, o pós-positivismo sustenta que o direito é fenômeno que tangencia aplicação das normas frias atreladas a critérios morais.

2.3 – Teoria Não-juspositivista

A teoria conhecida como pura trabalha o direito a partir do seu texto bruto, separando-o, por completo, de valores morais e religiosos; a teoria crítica trabalha o fenômeno jurídico a partir, por certo, de instrumento de dominação social – como será adiante apreciado.

Há teorias que não são positivistas e tampouco enxergam no direito fenômeno de dominação ou opressão social. São conhecidas, comumente, como não positivistas. As há de diferentes tipos. Destacar-se-á duas delas: i) a que trabalha o direito a partir de instrumento de dominação de poder (diferenciando-se daquela que sustenta o direito a partir de dominação social); e, ii) a que, fugindo da concepção juspositivista, constrói o direito a partir da hermenêutica, uma teoria de decisão, afastando-se do brocado segundo o qual o julgador é um “boca da lei”.

O direito, como lembra Mascaro ao citar Schmitt, é instrumento que se manifesta socialmente como verdadeira expressão de poder. Este último fenômeno – o poder – é a base do direito.

“De algum modo, além do uso da ferramenta hermenêutica, há de se entender também, nessa ampla visão existencial sobre o direito, o primado da compreensão do poder sobre a norma. O direito não é expressão limitada e automática do comando normativo; pelo contrário, manifesta-se socialmente como uma expressão de poder. Por isso, avançando para além da normatividade, as visões não juspositivistas hão de se abrir em muitas possíveis abordagens. Além da vertente existencial, há de se revelar, também, um caminho que avança na compreensão do poder como ato que funda o direito, como o arbítrio ilimitado e original. A decisão a partir da norma jurídica é um mero ato burocrático, de praxe, mas a decisão que instaura a ordem é a manifestação mais pura do poder. Carl Schmitt é o teórico mais importante dessa visão do poder para além do direito. O decisionismo, que encontrou em Schmitt o seu mais vigoroso pensador do século XX, é claro ao ultrapassar o confinamento normativo estatal dos juspositivistas”.⁶⁶

⁶⁶ MASCARO, Alysson Leandro. *op.cit.*, p. 297.

O poder, então, é a base do direito; o direito é apenas fenômeno que instrumentaliza o poder. Não é, pois, necessariamente fenômeno de opressão social, como defendera Marx, mas, a rigor, fenômeno que se sustenta a partir do poder.

Schmitt, novamente citado por Mascaro, potencializa sua teoria a partir das exceções, especialmente aquelas que permitem o uso indiscriminado de poder, fugindo, pois, das formalidades ordinárias do direito.

“Carl Schmitt postula o fenômeno jurídico de modo intimamente ligado às manifestações do poder. O direito não é compreendido como uma processualidade formal e automática, isto é, como se fosse uma decorrência lógica de competências previamente estabelecidas, como se fosse uma cadeia infinita de produção de normas jurídicas. Pelo contrário, o direito é compreendido como se fosse uma cadeia infinita de produção de normas jurídicas. Pelo contrário, o direito é compreendido como decisão independente das normas, como ato que instaura uma condição que não haveria de outro modo. (...) O cumprir automático das regras, tal qual uma pirâmide do ordenamento das normas, seria típico de uma visão liberal, juspositivista, de inspirações próximas a Kelsen. No entanto, para Carl Schmitt, não é nessas circunstâncias que se compreende a verdade do direito. É verdade que haja uma cadeia de normas e competências formalmente dadas, que os juristas operam num nível quase mecânico, mas o fenômeno jurídico se revela muito mais na exceção, no descumprimento da regra, porque nessa circunstância desnuda-se o poder, e, portanto, o real eixo da gravidade que sustenta as próprias normas”.⁶⁷

A exceção confirma o direito, assim, como instrumento de poder. Na exceção, fugindo dos aspectos formais, surge ao dirigente político possibilidades extraordinárias, não normalmente previstas. Exemplo moderno, a confirmar esta teoria, seria, por hipótese, a possibilidade de o Presidente da República decretar o estado de sítio⁶⁸ e as consequências dele decorrentes.

A regra é menos importante que a exceção, eis que a exceção constrói, a rigor, a própria teoria. A exceção não pode ser excluída do conceito, de modo que, sem a exceção, não se pode falar no que é efetivamente o direito; daí que, se a exceção permite um instrumento de poder para além das formalidades, significaria que o direito, para além de ser formal, é um rigoroso arcabouço de poder. A exceção, neste particular, repete-se, é mais importante que a própria regra:

“Uma filosofia da vida concreta não pode se retrair diante da exceção e do caso extremo, porém deve interessar-se por isso em grande medida. A ela deve ser mais importante a exceção do que a regra, não por uma ironia romântica

⁶⁷ *Ibid.*, p. 326.

⁶⁸ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio.

pelo paradoxo, mas com toda a seriedade de um entendimento que se aprofunda mais que as claras generalizações daquilo que, em geral, se repete. A exceção é mais interessante que o caso normal. O que é normal nada prova, na exceção se comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição. Um teólogo protestante, no século XIX, provou de que intensidade vital a reflexão teológica pode ser capaz: ‘A exceção explica o geral e a si mesma’. E, quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com o tempo, fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral. Comumente, não se nota a dificuldade por não se pensar no geral com paixão, porém com uma superficialidade cômoda. A exceção, ao contrário, pensa o geral com paixão enérgica”.⁶⁹

O direito é um sistema, a rigor, o que se explica pelas exceções, segundo Schmitt, de dominação de poder. Se há exceções a permitirem excepcionalidades acerca do formalismo legal, de modo a outorgar poderes extraordinários e individuais ao chefe de Estado, o direito é um fenômeno atrelado à ideia de dominação de poder.

Para além daqueles que enxergam o direito como instrumento de dominação de poder, é incontestável, há aqueles outros que veem no direito a necessidade de consolidá-lo, sustentá-lo, a partir de uma teoria hermenêutica, uma teoria interpretativa.

Os teóricos que procuram desenvolver o direito baseados em uma teoria interpretativa sustentam suas convicções a partir da necessidade de refutar a discricionariedade outorgada, pelos positivistas, aos juízes; se para os positivistas a interpretação é um ato reprodutivo, discricionário, para os não-positivistas, defensores da teoria hermenêutica de direito, a interpretação é um “mero” ato de produção, não havendo discricionariedade ao aplicador da lei para construí-la.

A teoria hermenêutica sugere que não há discricionariedade no ato do juiz, eis que ao julgador caberá escolher apenas um significado válido para aquele problema; para Gadamer, construir uma teoria de interpretação deixará o direito mais justo, pois, é certo, os jurisdicionados não ficarão à mercê da vontade do julgador. Neste sentido, Ana Maria D’Avila Lopes esclarece:

“A sujeição do juiz à lei já não é, como no velho paradigma positivista, sujeição à letra da lei, seja qual for o seu significado, senão sujeição à lei enquanto válida. A validade, por outro lado, já não é um dogma ligado à simples existência formal da lei, senão uma qualidade contingente ligada à coerência mais ou menos discutível e sempre remetida à valorização do juiz. Dessa maneira, a aplicação da lei é um juízo sobre ela, tarefa que corresponde ao juiz

⁶⁹ SCHMITT, Carl. Teologia política. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

junto com a responsabilidade de escolher um único significado válido para o caso. O juiz nunca deve ter uma opção acrítica e incondicionada. Neste sentido, a importância da teoria hermenêutica em Gadamer é fundamental para análise da nova visão do Direito contemporâneo, pois, como ele afirmou, a hermenêutica jurídica permitirá uma aplicação mais justa do Direito (...).⁷⁰

A teoria hermenêutica, então, neste particular, busca por termo à teoria positivista, dentro da qual, embora se trabalhe com direito bruto, se sustenta a possibilidade do julgador, com discricionariedade, sendo ato de vontade, fazer juízo acerca da lei; a teoria hermenêutica se consolida a partir da necessidade de afastar múltiplas interpretações, remanescendo, a rigor, apenas aquela que o intérprete esteja autorizado a fazer.

Não se pode admitir, assim, pela teoria hermenêutica, a partir de textos equivalentes, interpretações destoantes; exemplificando, definir uma ação individual a partir do tripé partes, causa de pedir e pedido é uma interpretação afinada; por outro lado, não há caracterização da ação coletiva em nível legal, havendo que se buscar, dentro do sistema, classificações outras acerca da maneira de identificá-las.

Se classificarmos ação coletiva a partir do tripé do processo individual, é possível que tenhamos bastante dificuldade em vislumbrar duas ações idênticas – uma igual à outra.

Com efeito, uma ação proposta por uma associação de bairros com o objetivo de impedir que a igreja daquela localidade funcione para além das vinte e três horas não será idêntica à ação proposta pelo Ministério Público que tenha por escopo proibir que a mesma igreja continue seu funcionamento para além daquele mesmo horário, e que, por outra vez, também não será idêntica à ação ajuizada por um vizinho para tentar proibir o funcionamento da mesma igreja.

Nestes casos, as ações são supostamente diferentes porque as partes são todas diferentes; ou, para outros intérpretes, haveria identidade entre as ações em função daquilo que seu objeto pode produzir, ou em função do resultado que o conteúdo da sentença possa oferecer. Sem dúvida, é possível encontrar uma cesta de interpretações porque não há taxativa e friamente na lei previsão acerca dos critérios para identificação

⁷⁰ LOPES, Ana Maria D'Ávila. A hermenêutica jurídica de Gadamer. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 145, jan./mar. 2000, p. 101-112.

de ação coletiva. Ao juiz, então, para o positivismo, seria discricionário escolher a interpretação que mais lhe convence, tratando-se de ato de vontade.

A teoria hermenêutica rompe com este ato de vontade. A interpretação, para esta teoria, não é discricionária; a interpretação é vinculada, não sendo possível ao aplicador fazer uso de outra interpretação que não aquela já previamente fixada; não é possível legitimar variadas interpretações para um mesmo fato. É o que professa Lenio Streck, refutando sempre a discricionariedade do julgador:

“Em (duros) tempos de pós-positivismo, estamos condenados a interpretar. Gadamer nos ensinou que interpretar a lei é um ato produtivo e não reprodutivo, mostrando a superação da hermenêutica clássica pela hermenêutica filosófica. (...) De todo modo, vale a pergunta: qual seria a validade (ou o sentido) de uma hermenêutica jurídica que admitisse ‘qualquer resposta’, enfim, de uma hermenêutica que admitisse, como Kelsen, que a interpretação judicial é um ato de vontade? Qual seria a utilidade de uma hermenêutica que admitisse até mesmo múltiplas respostas para um mesmo caso ‘concreto’? Qual seria a razão de ser de uma teoria hermenêutica que admitisse que o direito é aquilo que o ‘intérprete autorizado’ diz que é? Sem medo de errar, nada mais, nada menos, isso seria retornar ao último princípio epocal da metafísica moderna: a vontade do poder”.⁷¹

Há um detalhe bastante importante: a teoria hermenêutica objetiva, em última análise, afastar discricionariedade, atos de vontade do aplicador da lei; este ficaria limitado a alguns quadrantes interpretativos.

Isto não quer dizer, todavia, que ao aplicador do direito não seja permitido interpretar, mas, ao contrário, a ele são dadas possibilidades de definir entendimento acerca de um mesmo texto; há, porém, limitações as mais severas. O aplicador do direito não pode interpretar, segundo a teoria hermenêutica, de acordo com preferências pessoais, valores morais ou orientações individuais de quaisquer origens.

A teoria hermenêutica reclama que o intérprete, porém, ao largo de valores pessoais, faça aferição de decisões anteriores, da aplicabilidade de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição Federal, limitando-se aí, neste quadro sintético, os limites interpretativos do operador do direito. É o que, inclusive, enuncia Lenio Streck:

“Aqui, cabe, mais uma vez, a advertência: o não relativismo propugnado pela hermenêutica e sua aversão à discricionariedade não significa proibição de interpretar (...). Mas, atenção: admitir que cada sujeito possua preferências pessoais, intuições, valores etc. — o que é inerente ao modo próprio de ser-no-

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. *op.cit.*, p. 62.

mundo de cada pessoa – não quer dizer que não possa haver condições de verificação sobre a correção ou veracidade acerca de dada decisão que esse sujeito tomar (principalmente se se tratar de um juiz), isto é, nada disso quer significar que dependemos apenas dos aspectos linguísticos ou limites semânticos dos textos jurídicos para esse desiderato. Com feito, há sempre um significado do texto (e texto é sempre um evento) que não advém tão somente do ‘próprio texto’, mas, sim, de uma análise de decisões anteriores, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade do texto com a Constituição. O grau de exigência de fundamentação/justificação da interpretação alcançada aumentará na medida em que essa significação atribuída ao texto se afastar dos ‘aspectos linguísticos’.⁷²

O texto será interpretado, mas, a rigor, o será com respeito a alguns quadrantes interpretativos, não sendo possível que o intérprete faça quaisquer e indiscriminados tipos de interpretação; a teoria hermenêutica, repete-se, não afasta possibilidades interpretativas, mas as limita; o aplicador não está autorizado a fixar qualquer interpretação. Estes quadrantes que limitam a interpretação tangenciam a Constituição Federal, a limitação com decisões anteriores e aplicação coerente de cada uma delas. É o que, novamente, professa Streck:

“Dito de outro modo, se o método, para o paradigma representacional, é/foi o supremo momento da subjetividade, a decretação de sua superação – como magistralmente fez Gadamer – não quer dizer que, a partir de então, seja possível ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’. Ao contrário: se o método colocava a linguagem em um plano secundário (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), manipulável pelo sujeito solipsista, a intersubjetividade que se instaura com o giro linguístico-ontológico exige que, no interior da própria linguagem, se faça o controle hermenêutico (entre outras coisas, levar-se o texto a sério, circunstância que se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especial especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito)”.⁷³

Trata-se, pois, de visão de direito que trabalha com a compreensão, com a interpretação; mas, de outro lado, limita as variáveis interpretativas. Não há discricionariedade, há limitação. É o modo de aplicar o direito, fixando modos de compreensão do texto. É o que professa Gadamer:

“Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe, pois, uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia. A ideia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação.

(...)

O modelo da hermenêutica jurídica mostrou-se, pois, efetivamente fecundo. Quando se sabe autorizado a realizar a complementação do direito, dentro da função judicial e frente ao sentido original de um texto legal, o que faz o jurista

⁷² *Ibid.*, p. 326.

⁷³ *Ibid.*, p. 331.

é exatamente aquilo que ocorre em qualquer tipo de compreensão. Assim, fica claro o sentido da aplicação que já está de antemão em toda forma de compreensão. A aplicação não é o emprego posterior de algo universal, compreendido primeiro em si mesmo e depois aplicado a um caso concreto. É, antes, a verdadeira compreensão do próprio universal que todo texto representa para nós. A compreensão é uma forma de efeito, e se sabe a si mesma como tal efeito”.⁷⁴

Assim, pois, como conclusão, a teoria hermenêutica trabalha o direito a partir de limitação interpretativa. Não é dado ao aplicador do direito interpretá-lo com discricionariedade, mas, ao contrário, observando alguns parâmetros: i) compatibilidade com Constituição; ii) análise de decisões anteriores; e, iii) aplicação coerente de tais decisões.

A teoria hermenêutica não refuta o texto legal, mas, ao contrário, partindo dele, reclama ao intérprete a necessidade de absorvê-lo dentro de algumas premissas legais, limitados a alguns pressupostos interpretativos.

Trata-se, de outro lado, de teoria que reforça a necessidade de afastar valores pessoais – como sugere o positivismo puro – da aplicação da norma; mas garante, de outro ponto, necessidade de fixar – calcados em decisões anteriores, na coerência entre elas e na Constituição Federal – pressupostos limitados de interpretação.

2.4 – Teoria Crítica

A tentativa de encontrar uma teoria do direito é tarefa contínua, mas, sempre, inacabada. Passou-se, de início, pela teoria juspositivista (pura, eclética ou pós-positivista) do direito. Não se ignorou, ademais, os que sustentam o direito a partir de relações de poder, mas, agora, pretende-se esboçar aquela que ficara conhecida como a teoria crítica do fenômeno direito. Em outras palavras, passa-se – mesmo que superficialmente – a aferir uma teoria que encara o direito a partir de um contexto de opressão social.

O juspositivismo puro tem seu referencial teórico maior em Hans Kelsen; a teoria crítica em Karl Marx.

⁷⁴ GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, v. I, 2014, p. 356.

Procurando construir uma teoria do direito, Evgeni Pachukanis, um dos grandes estudiosos da teoria marxista, faz uma reflexão crítica acerca da teoria pura; sugere que os juspositivistas limitam-se a analisar o fenômeno legal, mas, a rigor, ignoram o processo de elucubração dos textos legislativos. Dito de outro modo, legislar, para os defensores da teoria pura, não é parte do direito. É o que, criticamente, sustenta Pachukanis:

“No plano do dever-ser jurídico, existe apenas a passagem de uma norma a outra, de acordo com uma escala hierárquica em cujo topo se encontra a autoridade suprema que elabora as normas – um conceito-limite do qual a jurisprudência parte como dado. Tal aproximação das tarefas da ciência do direito foi representada por um dos críticos de Kelsen na forma da seguinte apelação caricatural de um jurista a um legislador: ‘Quais leis vocês devem promulgar nós não sabemos nem é algo que nos preocupa. Isso diz respeito à arte de legislar, que nos é estranha. Promulguem as leis como bem entenderem. E só quando tiverem promulgado alguma lei nós lhes explicaremos em latim que tipo de lei vocês promulgaram’”.⁷⁵

Os precursores daquilo que se convencionou denominar de teoria crítica do direito refutam a teoria pura porque sustentam que o processo de formação do direito, a tal “arte de legislar”, é também produto do direito. Para além disso, é indubitável, segundo os defensores dessa teoria, que o resultado do processo legislativo é um conjunto de enunciados que, ao final, representam fenômeno de opressão da burguesia, das classes dominantes.

O estudo da teoria crítica do direito, para além de se contrapor à teoria pura, inicia-se pela perspectiva marxista de encarar a economia e o sistema social; Karl Marx, economista e filósofo prussiano, sustentava que a sociedade capitalista observava o trabalhador apenas como um elemento capital – no sentido de produzir dinheiro.

A sociedade só enxergava o capital, de modo que o trabalhador, enquanto produtor de capital, e apenas neste contexto, estava incluído em seu horizonte; o mendigo, por exemplo, era invisível para a sociedade porque não produzia capital.

“O trabalhador apenas existe como trabalhador tão logo exista para si como capital, e ele apenas existe como capital, tão logo exista um capital para ele. A existência do capital é a sua existência, sua vida, tal como determina o conceito de sua vida de modo indiferente a ele. Por isso, a economia nacional desconhece o trabalhador desocupado, o homem do trabalho na medida em que ele se encontra fora dessa relação de trabalho. O safado, o malandro, o trabalhador sem ocupação, faminto, miserável e criminoso, são figuras que não existem para ela (economia), mas sim para outros olhos: os do médico, do juiz, do coveiro, do vigia, de mendigos, etc., são fantasmas fora de seu domínio. É

⁷⁵ PACHUKANIS, Evgeni B. Teoria Geral do Direito e Marxismo. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1ª. ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2017, p. 70. Apud J. OFNER, Das soziale Rechtsdenken. O Pensamento social do direito. Stuttgart, F. A. Perthes, 1923, p. 54.

por isso que para ela as necessidades do trabalhador são apenas necessidades de mantê-lo durante o trabalho, a fim de impedir a extinção da raça trabalhadora. Desse modo, o salário tem inteiramente o mesmo sentido que a manutenção, conservação de qualquer outro instrumento de produção; como consumo do capital em geral que é necessário para a reprodução de juros; como o óleo que se coloca nas rodas para mantê-las em movimento”.⁷⁶

A reflexão segundo a qual o trabalhador era alvo da sociedade apenas como produtor de capital é deveras relevante; ela nos revela outra possibilidade: a sociedade capitalista só se preocupava com produtores de capital. Assim, antecipa-se, a teoria crítica do direito sustenta que, conseqüentemente, o direito se atentará para aqueles que, igualmente, produzam capital, dado que o direito é um fenômeno integrante do sistema social.

Karl Marx faz uma analogia na tentativa de demonstrar que o homem só existe enquanto detentor de capital, possuidor de riqueza. O filósofo prussiano compara a fé com riqueza, com propriedade privada; usa o exemplo de Martinho Lutero⁷⁷, o qual reconheceu apenas a fé – afastando-se de dogmas católicos – como essência do mundo real da religião.

O teólogo compreende fé como parte da essência do homem. De outro lado, a riqueza, a propriedade privada, é, segundo Marx, o próprio homem; não existe riqueza, segundo o mundo capitalista, para além do homem; da mesma maneira que, para Lutero, não existe religião sem fé, para a sociedade capitalista, que não se preocupa com o mendigo por exemplo, não existe homem sem propriedade privada.

“Tal como Lutero reconheceu a fé como a essência do mundo real da religião e se opôs, assim, ao paganismo católico, bem como aboliu a religiosidade externa ao fazer da religiosidade a essência interior do homem; e negou o padre existente fora do leigo, deslocando-o para dentro de seu coração; assim, a riqueza existente fora do homem e independente dele – logo, apenas mantida e afirmada de modo exterior – é abolida, ou seja, essa sua objetividade exterior impensada é abolida na medida em que a propriedade privada incorpora-se no homem e reconhece o próprio homem como sua essência, mas, desse modo, o próprio homem é colocado na determinação da propriedade privada, tal como em Lutero na da religião”.⁷⁸

⁷⁶ MARX, Karl. Manuscritos econômico-filosóficos. Tradução: Luciano Cavini Martorano. 3ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2017, p. 212.

⁷⁷ Martinho Lutero, teólogo germânico, nascido em 1483 e falecido em 1546, desafiou alguns dogmas da igreja católica e foi excomungado. Propôs, em suas teses, que o perdão de pecados não se alcançaria por indulgências econômicas, mas, a rigor, apenas pela fé em Deus.

⁷⁸ MARX, Karl. Manuscritos econômico-filosóficos. Tradução: Luciano Cavini Martorano. 3ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2017. p. 224.

Percebe-se, assim, que para a sociedade do capital o homem só existe enquanto detentor de riqueza, enquanto titular de propriedade privada; da mesma maneira que não existe religião sem fé, não existe homem se não com riqueza, se não detentor de capital.

Marx enumera alguns exemplos, a partir de textos legais, a evidenciarem que os homens não são sujeitos de direitos se não detentores de capital; o homem, só é homem, não se tratando de distinção de gênero, mas apenas de um ser social, com reconhecimento de direitos para a sociedade, a partir do instante em que acumula, por menor que seja, um capital.

A legislação e o sistema do direito estariam, então, a serviço do sistema social; a sociedade é estrutura que se prestava a atender os interesses burgueses, razão pela qual, numa regra de três simples, o direito também se prestaria ao mesmo papel – atender a interesses burgueses.

A construção do raciocínio do filósofo prussiano parte de um exemplo dos trabalhadores camponeses que, ao fim do regime feudal, não migraram para a indústria; o seguimento da indústria não teve condição de absorvê-los e, diante de extrema dificuldade, dado que não conseguiram voltar ao trabalho rural, alguns poucos por vontade, a maioria por dificuldade, tornaram-se ladrões ou mendigos.

“Os que foram expulsos de suas terras com a dissolução das vassalagens feudais e com a expropriação intermitente e violenta – esse proletariado sem direitos - não podiam ser absorvidos pela manufatura nascente com a mesma rapidez como que se tornavam disponíveis. Bruscamente arrancados das suas condições habituais de existência, não podiam enquadrar-se, da noite para o dia, na disciplina exigida pela nova situação. Muitos se transformaram em mendigos, ladrões, vagabundos, em parte por inclinação, mas, na maioria dos casos, por força das circunstâncias. Daí ter surgido em toda a Europa Ocidental, no fim do século XV e no decurso do XVI, uma legislação sanguinária contra a vadiagem”.⁷⁹

O direito não se preocupava com essa massa de trabalhadores, o que se confirma, de outro lado, com a migração do feudo para a ocupação de bandido ou mendigo. Ou seja, findo o sistema feudal, não houve nenhuma política de acolhimento para estes trabalhadores – não possuidores de riquezas; não por outro motivo, transformaram-se em

⁷⁹ MARX, Karl. O Capital. Crítica da Economia Política. Livro 1, volume 2. Tradução: Reginaldo Sant’Anna. 35ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022, p. 856.

ladrões e mendigos. Para a sociedade, e também para o direito, dado que sem patrimônio, não representavam absolutamente nada.

Faz-se um paralelo com a abolição da escravatura, ocorrida em 1888, no Brasil. Aos negros fora dada a necessária e indispensável carta de alforria, mas não lhes foi garantido educação, saúde e assistência, razão pela qual, a rigor, tinham liberdade formal, mas não tinham caminhos materiais.

Marx ilustra com algumas hipóteses reais qual era o objetivo do arcabouço do direito, qual seja, oprimir os menos abastados. Há variadas leis, nos mais diversos locais do espaço, que se prestavam a garantir direitos apenas aos detentores de capital, aos burgueses; na Inglaterra do século XVI, por exemplo, os “vagabundos” seriam amarrados atrás dos carros e açoitados até que o sangue lhes corresse sobre o corpo; aquele que se recusasse a trabalhar, em lei de 1547, seria condenado como escravo da pessoa que o denunciou. Nas lembranças de Marx:

“Essa legislação começou na Inglaterra, no reinado de Henrique VII. Henrique VIII, lei de 1530 – Mendigos velhos e incapacitados para trabalhar têm direito a uma licença para pedir esmolas. Os vagabundos sadios serão flagrados e encarcerados. Serão amarrados atrás de um carro e açoitados até que o sangue lhes corra pelo corpo; em seguida, prestarão juramento de voltar à sua terra natal ou ao lugar onde moraram nos últimos 3 anos, ‘para se porem a trabalhar’. Que ironia cruel! Essa lei é modificada, com acréscimos ainda mais inexoráveis, no ano 27 do reinado de Henrique VIII. Na primeira reincidência de vagabundagem, além da pena de flagelação, metade da orelha será cortada; na segunda, o culpado será enforcado como criminoso irreversível e inimigo da comunidade. Eduardo VI – uma lei do primeiro ano de seu governo, 1547, estabelece que, se alguém se recusar a trabalhar, será condenado como escravo da pessoa que o tenha denunciado como vadio. O dono deve alimentar seu escravo com pão, água, bebidas fracas e restos de carne, conforme achar conveniente”.⁸⁰

Os sistemas normativos prestavam-se, então, a garantir direitos dos detentores de patrimônio e aqueles que não queriam produzir capital, eram, até mesmo, escravizados; o sistema voltava-se, pois, para o capital. O direito era, também, consoante a teoria marxista, produto do capital.

O Estado se voltava, assim, com seu sistema legal, a garantir os interesses da burguesia, de modo que os textos normativos eram empregados, apenas, como maneira de garantir acumulação de patrimônio, naquilo que o teórico prussiano denominou de mais-valia. Não se garantia interesse do que não queria trabalhar, nem, é certo, do próprio

⁸⁰ *Ibid.*, p. 856.

trabalhador; as garantias, a rigor, se voltavam a legitimar o sistema de acumulação de patrimônio.

“Ainda se empregará a violência direta, à margem das leis econômicas, mas doravante apenas em caráter excepcional. Para a marcha ordinária das coisas, basta deixar o trabalhador entregue às ‘leis naturais de produção’, isto é, à sua dependência do capital, a qual decorre das próprias condições de produção e é assegurada e perpetuada por essas condições. Mas as coisas corriam de modo diverso durante a gênese histórica da produção capitalista. A burguesia nascente precisava e empregava a força do Estado para regular a mais-valia, para prolongar a jornada de trabalho e para manter o próprio trabalhador num grau atenuado de dependência. Temos aí um fator fundamental da chamada acumulação primitiva”.⁸¹

O direito é fenômeno – segundo Marx –, ainda que não taxativa e especificamente analisando o instituto, mas sim tangencialmente, de opressão social.

A República Socialista Federativa Soviética da Rússia, resultado da revolução russa, movimento que derrubou o império russo, fundou a primeira república socialista do mundo, a soviética.

Um dos órgãos dessa república era o colégio do Comissariado do Povo, dentro do qual, segundo relatou Stutchka, jurista russo falecido em 1932 e importante teórico marxista, conceituou-se o direito – a pretexto de estabelecer princípios norteadores do direito penal na república soviética – como fenômeno de relações sociais correspondentes aos interesses dominantes e protegidos pela força organizada.

Não há dúvidas de que, na União Soviética, pretendia-se reformar, em nível prático, o conceito de direito. Ansiava-se por afastar o fenômeno jurídico da sua característica de opressor social. Mas é igualmente certo que o conceito de direito passava – na teoria de Marx – por regular relações sociais, mas sempre de modo a atender os interesses dominantes. Os marginais – os que não produziam capital – não eram atingidos pelo direito.

O jurista soviético Evgeni Pachukanis, grande referencial da revolução russa, teórico marxista, sustenta que o poder estatal de coerção – que diferencia o direito dos demais sistemas – está, igualmente, à disposição da burguesia. As normas estatais, a rigor, citando Lenin, servem para manter, enquanto estrutura do direito, os direitos burgueses; não dos demais cidadãos:

⁸¹ *Ibid.*, p. 859.

“Marx diz sobre a necessidade de um poder estatal que assegure, por meio da coerção, o cumprimento dessas normas do direito ‘desigual’, que conserva suas ‘limitações burguesas’, mas isso fica claro por si mesmo. A esta conclusão chega Lenin: ‘O direito burguês, no que concerne à repartição dos bens de consumo, pressupõe, evidentemente, um Estado burguês, pois o direito não é nada sem um aparelho capaz de impor a observação de suas normas. Acontece que não só o direito burguês subsiste no comunismo durante certo tempo, mas até o Estado burguês – sem a burguesia’”.⁸²

A teoria crítica do direito, cujo maior referencial é Karl Marx, sustenta que o direito é um sistema de opressão social, a serviço das classes dominantes. As normas do direito, que são coercitivas, que autorizam o uso da força do Estado, estão a serviço do sistema burguês.

É fora de dúvida, então, se tratar de uma teoria que não analisa o direito como fenômeno isolado, bruto, mas, ao contrário, desde a gestação até o nascimento do produto legislado, inclusive com sua aplicação, está sempre a serviço das classes dominantes. Direito é instrumento de opressão social.

⁸² PACHUKANIS, Evgeni B. *op.cit.*, p. 187-188.

3. TEORIA DE SISTEMAS

3.1 – Importância do Estudo de Sistemas

O sistema impõe organização e método e, por outro lado, representa também um limite. É noção de caminho a ser trilhado para se chegar a um objetivo.

Um personagem de uma obra de Sartre, um autodidata, frequentava assiduamente uma biblioteca e lia compulsivamente os mais variados títulos. Ora uma leitura católica, ora sobre medicina, ora um romance, ora uma obra técnica. Seu método, sem qualquer sistema, sendo autodidata, partia de uma ordem meramente objetiva, a ordem alfabética. O voraz leitor, todavia, não alcançava maiores resultados porque, a rigor, não tinha um método, não tinha um sistema.

“De súbito, os nomes dos últimos autores cujas obras ele consultou vêm-me à memória: Lambert, Langlois, Larbalétrier, Lastex, Lavergne. É uma iluminação; acabo de perceber qual é o método do autodidata: vai-se instruindo por ordem alfabética. Contemplo-o com uma espécie de admiração. Que vontade não lhe será precisa para realizar lenta, obstinadamente, um plano de tão vasta envergadura? Um dia, há sete anos (disse-me ele que já estudava há sete anos), entrou com grande pompa nesta sala. Percorreu com o olhar os inumeráveis livros que cobrem as paredes e disse, provavelmente, mais ou menos como Rastignac: ‘Agora nós, ciência humana’. Depois foi buscar o primeiro livro da primeira prateleira da extrema direita; abriu-o na primeira página, com um sentimento de respeito e de terror, unido a uma decisão inabalável. Vai agora na letra L. Do J passara ao K, do K passou ao L. Saltou brutalmente do estudo dos coleópteros para o estudo da teoria dos quanta, duma obra sobre Tamerlão para um panfleto católico contra o darwinismo; nunca se atrapalhou. Leu tudo; armazenou na cabeça metade do que se sabe sobre a protogênese, metade dos argumentos contra a vivisseção. Atrás dele, adiante dele, há um universo. E aproxima-se o dia em que dirá para consigo, fechando o último volume da última prateleira da extrema esquerda. E agora?”⁸³

O personagem não tinha, consoante passagem, qualquer sistema para escolher a maneira de realizar sua leitura, fazendo-o, apenas, por ordem alfabética. Se sistematizasse seu estudo, faria análises pontuais sobre determinadas matérias, organizaria seu método de análise e buscaria um objetivo mais sólido que não apenas a leitura, desenfreada e sem sentido, de variadas obras.

⁸³ SARTRE, Jean-Paul. A Náusea. Tradução: Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016, p. 43.

O sistema, reestabelece-se aqui o princípio, gera noção de organização, de limite, de caminho, mapeamento. Permite fixação de premissas para resultar em sólidas conclusões.

Em termos fáticos, o sistema é deveras importante para identificação de funcionamentos, construção de raciocínio, edificação de obras e solução de problemas. Em nível jurídico, sem qualquer dúvida, tem bastante relevância para fixação de limites e organização legal – por ilustração, qual lei, em caso de contradição, se sobrepõe? É pergunta que se resolve a partir de uma teoria de sistemas.

Mudando o foco para a ciência, o corpo humano se resolve de qual maneira ante uma infecção de garganta? Através de suas próprias células, do seu sistema, ou busca algum insumo para fora do seu sistema? São questões que dependem, a rigor, de uma teoria de sistema.

De outro lado, o sistema – enquanto conceito – é bastante importante para identificação do funcionamento dos órgãos do corpo humano; é, também, bastante relevante para aferição de como se constrói um edifício; ou, ainda, de como se estabelece a organização necessária para decolagem de um avião. A partir de uma organização entre diferentes elementos, tudo é um sistema.

O ordenamento jurídico também se desenha a partir de um sistema, de um quadrante de conjunto de normas, de leis, dentro das quais se tem a possibilidade da coerção, as quais, só elas, são manejadas com o objetivo de resolver problemas subjetivos da vida em sociedade.

Não se ignora que, na antiguidade, não havia uma sistematização – um limitador organizacional – para a ordem jurídica, especialmente durante o espaço de tempo que perdurou até o fim do período medieval. Havia um pluralismo jurídico sem que houvesse, mesmo dentro de cidades, uma organização jurídica centralizada.

É certo que, quando se pensa em ordenamento jurídico, regras de cunho jurídico, está-se a falar do conjunto de normas que se diferenciam das demais – sociais e morais, por exemplo – em função da possibilidade de coerção. O traço distintivo da norma jurídica é, pois, a coerção.

A coerção, característica própria do ordenamento jurídico, estava no seio de regras descentralizadas, de feudos e comunidades, havendo pluralismo, por vezes, internamente, nas mesmas cidades. É o que ensina Guandalini Júnior:

“Da mesma forma, todo o período medieval foi marcado por um profundo pluralismo jurídico, anárquico e assistemático. Embora a ordem jurídica fosse concebida como totalidade unitária, decorrente da ordem cronológica imposta pela racionalidade divina, considerava-se natural que essa totalidade se expressasse de forma múltipla. Assim, não apenas cada feudo ou cidade tinha o seu próprio direito em paralelo ao direito comum de base romana e canônica, mas também coexistia no interior de cada território uma multiplicidade de ordens jurídicas distintas e contraditórias: além dos direitos comuns e dos direitos locais, também os costumes germânicos, a legislação produzida pela miríade de autoridades políticas parciais, os direitos específicos de cada ordem social e corporação profissional etc.”.⁸⁴

O ordenamento jurídico era descentralizado, variando em função de comunidades, tendo, por vezes, dentro de uma mesma cidade, diversas ordens diferentes; é cenário muito diferente do que se tem contemporaneamente, com ordens constitucionais centralizadas por grandes territórios – países, e também, de outro lado, com regras internacionalmente aceitas –, acordos e convenções internacionais, por exemplo.

O ordenamento, então descentralizado, com a crise e fim do sistema feudal, passa por uma transformação, ganhando a dimensão, em parte, do que é hoje: passa a ter uma ordem central, nacional, dando-se a coerção a este modelo nacionalizado, institucionalizado; tal centralização ocorreu, inicialmente, antes da revolução francesa e da formação do estado americano, através de monarquias absolutistas, e, depois, com o processo de formação dos Estados nacionais. A coerção, traço distintivo do direito, se estabeleceu na ordem centralizada. Guandalini ensina que:

“Com a crise econômica do sistema feudal e o enfraquecimento político da nobreza aristocrática a partir do século XIV, a solução encontrada para sobrevivência do modelo econômico e a repressão das massas camponesas revoltosas foi o deslocamento da coerção para os níveis superiores do sistema político, em direção a um vértice centralizado e militarizado representado pela figura do rei. Até então diluída no nível da aldeia, a coerção jurídico-político-militar passou a se concentrar no nível nacional, formando-se em torno do rei um aparato de poder reforçado e voltado à preservação do sistema social – conhecido como monarquia absolutista”.⁸⁵

⁸⁴ GUANDALINI JUNIOR, Walter. Teoria dos Sistemas Jurídicos. São Paulo: Editora Intersaberes, 2020, p. 32.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 32.

Sustenta-se, então, que aquilo que hoje se conhece por sistema jurídico – modelo centralizado, institucionalizado, nacionalizado – foi, lá atrás, modelo descentralizado, desorganizado, com a coerção espalhada e pulverizada por comunidades e cidades, sem que houvesse um modelo central.

O sistema ganha importância em função da necessidade, pois, de criar um conjunto padronizado de regras, um limitador, de modo que o direito funcione com uniformidade e como limite.

Este trabalho pretende analisar, outrossim, questão tormentosa para o processo coletivo, a identificação de uma ação essencialmente coletiva. A análise do que é uma ação que transcende o processo individual depende, por certo, de critérios para identificar quando uma ação será, ou não, coletiva. Este é o desafio! Encontrar critérios para identificar uma ação de natureza coletiva.

À guisa de exemplo, imagine-se uma ação que seja ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo objetivando que o bar Felicidade, no bairro do Paraíso, por supostamente perturbar o sossego da comunidade, não funcione após às vinte e três horas. Esta ação, provavelmente uma ação civil pública, terá como partes o Ministério Público do Estado de São Paulo e o bar Felicidade, tendo como causa de pedir a perturbação de sossego público, e a petição será para impedir que o bar funcione após o referido horário das vinte e três horas.

Pense-se, pois, agora em outra ação. Ajuizada pela Associação do bairro Paraíso para, igualmente, impedir que o bar Felicidade funcione após as vinte e três horas, de modo a afastar a suposta perturbação do sossego público. A causa de pedir é perturbação do sossego público; a petição é impedir que o bar funcione após o mencionado horário.

Imagine-se ainda uma terceira ação, ajuizada pelo vizinho do bar Felicidade. Ele, incomodado com o barulho após as vinte e três horas, ajuíza ação contra o estabelecimento na tentativa de proibir o funcionamento do bar, por perturbação de sossego, após as onze horas da noite.

As três ações são, a despeito de quem as ajuíza, coletivas. Os conteúdos das três sentenças podem produzir os mesmos resultados, os quais, hospedando aqui o ponto a determinar a classificação como ação coletiva, transcenderão as partes que participam do processo e da discussão processual. Em outras palavras, mesmo na ação proposta pelo

vizinho do estabelecimento comercial, o resultado da demanda atingirá outras partes que não aquelas partícipes do processo – o outro vizinho do bar, então, mesmo que não seja parte do processo, será atingido, qualquer que seja o conteúdo da sentença, com o resultado do processo.

As três ações não são, à luz do critério adotado no processo individual, idênticas. É que, com efeito, no processo individual, para que duas ações sejam idênticas, é necessário que haja identidade de partes, causa de pedir e pedido. O processo coletivo não tem critério específico para dar identidade – para aferirem se são iguais – às ações coletivas. O que é evidentemente um problema, dado que, no caso trazido como exemplo, não se pode afirmar taxativamente que as ações são idênticas, se adotar-se o critério do processo individual (partes, causa de pedir e pedido).

As ações promovidas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, pela Associação de Bairro e pelo vizinho são idênticas, mesmo tendo partes diferentes, porque o resultado que o conteúdo da sentença pode produzir é o mesmo para todas elas. Se fossemos adotar o critério do processo individual, o qual depende de identidade de partes, causa de pedir e pedidos, as ações não seriam idênticas – porque, repete-se, neste exemplo, as partes são distintas.

É fora de dúvida, todavia, que os conteúdos das sentenças podem produzir os mesmos resultados, mesmo sendo partes diferentes. É razoável concluir, então, em função desta igualdade de conteúdos das sentenças, que as ações são idênticas.

Essa interpretação (segundo a qual duas ações com partes diferentes, mas cujos conteúdos produzem o mesmo resultado, são idênticas), todavia, decorre de uma análise sistemática do que consta espalhado nos diversos dispositivos hospedados nos textos de lei; daquilo que se chama de microssistema do processo coletivo, atualmente composto, segundo a doutrina, pelo conjunto de leis que passa naturalmente pelo texto constitucional, pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990) e, entre outros, pelo Código de Processo Civil (Lei n.º 8.078/1990).

Abre-se um parêntesis para, desde logo, questionar se é adequado tratar de microssistema de processo coletivo ou se, ao contrário, o sistema do direito é uno? A rigor, se sustentarmos a possibilidade de um microssistema de processo coletivo, como se fosse algo distante ou estrangeiro para o sistema jurídico, é possível que, efetivamente,

não tenhamos um critério para classificação de ações coletivas; se, de outro lado, houver apenas um sistema do direito, sem se trabalhar com essa terminologia, e ante a necessidade de interpretarmos sistematicamente o direito, haverá um critério legal e legítimo de classificação de ações coletivas.

A classificação das ações coletivas depende, então, dado que não há um critério objetivo previsto em um texto legislativo, da análise, o que não chegaria a ser um problema, de diversos enunciados espalhados pelo sistema normativo; o problema surge, porém, no instante no qual há uma dificuldade excessivamente grande de identificar as ações coletivas a partir da interpretação pulverizada dos textos legais, o que, por vezes, leva o judiciário a classificar ações coletivas como se individuais fossem e permitir, de outro modo, a repetição desnecessária de ações que tenham o mesmo objeto (no caso narrado, a repetição da ação promovida pelo Ministério Público, a promovida pelo particular e outra pela associação de bairro); tudo porque há dificuldade em se classificar as ações.

Parece que o judiciário está a analisar, tal como o autodidata de Sartre, sem qualquer método; sem observar um sistema, um limite.

Esta dificuldade dos julgadores seria facilmente suplantada se houvesse uma interpretação sólida daquilo que conhecemos como teoria de sistemas, a qual estabeleceria, dentro do próprio sistema, um critério efetivo, coerente com o próprio sistema, sem se valer de outros elementos que não os jurídicos, para se chegar ao critério efetivo de classificação de ações coletivas.

Há grande importância, então, na definição do conceito de sistema; o que é ação coletiva, porque não há texto objetivo, passa por uma análise sistemática dos mais variados textos de lei. É uma análise, a rigor, do sistema.

A classificação de uma ação como coletiva depende, sem dúvida, de uma interpretação das regras espalhadas pelo sistema. Para encontrar essas regras, todavia, precisa-se identificar, antes de tudo, limitando-o, o que é o sistema – o qual não se limita, diga-se, ao tal microsistema do processo coletivo.

Justifica-se, então, a importância do estudo dos sistemas, dado que, repete-se, quer-se estabelecer um limite, um quadrante dentro do qual o julgador deve atuar sem se

valer de outros elementos que não aqueles hospedados dentro do tal quadrante legal – ora denominado de sistema.

3.2 – O Conceito de Sistema em Perspectiva Histórica

A importância do conceito de sistema não é, para o presente trabalho, periférica; é central. É a partir dessa conceituação que se pretende, ao final, fixar parâmetros para, dentro do arcabouço jurídico, estabelecer uma classificação necessária para identificação de ações coletivas.

Adianta-se, aliás, que a classificação de ação coletiva passará pelo enquadramento do sistema do direito, estabelecendo-se, dentro de todo o sistema, não fora dele, critérios objetivos para aferição do que é ação coletiva.

Para isso, todavia, é necessário, antes de classificar sistema do direito, trabalhar o conceito propedêutico de sistema, o que se procurará fazer, daqui em diante, na sua perspectiva histórica.

Os conceitos mais variados para sistema, tradição transmitida por toda antiguidade, tangenciavam, no mais das vezes, um todo ordenado, composto de partes homogêneas; faziam-se duas análises: do todo e das partes. Luhmann, com bastante precisão, lembra desta perspectiva conceitual, dentro da qual sistema é um todo constituído de partes:

“Uma tradição transmitida da antiguidade (...) que o emprego conceitual do termo sistema teria falado de totalidade composta de partes. O problema dessa tradição era que o todo tinha de ser pensado em dois sentidos; como unidade e como totalidade das partes. De fato, era possível então dizer que o todo seria a totalidade das partes ou que seria mais do que a simples soma das partes”.⁸⁶

Sistema era, então, e esta é a análise inicial deste trabalho, um todo constituído de partes, sendo ao mesmo tempo unidade e também a totalidade dessas partes. Essas partes, para formarem um sistema, careceriam de homogeneidade. É o que também lembra Luhmann:

⁸⁶ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais. Esboço de uma Teoria Geral*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2016b, p. 21.

“um problema central do esquema do todo e das partes pode ser agora melhor solucionado. Sempre se havia exigido que as partes fossem homogêneas em relação ao todo. Isso significaria, então, que quartos são parte da casa, e não os tijolos, e que capítulos são partes de livro, mas não as letras”.⁸⁷

Sistema era reconhecido como esquema envolvendo o todo e as partes – as quais reclamavam homogeneidade.

Após longos séculos com poucas diferenças entre as teorias, sustentou-se, como ficará claro mais adiante, um novo olhar sobre o conceito de sistemas. Trata-se da conceituação por distinção em sistema e ambiente. É sistema tudo aquilo que tem aptidão de se relacionar entre si, resolvendo-se, pois, dentro de um certo contexto, todas as suas desinteligências; ambiente é tudo aquilo que estiver fora daquele cenário, do sistema.

Far-se-á, diante da necessidade de conceituar abstratamente a palavra sistema, uma tentativa: a de trazer, em sentido histórico, os conceitos de sistema.

Começa-se, embora não se trate de fazer uma análise minudente de cada uma das conceituações, mas apenas de uma aferição holística, por Aristóteles. O filósofo grego, no objetivo de classificar as coisas, os objetos, estabeleceu critérios predicativos.

Fixou, por exemplo, que as coisas se diferenciam em função de qualidade, quantidade, lugar e tempo, criando, assim, categorias; gerando, conseqüentemente, em função dessa diferenciação, sistemas (de categorias). É o que, tangencialmente, se verifica em sua obra *Metafísica*:

“(...) quanto aos predicados, uns significam essências, outros qualidade, outros quantidade, outros relação, como agir ou padecer, outros lugares e outros tempos, o ser significa o mesmo que cada um destes”.⁸⁸

Ao estabelecer, então, que os objetos serão diversos em função de qualidade, quantidade, lugar ou tempo, Aristóteles criou sistemas de classificação, de diferenciação. Separou as coisas em categorias, sistematizando-as, organizando-as.

O sistema aristotélico surgiu da necessidade de organizar os objetos em categorias, as quais serão diferenciadas, pois, em função de qualidade, quantidade, tempo ou lugar.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁸ ARISTÓTELES. *Metafísica* vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 245.

É o que nos lembra, em leitura de apoio ao filósofo grego, acerca da importância de sistematizar as coisas e os objetos em categorias, Aranalde:

“O sistema aristotélico de classificação surgiu pela necessidade de abraçar e expressar a realidade de modo organizado e preciso. Para isto, tal sistema buscou a identificação e o estabelecimento de conceitos básicos que orientassem os agrupamentos e as partições do real operado pelo pensamento humano, ou seja, de categoriais primordiais. Esse trabalho do filósofo grego, no que se refere à função das categorias na organização e na classificação do conhecimento existente, mostra-se, ainda hoje, como importante objeto de estudo para fundamentar e compreender a teoria da classificação (...). No sistema aristotélico, as categorias servem de fundamento ao conhecimento das coisas. Elas são os princípios básicos que tornam o conhecimento possível, partindo de uma perspectiva que concebe o mundo como um todo integrado de causas e efeitos, em que as coisas e suas propriedades essenciais, seus estudos, processos e relações podem e devem ser reveladas pelo trabalho intelectual”.⁸⁹

Aristóteles, então, classificou os objetos em categorias, agrupando-os. Evidentemente, essa classificação em grupos obedeceu a alguns critérios básicos a orientá-la – mesmo tipo de quantidade, de qualidade, de origem, de espaço e/ou de tempo.

O filósofo grego procurou transformar em unidades – por quantidade ou qualidade, por hipótese – aquilo que se mostra variado. Por exemplo, dentro do sistema vegetal, há flores, plantas e árvores; Aristóteles procurou sistematizar, já lá na antiguidade, antes de Cristo, essa diferenciação – de modo a estabelecer que há diversas unidades de vegetal. É o que nos lembra, novamente, Aranalde:

“As categorias Aristotélicas se mostram, portanto, como unidades cognitivas que guiam a apreensão da multiplicidade, pois é sob tais unidades que distinguimos e classificamos os vários modos em que o ser se apresenta. Por exemplo, os conceitos que nós temos de homem, de cavalo, de árvore podem ser subsumidos sob um conceito mais geral: a categoria de substância e assim sucessivamente com as demais categorias. Nota-se, então, que para Aristóteles as categorias operam a separação e a classificação do variegado de seres que preenche o mundo”.⁹⁰

Aristóteles, no afã de sistematizar os objetos, criou categorias dentro das quais eles serão identificados. O filósofo grego teve o mérito de estabelecer categorias para os animais como, por exemplo, os mamíferos; para vegetação, as árvores; para os sistemas sociais, o do direito. Ele criou categoriais, as quais, reunidas todas as suas unidades, correspondem a um sistema.

⁸⁹ ARANALDE, Michel Maya. Reflexões sobre os sistemas categoriais de Aristóteles, Kant e Ranganthan. Brasília: Ciência da Informação, v. 38, n. 1, p. 86-108, jan./abr., 2009, p. 90.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 90.

O filósofo Immanuel Kant é outro que oferece, no século XVIII, importante contribuição para construção do termo sistema. Sua perspectiva acerca do tema é, porém, externa: é um olhar de fora. Ele concebe o sistema a partir de categorias que são construídas a partir do conhecimento humano, da sua capacidade cognitiva. É, em parte, bem antes da virada linguística, construção de realidade a partir da linguagem.

Sua construção tangencia a junção de diversos conhecimentos em uma ideia, estabelecendo a posição que uma parte ocupa em relação a outra. Essa ideia já demonstra que seu olhar sobre o assunto é externo, porque se trata de, a partir da linguagem, criar a ideia de um todo organizado – o sistema.

Kant, em sua *Crítica à Razão Pura*, em 1781, objetivando tratar o sistema como unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia, construída por um olhar externo, cognoscente, escreveu:

“Por arquitetônica entendo a arte dos sistemas. E, como a unidade sistemática é o que converte o conhecimento comum em ciência, ou seja, o que coordena em sistema um simples agregado de conhecimentos, a arquitetônica é a teoria do que há de científico em nosso conhecimento geral, e pertence necessariamente à metodologia. Sob a direção da razão, nossos conhecimentos em geral não poderiam formar uma rapsódia, mas devem formar um sistema em que somente tais conhecimentos podem apoiar e favorecer as finalidades essenciais da razão. Ora, entendo por sistema a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia. Essa ideia é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que no conceito são determinados a priori não apenas o escopo da sua multiplicidade, mas também as posições que as partes ocupam relativamente umas às outras. O conceito racional científico contém, por conseguinte, a finalidade e a forma do todo que corresponde a essa exigência. A unidade da finalidade, a que todas as partes se referem, referindo-se, ao mesmo tempo, na ideia da própria finalidade, umas às outras, torna possível que determinemos nosso conhecimento de outras partes, quando falta qualquer uma delas, e que nos previnamos contra qualquer inserção arbitrária ou, no que diz respeito a sua integralidade, contra qualquer indeterminação que não esteja em conformidade com os limites determinados a priori”.⁹¹

Kant conceitua sistema como a unidade de diversos conhecimentos dentro de uma ideia; a ideia do todo em relação às partes; as partes em relação ao todo. Em outra obra, *Crítica da Faculdade de Julgar*, a ideia de sistema passa também pela ligação completa de tudo aquilo que está contido em um conjunto de objetos:

“Pois isso é requerido pela unidade da natureza segundo um princípio da ligação completa de tudo aquilo que está contido nesse conjunto de todos os fenômenos. Nessa medida a experiência em geral, segundo leis transcendentais do

⁹¹ KANT, Immanuel. *op.cit.*, p. 522.

entendimento, deve ser considerada como um sistema, e não como mero agregado”.⁹²

O sistema seria resultado de uma visão externa ao todo, uma observação alheia da estrutura, que, a partir da percepção do observador, formaria o sistema.

O filósofo prussiano, que escreveu a *Crítica da Faculdade de Julgar* em 1790, trabalhou o conceito de sistema como um conjunto ordenado de conhecimentos em que se considera a relação do todo com as partes. Sua análise de sistema passa, necessariamente, por uma construção linguística, eis que, a rigor, exige a ordenação e a organização das ideias.

O sistema é, então, concepção externa da realidade objetiva, com a ordenação de conhecimentos produzidos a partir da realidade. Neste particular, Guandalini faz a seguinte leitura sobre Kant:

“A concepção kantiana é classificada como concepção externa porque não se refere à sistematicidade da realidade objetiva, mas dos conhecimentos que se produzem acerca dessa realidade. Dessa forma, pode ser indiferentemente aplicada a quaisquer fenômenos do real – da ordem natural à ordem social, das leis da física às normas jurídicas. Ainda que o objeto sobre o qual se debruce a razão não seja, por natureza, sistemático, o conhecimento que se produz a seu respeito pode ser”.⁹³

O termo sistema tangencia, então, a construção de ideia realizada a partir de uma visão externa dos objetos, de modo a organizar as unidades, podendo, a partir daí, observar-se um sistema.

Imagine-se, a título de exemplo, um prédio. Imagine-se, mais, que você esteja no interior do mesmo prédio, subindo suas escadas. Você não conseguirá, com sua visão interna, aferir quantos andares tem o imóvel, qual o formato da obra e/ou, entre outras perspectivas, qual a posição das janelas. Internamente, de dentro do prédio, não é possível visualizar que se trata de um sistema.

O sistema é uma construção de realidade a partir de uma organização da linguagem realizada pelo sujeito cognoscente. Mario Losano, ao fazer essa verificação, segundo a qual o sistema é produto de uma construção a partir de um olhar externo,

⁹² KANT, Immanuel. *Crítica da Faculdade de Julgar*. Tradução: Fernando Costa Mattos. 2ª reimpressão. Bragança Paulista: Vozes, 2019, p. 25.

⁹³ GUANDALINI JUNIOR, Walter. *op.cit.*, p. 42.

sugeriu uma distinção entre sistema interno e sistema externo; o primeiro é o ponto de partida, o produto bruto; o outro, a rigor, o ponto de chegada, o resultado da construção linguística:

“O sistema pode ser o ponto de chegada ou ponto de partida da atividade do estudioso e, em particular, do jurista. O sistema como ponto de chegada é uma construção intelectual que coloca ordem numa realidade caótica; é uma rede cognoscitiva que se superpõe ao seu objeto; é o terminus ad quem, ou seja, o fim a que tende a atividade do estudioso; é um sistema externo ao objeto estudado. Ao contrário, o sistema como ponto de partida é uma estrutura ínsita no objeto estudado; a tarefa do estudioso consiste em descobri-la e em descrevê-la; o sistema é o terminus a quo, o ponto de partida da atividade de pesquisa; o sistema é um sistema interno ao objeto estudado”.⁹⁴

O jurista italiano faz distinção deveras relevante para a verificação do que é sistema, diferenciando, pois, sistema interno de sistema externo; o interno seria o produto na sua fase bruta; o segundo, o externo, é o efetivo sistema, o movimento que anuncia o fim, o resultado, a conclusão.

Sem qualquer dúvida, muito se utiliza o termo sistema para acepções distintas; não que isso seja diferente nos outros campos das ciências, mas umas das acepções é a que diferencia o sistema a partir de duas perspectivas, externa e interna; parece bastante razoável mesmo distinguir o conceito de sistema a partir destes dois horizontes.

A leitura de obra de Umberto Eco, linguista italiano, feita pelo seu conterrâneo Mario Losano, traz importante reflexão acerca da existência do sistema a partir da linguagem, como produto de observação de quem está alheio à estrutura:

“À pergunta: ‘mas, então, nas coisas a ordem (a estrutura, o sistema) existe ou não existe? Pode-se, portanto, responder sim e não. Umberto Eco dedicou à resposta negativa um de seus livros mais célebres, por isso intitulou-o ‘A estrutura ausente’. A estrutura está ausente das coisas estudadas e está presente na mente do estudioso. Fazendo referência a alguns pontos nodais desse livro, pode-se propor uma sintética história desse debate infinito, no sentido também de interminável (non-mais-funibile)”.⁹⁵

Neste particular, sistema é, a rigor, produto refletido na mente do observador, dado que, enquanto produto bruto, haveria apenas uma massa de objetos, uma estrutura; sistema surge como resultado daquilo que o estudioso enxerga, daquilo que ele observa.

⁹⁴ LOSANO, Mario Giuseppe. Sistema e Estrutura no Direito. Tradução Luca Lamberti. Vol. 2, São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010, p. 2.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 11.

À guisa de exemplo, imaginemos o corpo humano: se alguém tivesse o poder de observar o próprio corpo a partir de sua parte interna, não teria condições de aferir que, estando posicionado na região do intestino, o corpo é formado também por pés e cabeça; uma vez localizado no cérebro, não conseguirá observar, internamente, o joelho, os braços; ao passo que, observando de fora, será possível identificar todo o sistema externo, com conclusão sobre a existência de pés, olhos, boca, nariz, e, utilizando-se dos aparelhos apropriados para alguns exames, terá condições de avaliar todas partes internas do corpo. No âmbito interno não é possível fazer avaliações que são próprias do olhar alheio, externo, e que são holísticas, globais.

A rigor, sistema é a construção linguística com organização de ideias de conhecimento – teoria de Kant. Tratava-se, desde Kant, de visão externa, de construção teórica feita a partir da linguagem.

Os diversos conceitos relativos a sistema, antigos, modernos ou contemporâneos, têm em comum a organização, a unidade e a ideia. Na perspectiva histórica, porém, há diferenças na visão sobre sistema: não se fazia distinção daquilo que era produto bruto (sistema interno) para aquilo que Losano chamava de sistema externo.

Essa distinção entre sistema externo e sistema interno, proposta por Losano, não obstante todo o respeito devido ao filósofo e jurista italiano, merece um pequeno reparo de ordem meramente semântica. A se considerar que há sistemas internos e externos, está-se apenas fazendo uma diferenciação de perspectiva de visão; não se faz, entretanto, uma particularização do que é efetivamente sistema. Ambos, tanto interno quanto externo, constituem sistemas.

Para o sistema do direito, por exemplo, isto pode ser altamente problemático, podendo até mesmo corrompe-lo. Com efeito, a manter-se o entendimento de que o que lhe é externo, que aquilo que o explica é também parte dele, será razoável sustentar que o que está para fora dele também faz parte do sistema do direito.

Assim, o ato de interpretar, vindo da visão do direito de um observador externo seria, a rigor, parte do sistema. Se o “sistema externo” for parte do sistema do direito isto geraria interpretações jurídicas enviesadas de cargas valorativas para fora daquilo que está no texto das leis.

É certo que, posteriormente, o que também será apreciado neste trabalho, Luhmann passou a diferenciar sistema de tudo o que está no seu entorno, o ambiente; neste caso, o observador, o estudioso, pessoa física, é ambiente do sistema porque ele, de fora, o observa, o analisa, o aprecia, o enxerga. Não há, em Luhmann, sistema interno e sistema externo; há sistema e ambiente. O que estiver para fora do sistema é ambiente, mas só existe sistema a partir da visão do homem que está no ambiente.

Luhmann, aparentemente, resolve o problema semântico da tese acerca da existência de sistema interno e sistema externo. Para ele, só há sistema interno, o qual, porém, só é perceptível a partir do ambiente – isso é, da parte externa a ele.

Assim, o conceito de sistema passa por essa distinção em relação àquilo que é ambiente. No direito, por hipótese, não se pode utilizar o que está no ambiente para resolver problemas que são próprios do sistema, salvo na hipótese em que ele se abra para o ambiente, naquilo que se conhece por acoplamento estrutural.

Para além das classificações estabelecidas anteriormente por Aristóteles e Kant, Tércio Sampaio nos trouxe um apanhado histórico, nas palavras de ilustres estudiosos, das conceituações observadas ao longo do tempo acerca de sistema. Inicialmente, o jurista brasileiro cuidou de nos lembrar da origem etimológica da palavra sistema, a qual, vinda do grego, significa composto, construído; numa conceituação mais ampla, significa uma totalidade construída:

“A palavra é obviamente grega. Mas o significado que hoje e à época de Lask, se lhe atribui não tem correspondência exata no uso que dela faz o pensamento grego clássico. Systema não aparece nem como uma espécie de característica de construção mental (pensamento sistemático) nem como específico para determinadas disciplinas científicas, nem ainda como titulação de livros ou estudos, havendo, porém, indícios no seu uso, que nos conduzem de modo aproximativo à configuração tomada posteriormente. A palavra sistema, etimologicamente do grego system, provém de syn-istemi e significa o composto, o construído. Na sua significação mais extensa, o conceito aludia de modo geral à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes. O uso posterior configurou, porém, uma compreensão mais restrita. Conservando a conotação originária de conglomerado, a ela agregou-se o sentido específico de ordem, de organização. Aliada à ideia de ‘totalidade bem ordenada’”.⁹⁶

⁹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito – Uma Investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976, p. 9.

Tércio Sampaio nos ensina, então, que sistema, segundo sua origem etimológica, é totalidade construída, um todo organizado. A seguir, registramos alguns dos autores cujas ideias sobre o tema foram compiladas por ele.

Ao final do século XVI, Bartholomaeus Keckermann entende sistema como método que busca organizar proposições que sejam verdadeiras; sistema seria, então, nada além, de método:

“Em 1600, ele aparece numa obra de Bartholomaeus Keckermann - *systema logicae tribus libris adornatum* (...) Sistema significa aqui *habitus logicus* no sentido subjetivo de método que visa à perfeição, bem como *comprehensio seu systema praeceptorum logicorum*, no sentido objetivo de soma de proposições verdadeiras”.⁹⁷

O sistema seria, neste entendimento, um caminho, um método, na tentativa de buscar a perfeição, a proposição efetivamente verdadeira.

O conceito de sistema, no século XVII, continua a tangenciar a verdade; trata-se de conceito ideal qual denota verdade – aqui entendida como premissa de um observador, evidentemente.

“É, porém, a partir da metade do século XVII que o termo se generaliza e começa a tomar a configuração primária que ainda hoje se lhe atribui. Entre os filósofos é Malebranche quem primeiro o discute de maneira característica e renovada. Em de *novorum systematum inventoribus de inquirenda veritate libri* (livro dos inventores de novos sistemas sobre a busca da verdade), conforme nos mostra Ritschl, relaciona ele o conceito de sistema a sistema verdadeiro, no sentido de um conceito ideal, cuja razoabilidade pressupõe uma intuição genial, de que é capaz apenas um espírito criador dotado de uma força formadora. Malebranche acentua com isto o lado subjetivo, do qual é correlato o sistema objetivo, condicionando o sistema verdadeiro ao domínio espiritual simultâneo construtor do sistema”.⁹⁸

Sistema seria, assim, um todo ordenado, organizado, o qual procura tangenciar verdade, realidade, ligando partes, unidades.

O século XVIII traz inovação para o conceito de sistema. Wolff ensina que se trata de um fenômeno que estabelece conexões de verdades, já desenhado em Kant. Estabelece necessidade do todo se relacionar com a partes, das partes entre si e, ao final, a verificação

⁹⁷ *Ibid.*, p. 10.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 11.

da identidade da soma das partes com o todo. Imagine-se, num exemplo lúdico, um brinquedo de lego; uma vez montado há relação do todo com a soma das partes e, se desmontado, a soma das partes poderá chegar ao mesmo sistema.

“Com Christian Wolff, que domina com sua terminologia o século XVIII, o termo sistema toma, então, as características mais marcantes, que ainda hoje o configuram. Para ele, sistema é mais que um mero agregado de um esquema ordenado de verdades. Sistema é sobretudo ‘nexus veritatum’, que pressupõe a correção e a perfeição formal da dedução. Compara-se o nexus como conceito de organismo, superando a ideia de composição orgânica a mera justaposição classificatória. Em Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo, cujos caracteres foram analisados expressamente por Johann Heinrich Lambert, em obra datada de 1787. Lambert, contudo, estabelece um conceito geral e abstrato de sistema, independente de qualquer conteúdo concreto: trata-se de um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas de dedução. Esta concepção tem por base o modelo do mecanismo, cujo princípio básico propõe uma relação de identidade entre o todo e a soma das partes, donde a possibilidade de decomposição e recomposição do sistema, conforme o exemplo clássico do relógio que se desmonta e depois se monta novamente, sem que nada se perca”.⁹⁹

O sistema, num perfil histórico, passa pela necessidade de construção de um todo ordenado, dentro do qual as partes conversam entre si e cuja somatória, destas mesmas partes, hão de confirmar o todo. O mesmo conceito tangencia, pois, ordem, verdade, unidade, organização, conexão e todo.

Há, ainda hoje, aqueles que definam sistema como séculos atrás, sendo um todo organizado através do qual as unidades estão interligadas. É o que revela o estudo de Canaris, para o qual sistema resulta de uma multiplicidade de conhecimentos, os quais estão unificados através de um princípio:

“De modo semelhante, por exemplo, no dicionário dos conceitos filosóficos de Eisler, define-se sistema: objetivo de um conjunto global de coisas, processos ou partes, no qual o significado de cada parcela é determinado pelo conjunto supra-ordenado e supra normativo. 2 Lógico: uma multiplicidade de conhecimentos, unificada e prosseguida através de um princípio, para um conhecimento conjunto ou para uma estrutura explicativa agrupada em si e unificada em termos interiores lógicos, como o correspondente, o mais possível fiel, de um sistema real de coisas, isto é, de um conjunto de relações das coisas entre si, que nós procuramos, no processo científico, reconstruir de modo aproximativo”.¹⁰⁰

⁹⁹ *Ibid.*, p. 12.

¹⁰⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, p. 10.

O conceito de sistema, indubitavelmente, ainda hoje, para diversos estudiosos, continua o mesmo, tratando-se de um todo organizado com logicidade e conexão entre as unidades.

O termo sistema, para Tomazini, como já antes exposto, tangencia um conglomerado organizado cujos componentes se relacionam entre si e sob um referencial comum.

“Sistema’ é uma palavra que, como a maioria das outras, apresenta vício da ambiguidade (...).

Na sua significação mais extensa, o conceito de ‘sistema’ alude à ideia de uma totalidade construída, composta de várias partes – um conglomerado. A esta concepção conjugamos o sentido de organização, de ordem interna, para entendermos como ‘sistema’ o conjunto de elementos que se relacionam entre si e se aglutinam perante um referencial comum. Assim, onde houver possibilidade de reunirmos, de forma estruturada, elementos que se conectam sob um princípio unificador, está presente a noção de sistema”.¹⁰¹

O sistema, para a estudiosa brasileira, tangencia unidades comuns que estão conectadas por um princípio unificador, por uma argamassa a ligar, consolidar, as unidades. Para ela, é certo, não basta que sejam elementos comuns, mas é necessário que haja um fio a ligar cada uma dessas unidades, destes elementos.

A classe de estradas brasileiras não compõe um sistema com a classe de estradas argentinas porque, a rigor, elas não estão ligadas por nenhum conector, por nenhum referencial comum (na hipótese de efetivamente não estarem):

“O conceito de sistema, nestes termos, é mais complexo do que as aglutinações de elementos que se combinam em razão de conotações comuns, como por exemplo, a classe dos mamíferos, dos rios, dos órgãos digestivos, dos planetas, etc. Para termos um sistema, é preciso que os elementos de uma classe apresentem-se sobre certa estrutura, que se relacionem entre si em razão de referencial comum. É o caso, por exemplo, do sistema ferroviário de um país, que é diferente do conjunto de ferrovias. A ideia de sistema implica uma estrutura, onde todas as ferrovias se interligam”.¹⁰²

Sistema seria, então, nas palavras dela, um conjunto de unidades ligados por um referencial comum. Vilanova, jusfilósofo brasileiro, tem o mesmo pensamento: sistema é o fenômeno que desenha, sob um referencial comum, um conjunto de elementos e relações: “Sistema: quando elementos e relações se encontrem sob uma referência comum”.¹⁰³

¹⁰¹ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 126.

¹⁰² *Ibid.*, p. 127.

¹⁰³ VILANOVA, Lourival. *op.cit.*, p. 173.

O espanhol Alberto M. Binder classifica sistema de modo similar, conceituando-o como conjunto de elementos que estão ligados por um elo, unificados: “Sistema é o conjunto de elementos relacionados entre si e a um princípio unificador, que formam um todo orgânico”.¹⁰⁴

Hodiernamente, porém, o conceito de sistema ganhou, especialmente para a sociologia e numa tentativa de teorizar a sociedade, nova dimensão. Refiro-me à teoria de sistemas de Niklas Luhmann, aqui já mencionada, e para a qual o sociólogo alemão do século XX adotou como referencial as ideias de dois biólogos chilenos, seus contemporâneos, Humberto Maturana e Francisco Varela. Nessa nova dimensão, há uma desconstrução dessa perspectiva de sistema a partir do todo e suas partes.

Em ideia, posteriormente trazida por Luhmann para a sociologia, os estudiosos chilenos sustentaram que o conceito de sistema se dá por diferença, por distinção, através da observação e a partir da aferição entre o ambiente (tudo que está no entorno) e o próprio sistema. Este entendimento se relaciona, em parte, com o que Losano chamou de sistema interno e sistema externo; para os biólogos sul-americanos e também para Luhmann o sistema externo é o ambiente.

Esta diferenciação se torna possível a partir daquilo que os biólogos chamaram de autopoiese, que é a capacidade do sistema de resolver-se em si mesmo; tudo aquilo que estiver ligado por uma estrutura ganharia, grosso modo, o nome de sistema; tudo o que estiver de fora terá o nome de ambiente.

Considerando o sistema do corpo humano, imagine-se que o sujeito tenha um pequeno corte, causado por uma faca; se este pequeno ferimento não reclamar necessidade de intervenção, de curativo ou de cirurgia para cicatrizar, a pele resolver-se-á por si mesma, não precisando de pomadas, ou qualquer outro elemento estranho ao corpo. O sistema, autopoietico, está se resolvendo por si próprio; o ambiente é tudo que está para fora deste sistema, as pomadas, os remédios e o próprio observador, por exemplo.

O sistema é aquilo que se diferencia do ambiente em que está inserido; essa diferenciação vincula-se, essencialmente, à autopoiese, que é a capacidade inerente ao

¹⁰⁴ BINDER, Alberto. *Iniciación al proceso penal acusatorio (Para auxiliares de la Justicia)*. Buenos Aires: Publicaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), 2000, p. 60.

sistema de resolver, per si, seus problemas. Aquilo que vier ou estiver de fora deste contexto, estará ligado ao ambiente.

Os estudiosos chilenos, respeitáveis teóricos do campo da biologia, iniciaram suas análises a partir dos sistemas vivos, conceituando-os como máquinas que operam de modo fechado produzindo moléculas; por serem fechados, resolver-se-iam dentro de si próprios, são autopoieticos. Maturana afirma:

“Os sistemas vivos são sistemas determinados estruturalmente, ou seja, são sistemas tais que tudo o que lhes acontecer a qualquer momento depende de sua estrutura – que é como eles são feitos a cada instante. (...) Nesse sentido, sistemas vivos são máquinas. Apesar disso, são um tipo particular de máquinas: são máquinas moleculares que operam como redes fechadas de produções moleculares tais que as moléculas produzidas através de suas interações produzem a mesma rede molecular que as produziu, especificando a qualquer instante sua extensão. Numa publicação anterior com Francisco Varela, chamei esse tipo de sistemas de sistemas autopoieticos. Sistemas vivos são sistemas autopoieticos, moleculares. Enquanto sistemas moleculares, os sistemas vivos são abertos ao fluxo de matéria e energia. Enquanto sistemas autopoieticos, sistemas vivos são sistemas fechados em sua dinâmica de estados, no sentido de que eles são vivos apenas enquanto todas as mudanças estruturais forem mudanças estruturais que conservam sua autopoiese. Ou seja, um sistema vivo morre quando sua autopoiese para de ser conservada através de suas mudanças estruturais”.¹⁰⁵

Maturana e Varela tratam o sistema a partir da distinção entre ele próprio e o ambiente; o sistema é fechado, não estando, a priori, aberto para o seu exterior, o ambiente. O sistema, ademais, tem a capacidade de auto resolver-se; no caso dos sistemas vivos, eles são máquinas de produção de componentes, de moléculas, são autossuficientes. A esta capacidade deram o nome de autopoiese, palavra formada pela junção dos vocábulos gregos autós (por si próprio) e poiesis (criação, produção) que, literalmente, significa autoprodução. Os sistemas produzem e reproduzem por meio de seus próprios componentes.

É possível, porém, que o sistema sofra perturbações – ou necessidades – externas. Em um sistema vivo, essa perturbação pode vir pela necessidade de consertar algo que a produção interna de moléculas não tem capacidade de fazê-lo, uma moléstia, por exemplo. Imagine-se uma febre que não se resolve apenas a partir das defesas internas; neste instante, o sistema, que é fechado, se abre para o ambiente para absorver algum medicamento que lhe garanta a solução de seu problema.

¹⁰⁵ MATURANA, Humberto. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*. Tradução: Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 175.

O sistema é fechado, em dúvida, mas ele se permite abrir para o ambiente, quando necessário, em função de alguma perturbação; as lições de Moreira, em notas explicativas ao trabalho dos chilenos, são bastante elucidativas:

“Maturana e Varela (segundo ROSAS & SEBASTIÁN, 2001, p. 59) propõem que o traço característico dos seres vivos é que, em sentido material, produzem a si mesmos de maneira constante e a isso chamam de organização autopoietica. Para eles, os seres vivos são máquinas autopoieticas, ou seja, máquinas que continuamente especificam e produzem sua própria organização por meio da produção de seus próprios componentes, sob condições de contínua perturbação e compensação dessas perturbações (produção de componentes). A organização característica dos seres vivos é, então, a autopoiese, mas esta tem como produto a organização da máquina-ser-vivo em questão, que produz sua própria organização. As máquinas autopoieticas são autônomas (subordinam todas suas mudanças à conservação de sua própria organização), têm individualidade (mantendo invariante sua organização, conservam sua identidade) e não têm entradas nem saídas (mas podem ser perturbadas por fatos externos e experimentar mudanças internas que compensam essas perturbações)”.¹⁰⁶

Na classificação dos biólogos chilenos, sistema é, então, aquilo que se diferencia do ambiente. Em seus estudos, o primeiro fenômeno a ser apreciado foram os sistemas vivos – redes fechadas de produções moleculares, autopoieticas.

A partir dessa conceituação, a teoria foi importada por Luhmann para a sociologia. Ele procurou conceituar sistemas sociais a partir dessa premissa de distinção entre ambiente e sistema, utilizando-se, também, da ideia da autopoiese.

Anteriormente, a teoria de sistemas tinha como paradigma a ideia de um todo e suas partes. As lições de Varela, depois encampadas por Luhmann, não se fixam mais na questão do todo e suas partes, concentram-se no sistema e no ambiente. O sociólogo alemão cuidou de tentar demonstrar que a teoria do todo e das partes foi superada pela construção teórica de sistema a partir da sua diferença com o ambiente.

“Isso tudo é hoje objeto de lembranças, com mais ou menos presença de tons concomitantes de advertência; e, de fato, esse gesto mental não foi realmente substituído, mas apenas enfraquecido. Além do mais, é difícil de conceber como se poderia superar novamente um esforço deste tipo. Mas se estiver correta nossa pressuposição de que tudo isso foi condicionado e motivado pelo esquema do todo e suas partes, então se teria de ver se esse esquema não deveria, inicialmente, ser substituído, antes de se procurar por uma semântica-guia que pudesse substituir a figura do ‘universal no particular’. Perante este cenário histórico, coloca-se a questão sobre se e como a Teoria dos Sistemas, que é

¹⁰⁶ MOREIRA, Marco Antônio. A Epistemologia de Maturana. Bauru: Ciência & Educação, v. 10, n. 3, 2004, p. 597-606.

apropriada exatamente para isso, se liberou do paradigma do todo e suas partes. Num primeiro impulso, a tradicional diferença entre todo e partes é substituída pela diferença entre sistema e ambiente”.¹⁰⁷

A teoria sistêmica, com Maturana e Varela, referenciais da teoria de Luhmann, tenta superar o paradigma de sistema como um todo organizado – a relação do todo com as partes.

A mesma ciência supera também, aparentemente, o problema semântico da teoria de Losano; ao diferenciar sistema interno de sistema externo, o jusfilósofo trabalha sistema externo e ambiente como sinônimos.

Essa tentativa de Luhmann de superar a antiga teoria de sistemas parece pertinente. Com efeito, não fora superada, um sistema continuaria a depender da observação de como se organiza o todo com suas partes; e das partes em relação ao todo. Neste particular, a unha do pé e o braço, no conjunto do todo, talvez não tenham correlação entre si, o que geraria dificuldade de sugerir que ambos compõem um mesmo sistema – o corpo humano.

A teoria de sistemas de Luhmann, como se verificará em capítulo próprio, trabalha o termo sistema a partir da sua diferença com o ambiente; o sistema se diferencia do seu entorno em função das operações que realiza, da sua estrutura e da sua codificação.

O sistema social do direito, por exemplo, tem como codificação identitária o lícito ou não lícito, jurídico ou não-jurídico; no sistema das ordenações religiosas, a codificação passa pelo divino ou não divino.

É essa codificação binária (no caso do direito o lícito ou o ilícito, jurídico ou não jurídico) que diferencia um sistema do que está no seu entorno, no ambiente. Evidentemente, o sistema do direito não se diferencia apenas do sistema religioso (o qual é ambiente para o sistema do direito), ele se diferencia de todo o ambiente. É o que, abstratamente, no ensina Luhmann:

“Aquilo que era concebido como diferente entre todo e parte é reformulado como Teoria da Diferenciação Sistêmica e assim incorporado ao novo paradigma. Diferenciação sistêmica não é outra coisa senão a repetição da diferença entre sistema e ambiente no interior dos sistemas. Nessa diferenciação, o sistema total emprega a si mesmo como ambiente em suas próprias formações de subsistemas e, com isso, atinge no nível dos subsistemas improbabilidades mais elevadas ao fortalecer os efeitos de filtração perante um

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016b, p. 22.

ambiente que é, em última análise, incontrollável. Desse modo, um sistema diferenciado não se compõe mais simplesmente de um determinado número de partes e relações entre partes; ele compõe-se, antes, de uma quantidade mais ou menos grande de diferenças operativamente utilizáveis entre sistema e ambiente, as quais por distintas linhas de intersecção, reconstruem o sistema total como unidade entre subsistemas e ambiente”.¹⁰⁸

Neste contexto, o sistema do direito é ambiente do sistema religioso; o sistema religioso é ambiente para o sistema do direito. Todos os demais sistemas, sociais ou não, são ambientes para o sistema do direito. Não é legítimo que, dentro do sistema do direito, se faça uso da codificação religiosa, divino ou não divino; por sua vez, não é necessário que o sistema religioso adote os códigos do direito, lícito ou não lícito, em acordo com regras juridicamente postas, para condenar uma traição matrimonial, por hipótese.

Na doutrina tradicional, os sistemas se estabeleciam pela relação das unidades que o compunham e o todo; pela escola dos estudiosos chilenos, depois referenciados por Luhmann, a rigor, o sistema se diferencia do que está no seu entorno, no ambiente – sua diferença se faz através dos códigos de identidade.

É certo que os sistemas fechados, em alguns casos, se abrem para o ambiente – conforme ensinam Maturana, Varela e, depois, Luhmann. No sistema do direito, por exemplo, é possível falar em emenda constitucional para alterar uma regra hospedada no texto maior.

Em outras palavras, o próprio sistema, que é fechado, estabelece normas de modo a permitir a edição de novas regras que venham a incorporar, por hipótese, um novo tributo ao sistema do direito – a contribuição de iluminação pública, incorporada em 2002, pela emenda constitucional n.º 39, na figura do artigo 149-A do texto¹⁰⁹, é exemplo próprio dessa incorporação de fissura do ambiente ao sistema do direito.

O sistema não contemplava um determinado instituto lastreado em um fato – iluminação pública – que estava no entorno do direito, no ambiente. O sistema, que é fechado, abriu-se; fez-se o acoplamento estrutural, através de um processo legislativo, uma emenda constitucional, e incorporou-se fato do ambiente ao sistema do direito.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰⁹ Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002) Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002).

Paradoxalmente, o fechamento é condição de abertura do sistema, eis que o sistema só responde, só atende à causalidade externa, através de operações que ele mesmo contempla – no caso do direito brasileiro, para alterar a Constituição por meio de emendas constitucionais. Na leitura de Luhmann realizada por Leo Peixoto Rodrigues e Fabricio Monteiro: "o fechamento é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu".¹¹⁰

Assim, para Luhmann, o conceito de sistema tangencia uma diferença em relação ao que está no entorno, no ambiente. Os sistemas se diferenciarão do ambiente, por exemplo, em função de codificação própria, mas poderão se abrir em ocasiões previstas pelo próprio sistema. Ele só se abre, por mais óbvio que possa parecer, porque é fechado. Se não fosse fechado, ele não se abriria; ele já seria, pois, aberto.

Em uma perspectiva contemporânea, em que pesem outras conceituações, o termo sistema passa pela diferença que ele tem do ambiente, do entorno. Para este trabalho, o conceito de sistema utilizado será aquele de Niklas Luhmann, segundo o qual a diferença de sistema para ambiente é o próprio conceito de sistema.

Assim, o corpo humano é um sistema em função da distinção que há entre ele próprio e seu entorno, o ambiente.

As células do corpo humano se reproduzem e, ante alguma moléstia, têm a capacidade de resolverem, elas próprias, essa doença. É aquilo que conhecemos como autopoiese. É a capacidade do sistema se resolver em si mesmo. Ele é fechado por isso, porque se auto resolve.

Por vezes, não havendo aqui qualquer dúvida, o sistema não tem condições de resolver, ele mesmo, seus problemas. Nestas hipóteses, ele deve se abrir ao ambiente para incorporar o que vem do seu entorno e, assim, internalizar algo que está para além do seu limite, mas que lhe possibilita a solução que procura.

Essa abertura, permitindo o ingresso do que está no ambiente para dentro do sistema, se dá por aquilo que se conhece como acoplamento estrutural – eixo que liga o ambiente ao sistema.

¹¹⁰ RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. Niklas Luhmann: a sociedade como sistema. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 79.

Todavia, surge um problema quando, sem este acoplamento autorizado, sem que o sistema esteja aberto, algo que está no ambiente lhe seja clandestinamente incorporado. Exemplificando, no caso do direito, a pretexto de identificar ações coletivas sejam utilizados códigos de outro sistema que não o do direito; ou, ainda dentro do direito, quando a pretexto de permitir a prisão após julgamento de segunda instância, sejam usados argumentos relativos ao número de prisões realizadas no Brasil – dado que, para o direito, isto é juridicamente insignificante, não compondo seu próprio sistema; em outra hipótese, objetivando avaliar a possível permissão de pesquisas de células-tronco, se o Tribunal as proibirem em função de códigos religiosos

Estes problemas (utilização de codificação estranha ao sistema), que serão avaliados oportunamente, decorrem da falta de identificação do que é sistema.

Em perspectiva histórica, em resumo e embora não haja uma classificação final e verdadeira, na conceituação de sistema, tem-se que: i) sistema é um todo ordenado, compondo-se por unidades similares; ii) sistema é um conglomerado, ligado por um referencial comum; iii) sistema é produto da linguagem a classificar uma estrutura – para alguns estudiosos, é possível sustentar a ideia de um sistema interno (o bruto) do sistema externo (resultado da linguagem); e, finalmente, iv) o conceito de sistema conforme teorizado por Niklas Luhmann, adotando como referenciais as ideias dos biólogos Maturana e Varela, tangencia uma distinção em relação a tudo aquilo que está no seu entorno – o ambiente.

Sem descuidar do entendimento de sistema como um todo organizado ligado por um referencial comum, neste trabalho adotar-se-á um referencial que tangencia a teoria de Luhmann.

Sistema é aquilo que, em função de códigos próprios, se diferencia do ambiente; no caso do sistema do direito, o código é lícito ou não lícito, jurídico ou não-jurídico. No caso da economia, o código passa por lucro ou não-lucro. A economia é ambiente do direito; o direito é ambiente para o sistema da economia. Ambos, porém, se acoplam quando da existência de um contrato – naquilo que chamamos de acoplamento estrutural. Um contrato, para o direito, é lícito ou não lícito; para a economia, pouco interessa sua licitude, mas apenas os proveitos e os ganhos.

Este é o referencial a ser adotado neste trabalho sobre os sistemas.

3.3 – Classificação dos Sistemas

Classificar é ato que implica diferenciar, gerando, a partir dessas distinções, variadas espécies ou diversos gêneros – de séries ou objetos.

Essa diferenciação depende de fixação de critérios, de modo que, a depender deles, maior ou menor será o número de espécies. Estes critérios são determinados pelo classificador e serão definidos em função do objetivo almejado.

À guisa de exemplo, imaginando-se uma sala de aula, se dividirmos as pessoas adotando o critério do sexo, chegaremos a duas espécies: masculina e feminina; se for fixado o critério cor da roupa, considerada a imensa gama de cores – preto, branco, verde, amarelo, roxo, etc. –, o número de espécies será muito maior do que na primeira hipótese.

Não se ignora que, para classificar, é ainda possível fixar mais que um critério, adotando-se uma diferença e, junto a ela, uma outra ainda mais específica. É isso que permite, a rigor, conhecer um gênero para depois conhecer a espécie. No caso da mesma sala de aula, a primeira diferença seria de sexo, resultando em masculino ou feminino (gênero); em seguida, se conheceriam as espécies destes gêneros a partir da cor de roupa: branca, preta, azul, amarelo ou verde.

As classificações se fazem a partir de divisões e/ou subdivisões às quais se chega a partir de dois ou mais critérios. Aquilo que se chama de diferença e, em seguida, de diferença específica. É o que ilustra Aurora Tomazini:

“As classificações são operações lógicas que existem para auxiliar-nos no conhecimento dos objetos, mediante a separação de elementos que se aglutinam sob critérios comuns (em classes). Numa classificação, determinada classe é tomada como gênero e, por meio de diferenças específicas associadas ao conceito desta classe, vão se formando suas espécies e subespécies. A operação ocorre nos seguintes moldes: atribui-se uma diferença específica (De) à classe gênero (G) e chega-se à classe-espécie (E); atribui-se uma diferença específica (De) à classe-espécie (E); atribui-se uma diferença específica (De') à classe espécie (E) e chega-se à classe subespécie (E'); isto ocorre sucessivamente até onde alcançar a linguagem do classificador. Tem-se, nestes termos, que a classe-espécie é a classe-gênero com um plus a mais: a que Stuart Mill denomina de ‘diferença específica’ ($E=G+De$), o que vale também para subespécie ($E=E+De$)”.¹¹¹

¹¹¹ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 129.

As classificações representam operações a partir de critérios fixados pelo classificador, o que, a depender do número destes critérios, resultará em um número maior ou menor de espécies e subespécies.

Para classificar sistemas, que é o que aqui se pretende, é preciso partir da consideração das ideias e conceitos de diversos pensadores.

O professor Marcelo Neves, por exemplo, divide os sistemas inicialmente em dois gêneros: reais e proposicionais. Os reais são sistemas do mundo físico (o corpo humano) e os proposicionais são os formados por proposições. Tais proposições podem ser: nomológicas (formados por entidades ideais que independem de qualquer experiência; na matemática, por exemplo: um com um gera o resultado dois); nomoempíricas, que por sua vez podem ser de proposição descritiva (presentes nos enunciados científicos, como a ciência do direito ou a filosofia) ou, de outro lado, de proposição prescritiva (tais como as presentes nos sistemas voltados à conduta social, como o direito positivo e os sistemas de regras fiscais, morais e religiosas). Neves ensina:

“Não comportando este trabalho uma abordagem da origem e evolução semântica do conceito, parece-nos, porém, que hodiernamente é possível extrair-se do termo sistema um significado de base. Nesta orientação, define-se o sistema como um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário. Portanto, todo sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem os seus elementos (sistema real ou empírico). (...) Um sistema empírico é constituído pelos fenômenos físicos, psíquicos ou sociais, na medida em que eles se apresentam ao sujeito cognoscente em suas relações de causalidade. A unidade sistemática surge dos modos de interação casual entre os seus elementos. (...) Os sistemas proposicionais distinguem-se em nomológicos e nomoempíricos. Os sistemas nomológicos desenvolvem-se a partir de uma base axiomática, através de um processo interno de dedução, sendo-lhes irrelevantes os dados da experiência. São, portanto, compostos de proposições analíticas, ou seja, proposições cuja valência independe de qualquer constatação fática”.¹¹²

Em resumo, para o que interessa ao presente trabalho, para Neves há dois tipos de sistemas: i) empíricos; e, ii) proposicionais. Os proposicionais se subdividem em descritivos e prescritivos. Enquanto a ciência do direito enquadra-se como um sistema proposicional descritivo, o direito, enquanto regulador de condutas – direito positivo – é sistema do tipo prescritivo.

¹¹² NEVES, Marcelo. Teoria da Inconstitucionalidade das Leis. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4.

As lições de Neves são também discutidas por Tomazini que procura oferecer uma definição precisa acerca das diferenças entabuladas por ele sobre os sistemas:

“Segundo o autor os sistemas se dividem em: (i) reais (empíricos), constituídos por dados do mundo físico e social; e (ii) proposicionais, constituídos por proposições, pressupondo, portanto, linguagem. Estes últimos dividem-se em: (ii.a) nomológicos, formados por proposição se denotação empírica, que partem de axiomas e desenvolvem-se mediante operações formais de dedução, com as fórmulas lógicas e entidades ideais da matemática; e, (ii. B) nomoempíricos, formados por proposições com referência empírica, que se subdividem em: (b.1) descritivos, constituídos por proposições informativas; e (b2) prescritivos, formado por proposições que se dirigem ao campo das condutas humanas com a finalidade de regulá-las”.¹¹³

Em resumo, no conceito de Neves, os sistemas podem ser classificados como reais, físicos (o sistema nervoso, por exemplo) ou proposicionais – estes podem ser nomológicos, relativos a valores, como por exemplo, a moral, ou a entidades ideais como a lógica e a matemática; ou nomoempíricos que se dividem em descritivos (em linguagem científica, consiste em dar informações, em descrever, em comunicar e transmitir saber) e prescritivos (em linguagem normativa, pauta comportamentos individuais e coletivos, estabelece regras e prazos; por exemplo, dadas certas situações, é estabelecida a obrigatoriedade do recolhimento de impostos e os prazos para seu recolhimento).

O conceito pode permitir, porém, que um sistema possa estar ao mesmo tempo entre o empírico e o proposicional. Segundo Neves, o sistema nervoso, que fez parte do corpo humano, é um sistema empírico, físico. Este sistema nervoso será também, a rigor, um sistema proposicional, do tipo descritivo, no instante em que for analisado por um médico que o observe. É o que Losano, em passagem também por aqui observada, denominou de sistema interno e sistema externo. Para Neves, o sistema nervoso é sistema empírico, interno; o mesmo sistema nervoso, porém, quando alvo de descrição médica, será sistema proposicional, descritivo. Neste particular, conquanto absolutamente razoável, porque é possível identificar dois sistemas em um mesmo corpo, a conceituação pode padecer de algum equívoco.

Aurora Tomazini sustenta o conceito de sistema afastando a ideia de sistema real; segundo ela, não haveria um sistema real, dado que tudo é produto de linguagem. Não há, assim, um sistema do corpo humano, enquanto entidade física, mas o sistema descritivo do corpo humano. A autora, sempre apoiada na teoria de linguagem defendida muito

¹¹³ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 130.

incisivamente entre nós por Paulo de Barros Carvalho, diferencia sistemas entre aqueles comunicacionais e não-comunicacionais. Diferenciação esta que se realiza sempre a partir da linguagem.

Na compreensão de Tomazini, sistemas são resultado e produto de linguagem; é a partir deste entendimento que é possível definir a diferenciação entre sistema comunicacional e sistema não-comunicacional.

Resultado e produto da linguagem, sempre de acordo com Tomazini, os sistemas comunicacionais são aqueles dentro dos quais as partes dialogam, ainda que metaforicamente e são resultado da comunicação entre duas ou mais pessoas; os sistemas não-comunicacionais são aqueles no interior dos quais as partes não se conversam e cujo resultado não depende de comunicação entre duas pessoas.

À guisa de exemplo, entre os comunicacionais, está o sistema do direito, dado que, a Constituição Federal é resultado de um processo de comunicação, de um longo e intenso debate político.

O sistema das ferrovias é um conjunto de elementos não-comunicacionais; trata-se de uma construção material cuja edificação é resultado da força de trabalho dos operários que a construíram, não obstante, enquanto sistema e em sua fase de planejamento, seja resultado de um processo linguístico de observação e de comunicação entre profissionais da engenharia ferroviária.

O sistema do corpo humano, um sistema físico para Neves, é não comunicacional para Tomazini. Ambas as visões, todavia, são frutos de linguagem:

“Dentro deste modelo, a constituição linguística não configura uma diferença específica a ser eleita como critério classificatório dos sistemas, pois todos eles pressupõem linguagem. No entanto, podemos separar aqueles cujos elementos (linguagem) inserem-se num contexto comunicacional, ou seja, resulta da troca de mensagens entre duas ou mais pessoas (ex. religiosos, econômicos, políticos, educacionais, científicos, etc.) e aqueles cujos elementos, embora percebidos e estruturados por nossa mente sob alguma forma linguística, não resultam de um processo de trocas de mensagens realizado entre duas ou mais pessoas (ex: sistemas elétricos, hidráulicos, ferroviário, psíquicos, biológicos etc.). Chamamos, assim, os primeiros de sistemas comunicacionais e os segundos de não comunicacionais, utilizando-nos, para tanto, do termo ‘comunicação’ para designar um processo de intercâmbio de mensagem entre um emissor e um receptor, num conceito redacional”.¹¹⁴

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 131.

Estabelecido o pressuposto de que os sistemas são resultado da linguagem e que se diferenciam entre os comunicacionais e os não comunicacionais, Tomazini fixa ainda diferenças entre os comunicacionais, pouco diferente daquela adotada por Neves para os sistemas proposicionais; nos sistemas comunicacionais, para a autora, há uma diferença inicial entre descritivos e não descritivos, e, depois, outra, entre os não descritivos – prescritivos e não-prescritivos.

Para a autora, efetivamente, há outros sistemas comunicacionais que não apenas os descritivos e os prescritivos; há também, entre os sistemas comunicacionais, os não descritivos, como por exemplo, os vestibulares, os censos populacionais, os romances ou novelas:

“Outra ressalva a ser feita é que, dentre a espécie de sistema nomoempírico, não encontramos apenas os descritivos e os prescritivos. Considerando-se a função da linguagem, existem outras possibilidades de aglutinação e estruturação de elementos linguísticos que não apenas aqueles destinados a informar ou prescrever condutas – a exemplo, temos os sistemas inquisitivos, conjuntos de perguntas estruturadas e direcionadas por vetores comuns como: testar conhecimentos (i.e. vestibulares, as provas, exames de qualificação), definir estatísticas (i.e. censo populacional, agrícola); os sistemas ficcionados, cujos elementos agrupados e estruturados criam realidades fictícias (i.e. romances, novelas, jogos eletrônicos); os sistemas operacionais se destinam à realização de certas atividades (i.e. previdenciário, judiciário, político) etc. Neste sentido, tal divisão, apesar de elucidativa, não resiste a uma análise mais apurada. Desta forma, preferimos separar os sistemas nomoempíricos em: (i) descritivos; e, (ii) não-descritivos, tomando-se como critério serem seus elementos proposições informativas, neste caso os sistemas prescritivos e não-prescritivos figuram como subespécies destes últimos (ii.a e ii.b – respectivamente). Assim, resolvemos os problemas dos sistemas inquisitivos, fabuladores e de todos os demais que não se enquadram na espécie dos descritivos, nem dos prescritivos”.¹¹⁵

Em outras palavras, a autora supera a conceituação de sistemas físico e empírico; para ela, os sistemas são comunicacionais (direito, por hipótese) e não comunicacionais (ferrovias, por exemplo), e, entre os primeiros, há os descritivos (ciência do direito) e não-descritivos (direito); dentre os não descritivos, há os prescritivos (direito) e os não-prescritivos (vestibular).

A diferença conceitual entre Neves e Tomazini está na premissa: ele concebe sistemas que não sejam resultado da linguagem, os físicos, empíricos; para ela, diferentemente, todos os pressupostos partem da linguagem.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 133.

Não obstante a tentativa de conceituar os sistemas dividindo-os entre comunicacionais e não-comunicacionais, não há dúvidas de que é possível que um mesmo sistema possa enquadrar-se em ambas as categorias. Por exemplo, o sistema do corpo humano, enquanto entidade física, é não-comunicacional, podendo, também, enquanto campo de observação de um intérprete, de um cientista, ser descritivo e, portanto, comunicacional.

Esta dualidade representada pela possibilidade de que um sistema possa ser classificado, ou inserir-se, em duas diferentes formas – como as ferrovias, um sistema físico, concreto, e também proposicional, descritivo, enquanto ideias em elaboração ou em observação, na classificação de Neves; ou, ainda, não comunicacional (a ferrovia física) e comunicacional descritivo (a ferrovia em elaboração ou observação), segundo Tomazini – é solucionada pela visão Luhmann ao estabelecer que um sistema se caracteriza por sua diferenciação em relação a tudo que está em seu entorno, o ambiente.

Para o sociólogo alemão, um sistema se caracteriza em função das diferenças que mantém de tudo que está no seu entorno, o ambiente. O conceito decorre, meramente, de distinção; a diferença surge da codificação estabelecida em um dado conjunto de elementos. Estes elementos, ligados por uma codificação comum, obedecem a um binômio: no direito, o lícito ou não lícito, jurídico ou não-jurídico; na economia, pode ser lucro ou não lucro.

O sistema, para além de se diferenciar do ambiente a partir de uma codificação, é autopoietico; isto é, resolve-se em si mesmo. O sistema do direito não pode se valer do que está na religião para resolver qualquer uma de suas fissuras; a economia, por sua parte, não se preocupa com ilicitudes, estando focada exclusivamente na lucratividade.

Detalhe significativo da teoria de Luhmann é o fato de que se considera o homem como parte externa do sistema, inclusive do sistema social. O indivíduo integra o ambiente e, como tal, consegue enxergar, observar o sistema.

Para Luhmann há quatro tipos de sistema: não-vivos, vivos, psíquicos e sociais.

“Para uma primeira orientação deverá ser suficiente distinguir três níveis de análise e colocar a questão de como uma mudança de paradigma no plano da Teoria Geral dos Sistemas atua na Teoria Geral dos Sistemas Sociais. O esquema a seguir esclarece essa intenção.

- 1) Sistemas
- 2) máquinas; organismos; sistemas sociais; sistemas psíquicos

3) tipos de sistemas sociais: interações organizações sociedades”.¹¹⁶

Em leitura de apoio à obra do sociólogo alemão, Caroline Kunzler explica que os sistemas não-vivos são aqueles incapazes de se autoproduzirem, para isso eles dependem do ambiente; uma máquina de lavar, que é um sistema, se avariada, dependerá da vontade de alguém para que seu conserto seja realizado.

De outro lado, os sistemas vivos são as células, os animais, o corpo humano, os quais são autopoieticos, resolvendo-se em si mesmo, não aguardando o que vem do ambiente para suprir suas necessidades. Uma célula que dependa de vitamina ‘D’ não aguardará o sistema, resolver-se-á por si mesma, apropriando-se deste recurso presente no sistema que ela integra.

O sistema psíquico é aquele da consciência, o organizador dos pensamentos. Atua como os demais sistemas autopoieticos, não havendo diferença; o sistema se resolve em si mesmo, com pensamentos gerando pensamentos.

Finalmente, há os sistemas sociais, definidos pela comunicação entre suas unidades, diferenciados por códigos, mas, também, autopoieticos como os demais. Kunzler elucida:

“Para Luhmann há quatro tipos de sistema: não-vivos, vivos, psíquicos e sociais. Os sistemas não-vivos são incapazes de se produzirem a si mesmos, por isso não podem ser classificados como autopoieticos. Para manterem-se, dependem do ambiente. Por exemplo, uma máquina que estraga não é capaz de consertar-se sozinha, a partir de elementos internos. Precisa que uma pessoa queira consertá-la. E será essa pessoa, não o sistema, que decidirá que peça irá repor para fazer com que a máquina volte a funcionar. São, portanto, diferentes dos demais tipos de sistemas que se caracterizam como autopoieticos. Os sistemas vivos são, por exemplo, as células, os animais, o corpo humano. Eles são compostos de operações vitais, responsáveis pela manutenção do sistema. Se uma célula está com falta de ferro, por exemplo, ela não vai ficar esperando pela disposição do ambiente em suprir-lhe a falta. A célula não depende de uma decisão do ambiente em relação a ela. Ao contrário, seleciona o que considera importante no seu entorno. O sistema psíquico é a consciência. Esse sistema é composto de pensamentos e, assim como os outros sistemas autopoieticos, ele mesmo reproduz seu elemento. Pensamento gera pensamento e nada mais. O quarto tipo de sistema é o sistema social, composto de comunicação. A comunicação é produzida somente através de comunicação. Tudo que não pertence ao sistema encontra-se na condição de seu ambiente. Assim, os sistemas psíquicos e físicos são ambientes de um sistema social qualquer, bem como todos os outros sistemas sociais, e vice-versa. Por exemplo, a consciência de um médico e um coração são ambientes

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2011, p. 17.

do sistema da medicina. Também o direito, a teologia, a psicologia são seu entorno. O sistema da medicina é um sistema social e é composto somente por comunicação. Todos os sistemas sociais formam a sociedade ou o sistema social global”.¹¹⁷

Em resumo, o estudioso alemão concebe variados tipos de sistemas: não-vivos, vivos, psíquicos e sociais. À exceção dos não-vivos, incapazes de se autorreproduzirem, todos os demais são autopoieticos e resolver-se-ão, por si mesmos, a partir de comunicações fundadas em códigos.

Assim, o sistema do direito se resolve a partir do binômio lícito e não-lícito; o sistema da economia a partir de lucro ou ausência de lucro; o da política em situação e/ou oposição, intervenção e/ou liberalismo.

Os sistemas são resultado da linguagem e só existem a partir da linguagem e em função de codificações (lícito ou ilícito, jurídico ou não jurídico, por exemplo) estabelecidas e consensuadas.

3.4 – Sistemas Jurídicos

É importante, a todo tempo, demonstrar a relevância do estudo de sistema para o presente trabalho, especialmente na tentativa de se conhecer o que é o sistema jurídico.

Pretende-se aqui tentar elucidar o que é, efetivamente, uma ação coletiva à luz do sistema do direito, no qual há conceituação do que são os direitos coletivos – difusos, coletivos em sentido estrito e, embora não essencialmente coletivos, os individuais homogêneos.

Há, de outro lado, classificação processual para identificação de ações individuais, o que se faz a partir de partes, causa de pedir e pedido; quando estes três fenômenos forem idênticos, estaremos diante dos institutos da coisa julgada ou da litispendência.

É problemático, porém, usarmos estes mesmos conceitos das ações individuais – partes, causa de pedir e pedido – para os processos coletivos: a rigor, no processo coletivo,

¹¹⁷ KUNZLER, Caroline Morais. *op.cit.*, p. 128.

se emprestarmos o critério do processo individual, haverá dificuldade, em muitos casos, para identificar uma ação coletiva como idêntica a outra.

Por hipótese, voltamos ao exemplo da associação de bairro que ajuíza ação contra o bar que funciona para além do horário, tendo como pedido que o estabelecimento cumpra o previsto no alvará; suponha-se que a associação saia derrotada da demanda, o bar pode funcionar fora do autorizado pelo município. Imagine-se que, tempos após, o Ministério Público ajuíze ação com o mesmo pedido para exigir que o bar cumpra a mesma exigência em relação ao horário de funcionamento. As ações parecem absolutamente idênticas, mas, à luz do processo individual, serão ações distintas – as partes são diversas, os autores são diferentes.

Neste particular, é evidentemente que se deve buscar, dentro do sistema jurídico, uma forma de classificação para as ações coletivas – não adotando apenas os critérios do processo individual – com o objetivo de poder identificá-las. Para atingir tal objetivo é necessário abordar o conceito de sistema jurídico.

Não se ignora que a necessidade de fixar conceito de sistema, como lembra Losano, é uma tentativa contínua, sempre inacabada e jamais realizada por completo, de buscar uma ordem:

“Mesmo limitando-me a citar os termos mais típicos encontrados no decorrer de amplas leituras jurídicas, sem a pretensão de exaurir o ‘âmbito semântico’ de sistema e sinônimos, uma lista desse tipo começa a ser enfadonha antes mesmo de ser completada. Ela dá apenas a documentação de determinado modo de conceber a realidade (e em particular a realidade jurídica), mas não indica nenhum critério para pôr ordem nessa mesma realidade. Antes de tudo, esses termos não são usados simultaneamente em todas as línguas, mas tiveram diversos êxitos: são as facetas historicamente condicionadas de um componente constante do pensamento humano, principalmente ocidental, em geral, e do pensamento jurídico em particular. Uma história de todo o pensamento sistemático poderia confirmar essa hipótese; mas tal história nunca foi escrita”.¹¹⁸

O estudo do sistema jurídico tangencia, então, a necessidade de se estabelecer uma ordem, o que, no caso deste trabalho, resultará na classificação organizada do que se tem por ações coletivas.

Ressaltada a importância do entendimento do que é sistema, registrou-se até aqui alguns dos conceitos propedêuticos sobre o tema. Analisou-se sistema como um todo

¹¹⁸ LOSANO, Mario Giuseppe. *op.cit.*, Vol. 1, 2010, p. 6.

ordenado, mas sem ignorar a necessidade de trabalhá-lo como realidade construída a partir da linguagem de quem observa este todo.

Passou-se pelo conceito de sistema interno, sistema bruto, não se ignorando a diferença estabelecida por Losano para o sistema externo. O direito, sistema interno, é aquele que contempla as normas jurídicas no seu estado bruto; a ciência do direito, sistema externo, é aquele que as avalia de fora.

Finalmente, procurou-se estudar o conceito de sistema a partir da teoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann. Nessa perspectiva, um sistema se define pela sua diferenciação com o ambiente. Sistema é a diminuição de complexidades daquilo que se tem no ambiente.

O sistema do direito, a despeito dessas mais importantes e relevantes classificações, possui evidentemente ainda muitas outras acepções; embora sendo impossível esgotar todas as variáveis, o objetivo deste tópico é tentar esmiuçar as compreensões centrais, especialmente a formulada por Luhmann.

O israelense Joseph Raz, filósofo contemporâneo falecido em 2022, analisa as teses do inglês John Austin, jurista do século XIX, para quem o sistema do direito é o conjunto de normas que devem ser obedecidas por todos e que são fixadas por um soberano que não precisa obedecer a ninguém.

“Austin define uma lei como um comando geral de um soberano dirigido a seus súditos. Sua teoria dos sistemas jurídicos está implícita nessa definição. Para esclarecer isto, dividiremos a definição em três partes e cada uma delas fornecerá uma resposta aos nossos três problemas principais: uma lei é (1) um comando geral (2) emitido por alguém (a expressão usual de Austin é posto ou dado) (3) que é um soberano (ou seja, que é habitualmente obedecido por certa comunidade e não obedece habitualmente a ninguém”.¹¹⁹

Neste entendimento, o sistema do direito é o conjunto de normas fixadas por um sujeito que, dados os seus poderes, tem condições de as estabelecer e exigir seu cumprimento, sem que, por sua parte, tenha que obedecer a quem quer que seja.

O jurista britânico Herbert Hart, já no século XX, mantém em parte a teoria de acordo com a qual o direito é um plexo de regras construídas por quem tem poder e não precisa se submeter ao poder de ninguém; para além disso, porém, esse plexo de normas

¹¹⁹ RAZ, Joseph. O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Editora VMF Martins Fontes, 2012, p. 8.

há de estar hospedado em diploma secundário (como se fosse uma lei ordinária), o qual buscará fundamento de validade em uma norma primária (a Constituição). Na inexistência dessa cadeia básica de regulamentos, o sistema não será do direito:

“(...) os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém. Esta situação social é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito. Apresentamos já com algum pormenor a incapacidade de tal teoria para explicar alguns dos aspectos mais salientes de um moderno sistema jurídico interno: contudo, e apesar disso, contém realmente, embora de uma forma confusa e equívoca, algumas verdades acerca de aspectos importantes do direito, como sugere, aliás, a sua influência sobre o espírito de tantos pensadores. Estas verdades, porém, só podem ser claramente apresentadas, e a sua importância correctamente avaliada, nos termos de uma situação mais complexa, em que uma regra secundaria de reconhecimento seja aceita e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. É esta situação que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico (...)”.¹²⁰

Nestes termos, para alguns estudiosos, o sistema do direito era o conjunto de regras editadas por aqueles que, não se submetendo a elas e a ninguém, exigiam obediência a todo o grupo social ao qual eram endereçadas. Segundo conceitos mais atuais, este conjunto de regras dependeria, também e em parte, da presença de normas anteriores que chancelassem a sua formação. O sistema dependeria de um fio condutor, uma Constituição por exemplo, que seria alicerçadora dos demais tipos de regras.

Além disso, existem conceitos de sistema de direito que tangenciam mais incisivamente o prisma kantiano, ou seja, trata-se de uma unidade de ideia em função de pontos de vistas unitários que buscam estabilidade, formando-se uma plêiade de conhecimentos diversos cujas metas são a própria unidade e sua conservação. É o que nos denuncia Canaris:

“A ideia de sistema em direito provoca dúvidas e discussões. Como hipótese de trabalho – e tal como faz Canaris – é, em regra, utilizada a noção de Kant: sistema é a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos diversos ou, se se quiser, a ordenação de várias realidades em função de pontos de vista unitários. Esta ideia pode ser aplicada às relações estáveis que são o direito. A repetição, a medida ou a própria estabilidade são-no porquanto informam os pontos de vista unitários da fórmula kantiana. Assim se obtém o sistema interno, equivalente à lógica mínima que permite destrinçar o direito como arbítrio puro. A esta luz, o sistema existe, quer desse se tenha, que não, uma específica consciência”.¹²¹

¹²⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. *op.cit.*, p. 112.

¹²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2019, p. 227.

Sistema seria, então, a unidade de diversos conhecimentos sob a mesma argamassa, um ponto de vista comum. No direito, sistema é o fenômeno que liga distintos saberes em razão de uma unidade com a qual todos se identificam, ou, em outras palavras, diferentes tipos de normas em função da necessidade de garantir um interesse comum, a estabilidade.

O jurista Tércio Sampaio também traz importante colaboração para o estudo do termo sistema do direito, indicando que, a rigor, sistema é composto por áreas diferentes do saber; no caso do direito, ele é, efetivamente, o encontro da vida econômica, social e financeira.

“Sistema do direito é, numa concepção inicial, kantiana, o encontro formal da vida econômica e social: ‘nestes termos, o próprio ordenamento jurídico, atendendo à concepção neokantiana de forma e matéria, deve ser visto como o a priori lógico da vida econômica e social, que é sua matéria, existindo entre ambas não uma relação causal, mas uma mera condicionalidade lógica’”.¹²²

Até aqui, estudou-se o conceito de sistema do direito segundo algumas variáveis, mantendo-se, em parte, a ideia de que se trata de uma unidade ligada por um fio condutor, no caso do direito, a necessidade de estabilidade social. Registrou-se ainda que pode tratar-se de um conjunto de normas editadas por um superior que não tem necessidade de subordinar-se a terceiros, mas que, por outro lado, tem o direito de submeter a todos às suas vontades.

O sistema jurídico também foi objeto de estudo de Hans Kelsen, cuja obra mais importante talvez seja sua Teoria Pura de Direito.

O jurista austríaco teve o mérito de isolar o sistema do direito a partir de premissas “kantianas”, o “ser” do “dever-ser”, sendo que o “dever-ser” contido em textos escritos são frutos de uma construção, não sendo, portanto, naturais. Kelsen diferenciou o sistema interno, as normas brutas de Direito, do sistema externo, a análise do sistema bruto, das regras positivamente hospedadas no texto legal.

Como exemplo, um “dever-ser” a partir de um texto de legislação, que integra o sistema do direito, é o fato de que a propriedade de um veículo automotor obriga o particular a recolher um percentual do valor do bem aos cofres do Estado. No sistema da

¹²² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *op.cit.*, 1976, p. 40.

física, a lei da gravidade “obrigará” que uma maçã solta atravesse o ar e chegue ao chão. Analogamente, pode-se afirmar que este é um “dever-ser” da natureza.

Kelsen, pai da teoria pura do direito, constrói o seu sistema do direito a partir de um conjunto de normas válidas – juízos hipotéticos condicionais com previsão de sanção – a fixarem obrigações aos destinatários. A eficácia de tais normas deriva e só é garantida pela existência de uma hipotética norma fundamental.

Neste aspecto, a teoria de Kelsen diverge da tese de Austin apenas sobre a questão da origem do direito, eis que o primeiro sustenta que a origem está na norma hipotética fundamental, enquanto o segundo determina que a origem do direito está no soberano – aquele que não se subordina a quem quer que seja.

“Austin pensava o sistema jurídico como conjunto de todas as leis promulgadas direta ou indiretamente por um mesmo soberano. Kelsen substitui o soberano de Austin pela norma fundamental e deixa inalterado o resto da definição: um sistema jurídico é o conjunto de poderes conferidos direta ou indiretamente por uma mesma norma fundamental. Em suas próprias palavras: ‘todas as normas cuja validade remonta a uma única norma fundamental formam um sistema de normas, ou um ordenamento’.”¹²³

Embora divergindo em relação à origem, ambos definem o sistema como o conjunto de normas válidas no bojo das quais estão dispostas as sanções.

Em visão que se origina com Kant, alguns estudiosos retratam o sistema como um corpo de linguagem, uma construção linguística que se faz a partir de uma observação externa e, como lembra Luhmann, está atrelada a um código: no caso da economia, este código pode ser lucro/ausência de lucro; no caso do direito será lícito/ilícito. É por essa codificação – lícito/não-lícito – que o sistema do direito se diferencia de outro corpo de linguagem, outro sistema.

É possível sustentar que apenas a linguagem do direito trabalha com textos prescritivos, enquanto outros sistemas trabalham com linguagem descritiva.

Aliás, a rigor, segundo alguns estudiosos, com os quais não concordamos, o sistema do direito se diferencia daquilo que seria, inclusive, a ciência do direito – sistema linguístico pronto a desenhar, explicar, as regras do próprio direito.

¹²³ RAZ, Joseph. *op.cit.*, p. 127.

É que, com efeito, de acordo com Luhmann, sistema é o que se distingue, em função de diferença de código, do ambiente; é aquilo que diminui a complexidade do seu entorno, da sua totalidade, transformando-se em sistema.

O direito tem código lícito/ilícito, jurídico/não-jurídico, diferenciando-se da complexidade do ambiente; dentro do ambiente estarão outros tantos sistemas sociais e, além disso, aquilo que também não compõe nenhum sistema, nenhuma organização. A ciência do direito, pois, é ambiente do sistema do direito, mas, crê-se, não chega ela mesma a ser um sistema porque não diminui nenhuma complexidade através de códigos, muito ao contrário disso.

Não se nega a ciência do direito enquanto tentativa de explicar o direito, mas não se admite que a ciência do direito, porque não diminui nenhuma complexidade, porque não limita qualquer interpretação, seja efetivamente um sistema.

De toda forma, abstraindo-se os conceitos próprios de sistema do direito em Luhmann, os quais ainda serão aqui estudados, não se pode olvidar que, para alguns, o direito é um sistema linguístico que adota proposições prescritivas, as quais têm por objetivo, no afã de fixar regras entre particulares, gerar estabilização de relações sociais as mais diversas. Explica Aurora Tomazini:

“Explicando: o legislador, no intuito de disciplinar condutas intersubjetivas, pensa a norma jurídica e produz conjunto de textos (linguagem prescritiva – representado pelo desenho da constituição e leis). Este corpo de linguagem, ao qual atribuímos o nome de direito positivo, dirige-se ao campo da realidade social a fim de estabelecer outras relações entre sujeitos (...). Surge então um jurista (...), interpreta a linguagem do direito positivo construindo, em sua mente, as respectivas normas jurídicas e, ao descrever suas construções, produz outro conjunto de textos (linguagem descritiva). A este corpo de linguagem produzido pelo jurista atribuímos o nome de Ciência do Direito. Ele dirige-se à linguagem do direito positivo com a finalidade de descrevê-la. Temos, assim, três planos de linguagem: ciência do direito, direito positivo e linguagem social. Eles interagem entre si, mas constituem-se separadamente como unidades distintas, de modo que podemos dizer serem três sistemas diferentes”.¹²⁴

A mesma autora, nada obstante ter descrito o sistema do direito como um corpo linguístico de proposições prescritivas, não se furtou a tentar ilustrar a teoria de Niklas Luhmann acerca dos sistemas. Para o sociólogo alemão, lembra-se, todo sistema depende de um código, uma função e também de programas.

¹²⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini. *op.cit.*, p. 111.

O sistema do direito se diferencia do ambiente em razão do código lícito/ilícito, jurídico/não-jurídico, tem a função de estabilizar as relações sociais e, para tudo isso, depende de programas – leis, jurisprudências, contratos e quaisquer outras prescrições normativas. É o que professa Tomazini ao tentar elucidar a teoria de sistemas de Luhmann:

“O direito diferencia-se funcionalmente dos demais sistemas sociais por ter a finalidade de garantir a manutenção de expectativas normativas, ainda que estas não venham a ser implementadas socialmente. Para executar sua função o sistema utiliza-se de um código binário próprio: lícito/ilícito, segundo o qual as expectativas normativas cumprem-se ou frustram-se. O código atua sobre as mensagens vindas do ambiente, reproduzindo-as de forma lícita ou ilícita para dentro do sistema, o que lhe atribui identidade. É por meio de código que o direito diferencia-se dos demais sistemas sociais, seus elementos são comunicações codificadas sob os valores da licitude ou ilicitude. Determinando a maneira como o código é implementado o direito utiliza-se de programas normativos (compostos por leis, regulamentos, precedentes jurisprudenciais, contratos, etc.) que estabelecem em que hipóteses as comunicações externas são qualificadas como lícitas ou ilícitas. A programação do direito, assim, é estabelecida por normas jurídicas, ela determina o conteúdo codificado, sendo constantemente alterada como respostas às demandas advindas do sistema social. Cabe a ela acompanhar a evolução da sociedade, indicando ao sistema as novas situações que necessitam de tratamento jurídico”.¹²⁵

Na teoria de Luhmann, então, o sistema do direito se orienta por um código, lícito/não lícito, jurídico/não jurídico, tem como função estabilizar as relações sociais – função esta que é comum a todos os que conceituam sistema do direito – e, para isso, adota programas – leis, jurisprudência e legislações em geral.

O sistema desenhado por Luhmann, embora estudado pelos mais diversos teóricos, o que ajuda a compreendê-lo, é efetivamente clareado nas palavras do próprio sociólogo alemão. Em sua obra, “A Função do Direito”, Luhmann deixa muito claro que o sistema do direito se diferencia dos demais a partir da sua codificação, lícito ou não-lícito, de modo a se diferenciar da complexidade do ambiente:

“Como condição de uma completa observação do observar, de uma codificação universal e plenamente confiável segundo lícito/ilícito, surge no sistema do direito um estreito domínio de decisão juridicamente vinculativa – seja para afirmar, seja para modificar o direito. Trata-se aqui de um sistema parcial organizado, isto é, um sistema que se diferencia pela distinção entre membros e não membros do sistema. Os membros, em sua qualidade de membros, devem produzir decisões que se orientem pelos programas do sistema (que são mutáveis no interior da organização) e, portanto, pelas normas do direito. Para esse sistema decisório do sistema do direito, temos apenas designações para os

¹²⁵ *Ibid.*, p. 144.

subsistemas novamente diferenciados, ou seja, tribunais e parlamentos (na teoria da divisão dos poderes: judiciário e legislativo), mas nenhuma caracterização para a unidade desse sistema”.¹²⁶

O sociólogo alemão conceitua sistema como tentativa de diminuir a complexidade entre a unidade do sistema e aquilo que está no seu entorno, o ambiente; assim, tratando-se do sistema de direito, ele se contempla a partir de uma linguagem, com codificação, de lícito e não-lícito, jurídico e não-jurídico, diferenciando-se de todo o entorno, de todo o ambiente, no bojo do qual estarão todos os demais sistemas (religiosos, econômicos, políticos) com codificações distintas. É o que, explicando Luhmann, nos professa Viana:

“No quadro teórico da complexidade temporalizada, o sistema jurídico se coloca diante do problema do estabelecimento do recurso de uma estrutura constituída de elementos normativos (programas condicionais) e de elementos dogmáticos dotados de relativa estabilidade, tornando o direito previsível – ainda que de modo não absoluto – e reduzindo a complexidade do mundo pela estabilização de expectativas. Por outro lado, de modo paradoxal, o sistema do direito deve se posicionar como observador de segunda ordem e observar suas próprias observações (é dizer, o modo como observa) com vistas a possibilitar a percepção autopoietica dos resultados de suas observações. Nesse observar-se o sistema se depara com sua própria complexidade (interna) e sua assimetria com a complexidade de seu ambiente, no qual estão os outros subsistemas sociais que também o observam, e com a inarredável necessidade de ampliação de seus horizontes para, assim, incluir outras possibilidades decisórias”.¹²⁷

Não se ignora que, para além e sem prejuízo dessa conceituação, há inúmeras outras. Há aquelas que trabalham sistema como corpo de linguagem, a qual será descritiva ou não descritiva (e entre elas, a prescritiva); há aqueles que, concordando se tratar de corpo de linguagem, diferenciam-nas apenas como prescritiva e não prescritiva.

O sistema do direito tangencia, de toda forma, um corpo linguístico a orientar as condutas humanas através de códigos traduzidos, a partir de proposições escritas, em lícitos ou não lícitos.

É absolutamente certo que, no conceito de sistema, adotando-se a terminologia de Luhmann, ou a de Losano ou ainda a de Tomazini, quaisquer uma delas trabalhará, seja com a conceituação de sistema interno, seja com a diferença de ambiente para sistema, com a codificação lícito e não-lícito, jurídico e não-jurídico.

¹²⁶ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016a, p. 197.

¹²⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. *Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

Parece razoável, neste contexto, tentar fixar sintaticamente numa análise entre as próprias palavras o que é, a rigor, lícito ou não lícito para o sistema. Este, parece-nos, é o grave problema. O que é lícito? O que é ilícito?

Não se ignora que o sistema trabalha com essa codificação, lícito e não lícito, a qual pode ser jurídico e não-jurídico, mas, de outro lado, parece-nos ser necessário, a todo instante, verificar o que elas significam, efetivamente, aos olhos do direito.

Percebam que, em dado momento da história, o Supremo Tribunal Federal permitiu a prisão de condenado em segunda instância ainda que o processo penal não tenha transitado em julgado; em outro momento, o mesmo pretório proibiu a prisão após o julgamento de segunda instância, deixando-a para, apenas, após o trânsito em julgado. Os textos legais eram os mesmos, mas qual decisão, qual interpretação, se mostrou lícita ou ilícita?

Este é um problema, qualquer que seja a teoria de sistema jurídico adotado, de difícil superação. Em sua teoria pura, Kelsen trabalha a decisão judicial como ato de vontade de julgador a partir do direito positivo.

O decidido pelo judiciário, a rigor, longe de estar adstrito à interpretação, é, antes de tudo, subjetivamente, um ato de vontade.

“Todo ato em que o Direito é aplicado, que seja um ato de criação jurídica que seja um ato de pura execução é, em parte, determinado pelo direito e, em parte, indeterminado. A indeterminação pode respeitar tanto ao fato (pressuposto) condicionante como à consequência condicionada. A indeterminação pode mesmo ser intencional, quer dizer, estar na intenção do órgão que estabeleceu a norma a aplicar”.¹²⁸

Assim, o jurista alemão admite, a rigor, a possibilidade de subjetivismo no direito, embora, de outro lado, tenha afastado o “ser” do “dever-ser”; isolou, pois, o direito da moral, da metafísica, criando um sistema puro de regras inseridas dentro de um sistema próprio, o qual se diferencia da moral, da religião, da política, da economia.

Isto não afasta, porém, nas palavras de Kelsen, a possibilidade da indeterminação, da vontade, problema teoricamente insolúvel, na aplicação do direito. Com efeito, o aplicador da norma – do “dever-ser” (por exemplo, dado o fato de auferir renda, surge a obrigação de pagar determinado percentual de imposto sobre a mesma renda) – pode,

¹²⁸ KELSEN, Hans. *op.cit.*, p. 388.

subjetivamente, num ato supostamente de vontade, classificar o conceito de renda a partir de seus próprios valores. Este subjetivismo é um problema deveras significativo.

Em outras palavras, se o sistema do direito se diferencia por uma codificação de lícito ou ilícito, segundo Kelsen o que é lícito ou ilícito dependeria de um ato de indeterminação do aplicador da norma, o qual poderia decidir, por um ou outro, em função de um ato de vontade, de um ato indeterminado, de uma valoração subjetiva.

Construído dessa forma, a partir de um ato da vontade pessoal de um indivíduo, de sua própria valoração, o código poderia ser corrompido.

Por certo que estes problemas de subjetividade não decorrem da intenção ou da efetiva teoria de Kelsen – que tem o mérito de isolar o direito de outros campos do conhecimento.

O problema da possibilidade de permitir ao julgador apreciar o direito de acordo com sua vontade decorre, a rigor, mais de semântica do que efetivamente da teoria construída por Kelsen; com efeito, permitir ao julgador fixar o conceito jurídico a partir dos seus valores é um problema semântico, insolúvel para o falecido jurista austríaco, eis que o conceito das palavras dependerá, certamente, da valoração do aplicador da lei. Este é, inclusive, o diagnóstico construído por Lenio Streck:

“É nesse ambiente, nas primeiras décadas do século XX, que aparece Hans Kelsen (cuja obra maior, a segunda versão da Teoria Pura do Direito, é publicada em 1960). Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela *Begriffjurisprudenz* (jurisprudência dos conceitos). Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reformar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da jurisprudência dos interesses da escola do direito livre – que favoreciam, sobremedida, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito por Kelsen a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica. Mas, em um ponto específico, Kelsen se rende aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista (veja-se que Habermas mais tarde, vai construir a sua TAC como um modo de substituir essa razão prática). Para o autor austríaco, esse desvio é impossível de ser corrigido (...). Kelsen positivista – diferenciou lei de norma – problema interpretativo. Faltou, portanto, compreender que: A) Kelsen superou o positivismo exegetico a partir do fato de que o conceito preponderante não é mais a lei, mas sim, a norma, que não está contida apenas na lei, mas também nas decisões, (portanto, o problema em Kelsen é um problema de decidibilidade); B) uma vez que foi mal entendido, Kelsen não foi superado pelos teóricos do direito justamente por não terem conseguido compreender o alcance nem da primeira fase da viragem linguística (neopositivismo lógico) nem de seu sequenciamento/aprimoramento (o giro ontológico-linguístico). O problema do positivismo não é o fato de a lei ser igual ao direito de o direito ser

igual à lei, mas, sim, de o sujeito cognoscente se apoderar da ‘sacada kelseniana’ de separação entre interpretação como ato de conhecimento (esta sim, exata, objetiva, rígida) e interpretação como ato de vontade (relegada ao alvedrio do órgão competente para a aplicação da norma superior). Esse é o *busilis* do problema”.¹²⁹

Para Kelsen, portanto, o direito positivo – conquanto isolado dos outros ramos do direito – não é aplicado senão através de atos de vontade, eis que a conceituação semântica das palavras, quando não prevista em lei, permitirá ao aplicador fixar seu conteúdo.

O problema central, então, partindo-se do pressuposto que sistema é aquilo que se diferencia do seu entorno em função de diminuição de complexidades por intermédio de código (lícito/ilícito; jurídico/não-jurídico), função (estabilizar relações sociais) e programas (leis, jurisprudências e contratos), características estas do sistema do direito, está na fixação do que sintaticamente é lícito ou ilícito para este sistema.

É lícito permitir que um inquérito policial, típico caso de processo administrativo, se materialize sem a garantia, prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal¹³⁰, da ampla defesa e do contraditório?

Perceba que está a se falar de rito previsto em lei vigente no Brasil – o Código de Processo Penal, o qual permite que o inquérito policial se aperfeiçoe sem ampla defesa e contraditório. É lícito, segundo o Código de Processo Penal, haver inquérito sem o devido respeito a estas garantias constitucionais.

Retoma-se a pergunta: é lícito, à luz do necessário código lícito ou não lícito do sistema do direito, que o inquérito policial se materialize sem a observância daquelas garantias?

Se para o sistema do direito lícito for cumprir estritamente o texto da lei, inclusive permitindo uma valoração subjetiva ao seu aplicador, sim, será lícito permitir o inquérito sem ampla defesa e contraditório; mas, ao contrário, se a lei deve se submeter ao reclamo de ordem constitucional, ainda que tenha sido editada em momento anterior à carta maior

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *op.cit.*, p. 202.

¹³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

da república, o inquérito não será lícito se – mesmo respeitando o código de processo penal – não atender à ampla defesa e o contraditório.

Superada a questão da codificação, o que é para o direito o lícito ou o ilícito? Para Kelsen é problema semântico, eis que é dado ao juiz – em ato subjetivo – interpretar o conteúdo do signo hospedado no sistema. É a teoria pura do direito.

Para se aferir o que é lícito ou ilícito, o sistema do direito reclama impedimento ao juiz em relação a atos de vontade. O juiz não tem, e nem pode pensar em ter, vontade; ele está limitado, não apenas ao texto da lei, mas a uma interpretação possível da lei. É a teoria hermenêutica do direito, a qual trabalha o direito a partir de possíveis interpretações. É o que nos ensina Lenio Streck:

“Portanto, a hermenêutica da qual falo não tem relação com o seu sentido tradicional (teórico-descriptivo). Tem ela uma dimensão prescritiva, na medida em que, neste processo de revolvimento do chão linguístico, procura-se estabelecer um conjunto mais ou menos coerente de regras e métodos para se interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no âmbito da arte (literatura, poesia etc.), seja no âmbito religioso (na interpretação dos textos sagrados), seja no âmbito jurídico (na interpretação dos textos de lei, decreto, jurisprudência etc.). Fazendo um esboço histórico, temos por esboçados os três campos do conhecimento que irão se interessar, de maneira mais direta, pelos problemas hermenêuticos: a) a filologia; b) a teologia; e, c) o direito.

(...)

Por outro lado, há também uma perspectiva prescritiva (prática), na medida em que essa descrição visa a atingir um resultado: procura estabelecer regras e métodos que conformem de tal modo o processo de interpretação e compreensão que se torne possível reduzir os erros e mal-entendidos que possam surgir da leitura dos textos”.¹³¹

Estando o sistema do direito atrelado à codificação lícito ou ilícito, surge daí a necessidade de interpretar o que significam estes códigos, não sendo possível, com o respeito que a teoria geral merece, que a definição de tal aceção ocorra a partir de ato de vontade do juiz.

Muito pelo contrário e muito distante disto, é rigorosamente necessário para o esclarecimento do que é lícito ou ilícito trabalhar com conceitos a partir de uma teoria hermenêutica, fixando uma margem fechada de interpretação, objetivando um entendimento absolutamente restrito, não outorgando margem interpretativa que esteja à mercê da vontade do aplicador da lei.

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 34.

O sistema do direito exige que seja fixado um quadrante interpretativo para sua codificação, dentro do qual o aplicador da lei deve agir, sem permitir atos subjetivos ou de vontade.

Finalmente, não se ignora que há interpretações que encaram o sistema do direito não como um mero encaixe de regras, mas como um sistema que tem por objetivo, a rigor, estabelecer um regime opressivo. Losano nos lembra como, no século XVIII, Adam Smith conceituou o sistema de direito, um entendimento semelhante àquele que se estabeleceu na antiga União Soviética:

“Muitos estudiosos abordam o direito a partir desse ponto de vista, embora poucos sejam juristas. Limito aqui a citar dois exemplos extremos. Num esboço da Riqueza das Nações, publicado postumamente, Adam Smith constata que num país civilizado os pobres provêm para si mesmos o enorme luxo de seus senhores. O mecanismo para realizar a distribuição da riqueza é o direito: ‘Numa sociedade de cem mil famílias, talvez haja cem que não trabalham de modo algum e, todavia, ou com a violência ou com a mais regular opressão da lei, absorvem uma quantidade de trabalho social superior à de dez mil família. E também a divisão daquilo que permanece, depois desse enorme desfalque, não ocorre de nenhum modo em proporção ao trabalho de cada indivíduo; ao contrário, dá-se menos a quem trabalha mais’. A essência dessas considerações encontra-se, nos antípodos ideológicos de Adam Smith, na definição de direito extraída do artigo 590 do código penal soviético: ‘O direito é um sistema de relações sociais que serve aos interesses da classe dominante e, dessa forma, é sustentado por sua força organizada, o Estado’. Essa explicação do direito através da economia talvez não agrade a muitos. Apresento-a aqui, contudo, não como a única interpretação possível do fenômeno jurídico, mas apenas como a interpretação que considero menos incompleta, embora não certamente exaustiva e definitiva”.¹³²

Assim, para além da conceituação do sistema jurídico como um conjunto de proposições cujos códigos são lícito ou não lícito, jurídico ou não-jurídico – e cuja interpretação deve definir se tais códigos podem ser considerados como atos de vontade pessoal ou se necessitam de um entendimento restrito por um quadrante interpretativo – é possível também buscar analisar o sistema a partir de um círculo conceitual que vise apenas sua função ou seu resultado, abstraindo as demais características. É o caso da forma de se encerrar o sistema do direito como foi definido na extinta União Soviética – como arcabouço que serve aos interesses de uma classe dominante e que é sustentado pelo estado.

¹³² LOSANO, Mario Giuseppe. Os Grandes Sistemas Jurídicos. Tradução: Marcela Varejão. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2022, p. 3.

De toda forma, para os fins deste trabalho, o sistema do direito é o conjunto de proposições cuja codificação – lícito ou não-lícito – deve ser entendida a partir de um quadrante interpretativo fechado, não sendo possível, àqueles que dela devem fazer uso, valorá-la a partir de um ato de vontade, subjetivamente.

3.5 – Teoria de Sistemas – Incluindo o do Direito – À Luz do Pensamento de Niklas Luhmann

Definir uma forma de identificação das ações coletivas dentro do sistema do direito é o que aqui se pretende procurar, dado que, sob a perspectiva estritamente individual acerca dos processos, uma ação será identificada a partir do tripé partes, causa de pedir e pedido.

Isto é, se o vizinho de uma igreja ajuizar ação para impedir seu funcionamento após as vinte e três horas, e essa ação for julgada improcedente, isso não impedirá, teoricamente, à luz do processo individual, que o Ministério Público ajuíze ação com o mesmo objetivo de que a mesma igreja esteja fechada após aquele mesmo horário. Com efeito, pelos critérios do processo individual, as ações com partes diferentes – no caso uma pessoa física e o Ministério Público – não são iguais.

Quer-se, neste trabalho, construir tese segundo a qual, à luz do sistema do direito, essas ações são, inegavelmente, idênticas; a rigor, ambas podem produzir sentenças cujos conteúdos levem aos mesmos resultados.

Para se chegar a qualquer conclusão, e sem querer antecipá-la, é fundamental compreender, antes de tudo, o conceito de sistema, fazendo uma interpretação holística, global. A partir deste conceito faz-se necessário estabelecer não apenas numa interpretação isolada do sistema processual, mas de todo o sistema e do tripé necessário para conceituar ação individual, considerando-se ainda o contexto geral, para definir quais são os critérios para identificar uma ação coletiva.

Nos tópicos anteriores, a teoria de sistema foi estudada tendo como base diversos autores e conceitos. A partir de agora, sem demérito das demais teorias, a tentativa de analisar o sistema do direito estará centrada na teoria de sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann.

Dada a dificuldade da linguagem empregada pelo sociólogo, a tentativa de esgotar o entendimento sobre seu pensamento é inacabada e inútil; far-se-á, contudo, um esforço com o objetivo de trazer as principais ideias por ele desenvolvidas, atentando para a profundidade e a complexidade com as quais o estudioso empregou os necessários e indispensáveis termos técnicos.

Losano simplifica a dificuldade das terminologias empregadas por Luhmann fazendo uma metáfora com um geógrafo que delimitou, formalmente, os mapas de maneira diferente da já conhecida; os continentes continuam nos mesmos lugares, mas, em teoria, os outros estudiosos não conseguem mais vê-los. Surgem, então, outros teóricos que se dedicam a estudar esta segunda e nova análise. Em relação a Luhmann e sua linguagem, surgem também sociólogos, filósofos e filólogos que têm como objetivo identificar, traduzir, os detalhes da sua teoria:

“O efeito produzido por esse modo de construir uma teoria é comparável ao de um geógrafo que deslocou a redefiniu os meridianos e os paralelos: os continentes estão sempre no mesmo lugar, mas os outros geógrafos já não os encontram em seus mapas. A desorientação causada nos leitores pela terminologia de Luhmann é comprovada pela existência de glossários luhmannianos que ajudam a traduzir Luhmann do alemão para o alemão e que procuram também oferecer o fio de Ariadne para orientar-se em uma linguagem sabidamente labiríntica e nobremente obscura. A teoria que pretende construir sua linguagem técnica específica será forçosamente pouco clara a quem se aproxima dela com os instrumentos da linguagem comum ou da linguagem técnica de outras teorias”.¹³³

A teoria de Luhmann, a qual se pretende analisar com mais cuidado, reclama e contempla a necessidade de se aproveitar de outros estudiosos que a ela se dedicaram. Sem o auxílio destas leituras de apoio, já elaboradas anteriormente, a compreensão da teoria de sistemas do sociólogo alemão, como produzida por ele, seria extremamente difícil.

Losano, ainda acerca da dificuldade de compreender os textos de Luhmann, e sua linguagem supostamente obscura, citando Schlegel, sugere que os textos clássicos e profundos permitem, sempre, a cada leitura, uma nova lição, um renovado aprendizado.

“Schlegel, aqui observador que se observa, entre o irônico e o sério, lança dados de sabedoria quase pós-moderna. Decerto Luhmann teria assinado esse seu aforismo: “Nunca se deve compreender até o fim um texto clássico: quem é culto e quem se cultiva deve querer nele aprender cada vez mais”.¹³⁴

¹³³ LOSANO, Mario Giuseppe. *op.cit.*, Vol. 3, 2010. p. 297.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 299.

Reconhece-se, assim, desde logo, o que é trivial, a dificuldade de interpretar profundamente a teoria de Niklas Luhmann, como se admite, também, a sagacidade e a complexidade dos seus escritos, de modo que, a todo instante, as leituras permitirão sempre uma nova apreciação, um renovado e inacabado aprendizado.

Nessa parte introdutória, se tentará explicar, genericamente, a teoria de Luhmann, a qual, para muito além de ser uma teoria exclusivamente de direito, é estudo e análise do sistema social; integra não só o sistema do direito, mas, a rigor, todos os subsistemas sociais.

O vasto estudo do sociólogo alemão passa pela classificação de sistema a partir da, aparentemente simples, diferença em relação àquilo que está no seu entorno, o ambiente; assim, um sistema orgânico, o corpo humano por exemplo, só é sistema em função daquilo que está à sua volta, do seu ambiente.

Deste conceito geral de sistema que surge a partir da sua diferença para com o ambiente, define-se o que é gênero e daí surgirão, resultarão, algumas espécies, entre as quais os sistemas orgânicos, sociais, psíquicos e físicos.

O corpo humano como um sistema orgânico que se diferencia do que está no seu entorno, no seu ambiente, tem, como todos os demais sistemas, a qualidade de se resolver em si mesmo, a autopoiese. Trata-se de característica comum a todo sistema esta condição de se resolver em si mesmo; surge daí a denominação de sistemas fechados.

O sistema só se abre para alguma demanda externa ante uma necessidade ou uma fissura que não possa solucionar por si só. Por exemplo, no caso de uma dor de cabeça, que é uma fissura do sistema orgânico, será necessário buscar-se algo no ambiente, um remédio, um medicamento para curar a moléstia.

O mesmo ocorre com os sistemas físicos: imagine-se uma máquina de lavar roupa, por hipótese. Trata-se de um sistema em função da diferença que possui para com o ambiente, com o seu entorno, diferença esta que se observa em função das suas características e funcionalidades. Esta máquina, enquanto em funcionamento, atendendo à sequência de seus próprios comandos, se resolve por si mesma. Do contrário, se parar de funcionar, dependerá de alguma providência que venha do seu entorno e que será adotada por um técnico, por exemplo, que se utilizará de instrumentos e de novas peças para que volte a funcionar.

O sistema social, contemplando e compreendendo toda a sociedade, englobando vários subsistemas como o sistema político, o sistema da economia e, aquele que nos interessa mais de perto, o sistema do direito, é igualmente um sistema fechado, assim como o são seus diversos subsistemas que se diferenciam do ambiente a partir de uma distinção e em função de uma codificação.

No caso do sistema do direito a diferença se estabelece a partir da codificação lícito ou não-lícito, jurídico-não-jurídico; no sistema da economia os códigos seriam lucrativo ou não lucrativo; no sistema político a distinção ocorreria entre situação e oposição, entre esquerda e direita ou, ainda, entre liberalismo e intervencionismo. Assim, os sistemas se definem a partir das diferenças que os distinguem do ambiente, as quais se verificam, inicialmente, a partir de uma codificação, embora não só apenas delas.

Estas codificações para os sistemas sociais, entre os quais o do direito com o lícito ou o não lícito, somente passaram a existir um pouco mais contemporaneamente; anteriormente, mesmo se tratando de regras supostamente jurídicas, distante ainda da ideia que as considerasse um sistema, não havia uma codificação própria que as diferenciasses do sistema político, por exemplo.

O direito se orientava por codificação estranha à atualmente existente; pautava-se por codificações de poder, de status social, gênero, raça, etc. É certo falar que era lícito ao proprietário rural ter uma propriedade humana, um negro, mas essa regra era intercorrência, a rigor, não de uma construção de licitude, mas de uma diferença criada a partir de raça.

Atualmente, todavia, o código – lícito ou ilícito – obedece, ou deveria obedecer, a um parâmetro efetivamente construído a partir do próprio sistema jurídico, conforme enuncia Neves:

“A diferenciação do direito na sociedade moderna pode ser como controle do código-diferença ‘lícito/ilícito’ por um sistema funcional para isso especializado. Segundo Luhmann, essa nova posição do direito pressupõe a superação da sociedade pré-moderna, diferenciada conforme o princípio da estratificação (verticalmente). Enquanto o princípio da diferenciação se baseava numa distinção entre superior e inferior, apenas o sistema supremo, o político, tinha autonomia autorreferencial. O direito permanecia supradeterminado pela política e pelo ideário moral estático, político-legitimador, não dispondo exclusivamente, de um código-diferença ‘sim/não’ específico. A positivação do direito na sociedade moderna implica, portanto, o controle do código diferença

lícito/ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico, o qual, desse modo, adquire seu fechamento operacional”.¹³⁵

O sistema do direito diferencia-se, assim, do seu ambiente, do seu entorno, em função da codificação que o traduz, que o materializa, que o sustenta, no caso lícito ou não lícito; reconhece-se que, anteriormente, não havia codificação assim fundamentada. Tudo aquilo que fizer uso de codificação diversa será considerado ambiente, isto é, o entorno que abarca toda a estrutura externa ao sistema e cuja complexidade é muito maior e variável.

Dito de outra maneira, a segurança jurídica, a realização das expectativas acerca das relações sociais para o direito moderno, em nível teórico, haverá de depender unicamente de uma codificação – lícito ou ilícito. Esta expectativa normativa não pode e nem deve depender de nada além do que representa essa codificação, isto é, não pode depender de condições econômicas, sociais, religiosas ou quaisquer outras. Celso Campilongo, a pretexto de explicar Luhmann, esclarece:

“Mas certeza e segurança jurídica só existem se somente ao sistema jurídico – enquanto sistema parcial funcionalmente diferenciado no interior da sociedade – couber a tarefa de decidir sobre o direito e o não direito, sem depender de considerações sobre o estrato social, a riqueza ou a oportunidade política da decisão”.¹³⁶

Trata-se o direito, então, de um sistema codificado, hospedado nos signos lícito ou não-lícito, que por meio desta codificação, como enuncia o próprio Luhmann, se caracteriza e se diferencia:

“Contudo, a forma do direito é encontrada na combinação entre duas distinções, isto é, as modalidades de expectativas cognitivas/normativas, e as de codificação lícito/ilícito. Todos os ajustes sociais do direito operam no âmbito dessa estrutura; eles variam o sentido factual, o ‘conteúdo’ das normas legais e os programas que regulam uma coordenação ‘correta’ dos valores lícito e ilícito, a fim de manter a vinculação do tempo e a capacidade de consenso/dissenso em uma zona de compatibilidade recíproca. É precisamente em razão da dimensão factual que exerce essa função de equilíbrio que não existe uma definição factual do direito. A definição factual é substituída pelo ‘sistema do direito’ como sistema de referência”.¹³⁷

¹³⁵ NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na Modernidade Periférica. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018, p. 47.

¹³⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

¹³⁷ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016a, p. 174.

O direito contempla então, nas palavras de Luhmann, uma codificação própria, lícito ou não-lícito, jurídico ou não-jurídico; é dessa codificação que surge a diferença com o ambiente, o seu entorno e os outros sistemas.

O sistema se diferencia, então, do seu ambiente, a partir da codificação; no caso do direito, é fora de dúvida, a diferença se dá por lícito ou ilícito, jurídico ou não-jurídico. Essa diferenciação serve também para reduzir complexidades que, evidentemente, são muito maiores em todo o ambiente; no sistema, diferenciado do entorno por seus códigos, a complexidade é menor. Além disso, o sistema é também fechado, abrindo-se para o ambiente somente em função de demandas ou fissuras.

Exemplificando, o sistema do direito é um conjunto de proposições que estabelece o lícito ou não lícito como sua codificação própria, sendo também um sistema fechado. Eventual proposição que esteja fora do sistema – como, por exemplo, o ainda inexistente imposto a incidir sobre a propriedade de bicicleta – poderá ser acolhida se, de outro lado, o próprio sistema permitir que essa demanda do ambiente seja incluída em seu ordenamento, o que se dará através de processo legislativo.

Este processo de integração de uma demanda do ambiente para dentro do sistema é aquilo que se convencionou tratar de interpenetração ou, mais modernamente, nas obras do próprio Luhmann, de acoplamento estrutural.

O sociólogo alemão, aprendemos, diferencia sistema de tudo que está no ambiente, no entorno; sabe-se, também, que um sistema é ambiente de outro, de modo que o sistema político é ambiente para o sistema do direito; o sistema do direito é, de outro lado, ambiente para o sistema político. Estes sistemas são fechados, mas, por vezes, se acoplam; um contrato é um fenômeno que integra economia (lucro ou não-lucro) com o direito (lícito ou não-lícito). É a integração de sistemas, a penetração de ambiente em sistema. É aquilo que Luhmann, em um primeiro momento, conceituou como interpenetração:

“Empregamos o conceito de ‘interpenetração’ para designar um tipo de contribuição dos sistemas do ambiente para a construção de sistemas. Essa posição do conceito nas relações sistema/ambiente tem de ser cuidadosamente esclarecida – especialmente porque se tornou comum um entendimento muito impreciso de interpenetração. (...) Primeiro: não se trata da relação geral entre sistema e ambiente, mas de uma relação intersistêmica entre sistemas que pertencem reciprocamente ao ambiente do outro. No domínio das relações intersistêmicas, o conceito de interpenetração deve indicar um estado de coisas mais estrito, o qual tem de ser distinguido, sobretudo, das relações (prestações) input/output. Falamos de penetração quando um sistema coloca a própria

complexidade (e, com isso: indeterminabilidade, contingência e pressão seletiva) à disposição para a construção de outro sistema. Exatamente nesse sentido, os sistemas sociais pressupõem vida. Interpenetração ocorre, correspondentemente, quando, portanto, ambos os sistemas se possibilitam reciprocamente, levando ao outro respectivo sua própria complexidade pré-constituída. No caso de penetração pode-se observar que o comportamento do sistema penetrante é codeterminado pelo sistema recebedor (e, fora desse sistema, eventualmente, ocorre erratically e sem orientação, como o comportamento de uma formiga sem contato com o formigueiro). No caso de interpenetração, o sistema recebedor reage também sobre a formação estrutural dos sistemas penetrantes; portanto, isso intervém duplamente no sistema, externa e internamente”.¹³⁸

O conceito inicialmente adotado por Luhmann para tratar do diálogo do sistema com seu entorno, com seu ambiente, e até mesmo com outro sistema, é o da interpenetração; mais contemporaneamente, em sua obra, o instituto do diálogo entre os sistemas, embora com mesma conceituação de interpenetração, passou a ser tratado como acoplamento estrutural; com efeito, Luhmann passou a entender que há uma forma, um procedimento, um mecanismo próprio, para se integrarem as estruturas, daí o nome de acoplamento estrutural.

“Em contraste, fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente – por exemplo, que o dinheiro seja de modo geral aceito ou que se possa esperar que as pessoas sejam capazes de dizer que horas são. Consequentemente, também o acoplamento estrutural é uma forma, ou seja, uma forma constituída de dois lados – em outras palavras, uma distinção. O que inclui (o que é acoplado) é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, restritivas e assim facilitam a influência do ambiente sobre o sistema. Em suas membranas, as células recebem somente certo tipo de íons (por exemplo, sódio e cálcio) e não outros (como cério ou lítio). Os cérebros, com seus olhos e ouvidos, acoplam-se ao ambiente num espectro físico muito estreito; em todo caso, não o fazem por meio de suas próprias operações neurofisiológicas; mas, precisamente por isso, tornam o organismo incrivelmente sensível ao ambiente. A restrição é condição necessária para a capacidade de ressonância, e a redução da complexidade é condição necessária para a construção da complexidade”.¹³⁹

O acoplamento se dá quando dois sistemas se encontram, o que, por outra via, significa penetração do ambiente dentro do sistema – eis que um sistema é ambiente de outro sistema. Por exemplo, o sistema político é ambiente do sistema do direito, mas, em alguns casos, como na edição de uma lei, por exemplo, eles se encontram; nestas

¹³⁸ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016b, p. 241.

¹³⁹ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016a, p. 590.

circunstâncias, o ambiente do sistema do direito – o sistema político – leva para dentro da lei uma demanda que é própria da política.

O mesmo se aplica a um contrato: para a economia interessa saber se o contrato é lucrativo ou não lucrativo; para o direito, em relação a este mesmo contrato, a preocupação se relaciona ao seu caráter lícito ou não lícito – quando ambos se encontram, economia e direito, está-se diante do fenômeno conhecido como acoplamento estrutural. É o que acontece, por hipótese, em um contrato contemplando uma compra e venda de mercadoria. Explica Campilongo:

“Alguns exemplos podem aclarar um pouco a abstração dos conceitos de sistema fechado e acoplamento estrutural. Os sistemas econômico e jurídico estão estruturalmente acoplados pelas figuras do contrato e da propriedade. Isso não significa que o acoplamento elimine a diferenciação entre o contrato enquanto qualificação jurídica de um ato e o contrato enquanto operação mercantil. Para o sistema jurídico, importa verificar se a comunicação que se faz por meio do contrato é ou não conforme o direito. Para o sistema econômico, ao contrário, a comunicação contratual adquire outra conotação. Aqui, o que importa é verificar a tradição da mercadoria., o recebimento do preço, a apuração do lucro. Evidentemente, uma nulidade contratual pode repercutir sobre o êxito econômico do contrato, e o não pagamento do preço tem consequências jurídicas. Entretanto, direito e economia reagem e observam esses problemas com base em seus códigos particulares e diferenciados de comunicação”.¹⁴⁰

Há circunstâncias nas quais se aperfeiçoa aquilo que se chamou de acoplamento estrutural, isto é, quando o sistema se encontra com seu ambiente, quando sistemas se interpenetram. Para além do contrato, quando economia e direito se encontram, com codificações próprias, exemplo bastante significativo de acoplamento estrutural é a edição de um texto constitucional; ali se materializa o encontro entre o sistema político, com os desejos dos legisladores, e o sistema do direito que exige que a edição do texto denote cumprimento a um de seus princípios básicos, o da legalidade.

“Sendo o mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a política, a Constituição tem significado diverso para um sistema e para o outro. A justificação institucional da Constituição não pode ser só política ou só jurídica. Os paradoxos e tautologias do sistema jurídico (por exemplo: é legal aquilo fixado pela lei), podem ser explicados por referências ao sistema político (por exemplo: vontade do povo). Os paradoxos e tautologias do sistema político (por exemplo: o poder legislativo está limitado e vinculado às leis que cria) pode ser explicado por referência ao direito positivo (por exemplo: princípio da legalidade)”.¹⁴¹

¹⁴⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *op.cit.*, p. 95.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 96.

Uma das características do sistema de Luhmann, então, é o acoplamento estrutural; trata-se de mecânica por intermédio da qual se permite que o ambiente penetre para dentro do sistema, ou, também, que dois sistemas – um sendo ambiente do outro – se conversem, dialoguem.

Trata-se de conceito bastante relevante: a utilização de comunicações que estejam para além do sistema, de proposições que estejam fora do sistema, dependem do acoplamento estrutural.

Como exemplo, utiliza-se novamente de fato relacionado ao direito tributário: o Estado pode exigir imposto que incide sobre a propriedade de veículo automotor, consoante previsão que dá licitude a esta cobrança, mas não pode fazer a mesma exigência em relação à propriedade de bicicleta pois não sendo esta dotada de motor de propulsão – característica do veículo automotor – não está incluída no sistema, é item do ambiente.

O Estado só poderá exigir imposto que incide sobre propriedade de bicicleta se ocorrer o mencionado acoplamento estrutural; em outras palavras, é preciso que o sistema do direito acolha aquele fato que se encontra no ambiente – a propriedade de bicicleta – trazendo-o para dentro dele. Só com o acoplamento, com edição de lei – lei complementar neste caso – poderá passar a ser exigido o pagamento deste novo imposto.

Para Luhmann, então, sistema é aquilo que se diferencia do ambiente a partir de uma codificação, o que, no caso do direito, se relaciona à identificação daquilo que é lícito do que é não-lícito. Este mesmo sistema é fechado, mas, a rigor, permite diálogo com o ambiente, permite a inserção de demandas que venham deste mesmo ambiente. Até então separados, o encontro do sistema com o ambiente se dá através daquilo que conhecemos por acoplamento estrutural – já denominado também de interpenetração.

Não se pode ignorar, nesta parte introdutória e meramente explicativa da teoria de Niklas Luhmann, que o direito é um subsistema dentro do sistema social, diferenciando-se através da já conhecida codificação (lícito ou ilícito) de tudo que está fora dele – seu entorno, o ambiente, incluindo os outros subsistemas sociais como o político e o econômico, por exemplo.

Não há nenhuma dúvida de que Luhmann não trabalha uma teoria pura de direito, mas, sim, uma teoria de sociedade; é trabalho, empreendimento, que ele construiu enquanto sociólogo, não como jurista, embora ele tenha também formação jurídica. Ele

se debruça sobre as diferenças entre os códigos de cada um dos sistemas – ou, em outras palavras, das diferenças dos sistemas com os seus ambientes.

Neste aspecto, inclusive, ele se diferencia de Kelsen, o qual se debruça sobre o sistema bruto do direito, sobre a análise das normas jurídicas, juízos hipotético condicionais; o que está fora do direito, para Kelsen, pouco revela; a ele interessa, pois, o conjunto de normas jurídicas.

Luhmann cria tese que, ao contrário do jurista austríaco, trabalha igualmente a importância do sistema com o ambiente – aquilo que está fora do sistema – criando uma teia de interações, ou permitindo explicar, como se processa, como se efetiva, a comunicação do sistema com seu ambiente. É o que explica Losano:

“Ou seja, ela via o direito como um subsistema do sistema social. Luhmann não se propõe descrever a relação entre partes e todo, entre normas e ordenamento, ou seja, ele não quer – como os pandectistas – explicar de que maneira as normas se organizam em um ordenamento. Luhmann é um sociólogo (ou melhor, um teórico da sociologia), não um jurista; portanto, quer explicar de que maneira cada subsistema interage tanto entre si quanto com o sistema social. Para explicar essa interação, parece-lhe mais proveitosa a nova teoria sistêmica, e não atinge a concepção sistemática. (...) A visão de Luhmann é a total antítese da de Kelsen: Luhmann interessa-se apenas pelas relações do direito com o ambiente, e não pelas partes que compõem o direito, e não pelas relações entre o direito e o mundo circunstante”.¹⁴²

Trata-se, assim, de teoria que trabalha com sistema a partir de uma codificação para o diferenciar daquilo que está no seu entorno; enquanto teóricos do direito puro ignoram o que está no seu entorno, o sistema de Luhmann, ao contrário, ganha importância exatamente por dar a mesma relevância ao sistema e ao ambiente.

Aliás, só há sistema em função e em razão de um ambiente que é muito mais complexo que o próprio sistema e que, a depender de acoplamento, pode levar alguma informação nova para dentro dele.

Exemplo bastante usual é aquele do direito tributário em que os proprietários de veículos automotores se submetem à necessidade de recolher impostos, enquanto os proprietários de bicicleta não têm essa obrigatoriedade. A propriedade de bicicleta é fato que está no ambiente do sistema do direito, o qual, porém, pode ser levado para dentro do sistema do direito se este eventualmente estiver aberto para essa inserção.

¹⁴² LOSANO, Mario Giuseppe. *op.cit.*, Vol. 3, 2010, p. 425.

Essa abertura, permitindo a entrada de fato para dentro do sistema do direito, se dá através daquilo que chamamos de acoplamento estrutural – no caso, o processo legislativo, em que se encontram o sistema político (ambiente para o direito) e o sistema do direito (ambiente para política)

É indubitável, então, que a teoria de sistemas trabalha, na perspectiva de Luhmann, com a sociedade, com todos os sistemas sociais, e que Luhmann não traz no seu estudo uma tentativa de apreciar isoladamente o direito, mas, ao contrário, quer pronunciá-lo a partir da diferença que ele tem de outros sistemas e da sua relação com eles – os quais são, repete-se, ambiente, para o direito.

A sua teoria, ao trabalhar com distinções, tem o mérito de, efetivamente, demonstrar aquilo que é direito, isolando o fenômeno por meio de uma codificação, lícito ou não-lícito, dos outros sistemas sociais – especialmente da economia ou da política.

Nesta perspectiva introdutória deve-se ressaltar a importância de estudar os sistemas de Luhmann para a tese que se pretende defender: quer-se demonstrar que as ações coletivas reclamam um critério de identificação diferente daquele fixado pelo legislador processual e adotado no processo civil individual para a classificação de ação individual – partes, causa de pedir e pedido; pretende-se demonstrar que há critério próprio para a classificação de ação coletiva, diferente daquele adotado no processo individual, a partir do resultado que o conteúdo de dada sentença pode produzir.

O grande mérito da teoria de Luhmann, sem querer fazer juízo de valor, é a distinção, é a conceituação por diferenças. O sistema do direito tem essa característica a partir, por certo, da diferença que tem de outros subsistemas sociais, o que se verifica a partir de codificação – no caso do direito, lícito ou não-lícito, jurídico ou não-jurídico. O sociólogo não está preocupado em apreciar isoladamente o sistema do direito, mas, a rigor, todo o sistema social – dentro do qual está o sistema do direito.

É igualmente importante entender que, embora a codificação do sistema seja o seu elemento mais relevante, todo sistema tem também uma função (objetivo) e depende de programas (instrumentos que operam a comunicação do sistema).

Função é o objetivo do sistema, o que ele pretende alcançar – no caso do direito, o sistema quer alcançar a segurança nas relações existentes entre pessoas de direito privado, entre pessoas de direito público, entre pessoas de direito público e privado, nas

relações individuais, nas relações coletivas e, rigorosamente, como função primordial, a busca da estabilização das relações sociais.

Luhmann, como lembra Campilongo, é bastante claro acerca da função do sistema do direito como arcabouço que tem por objeto “promover a generalização congruente de expectativas normativas”.¹⁴³

O sistema do direito tem, então, função de promover “generalização congruente de expectativas normativas”, o que representa a sensação segundo a qual todos devem ter as mesmas expectativas em relação àquilo que o sistema pode produzir. É a necessidade de promover a estabilização das relações sociais através de expectativas normativas.

O jurista Campilongo, que se debruça a entender a teoria de Luhmann, em explicação mais lúdica, didática, estabelece que o direito é sistema que tem por objetivo garantir o cumprimento das regras do jogo para o estabelecimento das relações de mercado:

“O direito é visto como o conjunto de meios que assegura a cada um escolher e atingir os fins desejados. Dito de outro modo: a função do direito – e nesse caso, também da divisão de poderes e, particularmente, do juiz – é de garantir as regras do jogo para o desenvolvimento das relações de mercado”.¹⁴⁴

A função do sistema, assim, ao largo de criar incertezas, é gerar e garantir expectativas. As incertezas hão de dar lugar, daí a função do sistema, às expectativas. É o que esboça Luhmann, em sua teoria geral.

“A modalização diz respeito diretamente ao problema da certeza e da incerteza, a saber, à questão sobre como alguém pode se comportar no caso de uma desilusão. Não são de modo algum todas as expectativas que contêm uma regulamentação antecipada do caso da desilusão. A maioria das expectativas cotidianas são suficientemente correntes e seguras, de tal modo que não se precisa ter nenhum pensamento ulterior. No entanto, se a evolução sociocultural cria ocasiões para colocar a expectativa em meio a uma incerteza esperável, então isso tem uma reação sobre as próprias expectativas. Elas não podem ser pura e simplesmente deixadas no incerto. Não se pode responder à presença de mais incerteza no sistema simplesmente por meio de mais incerteza que a expectativa. Ao contrário, é necessária uma dotação adicional de forma, que diga respeito ao modo da expectativa. (...). Assim, em procedimentos técnicos e, antes de tudo, em votações sociais, já se pode criar atualmente uma certeza para o fato de que, no caso da desilusão, não nos encontramos aí desesperados, nem somos expostos tampouco como pessoas que não conheciam o mundo e que tinham alimentado pura e simplesmente expectativas falsas”.¹⁴⁵

¹⁴³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *op.cit.*, p. 18.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 18

¹⁴⁵ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016b, p. 364.

O sistema serve, então, para trazer expectativas em substituição às incertezas, de modo que, transportando para o direito, o sistema que contempla o conjunto de normativos tem por função criar expectativas a partir das próprias normas.

O sistema do direito tem por escopo gerar confiança normativa no seio da comunidade, ou, em outras palavras, estabilização de relações sociais; de todo modo, usando as palavras de Luhmann, o direito vincula ou estabiliza expectativas:

“A pergunta pela função do direito, tal como conduzida anteriormente, põe-se em duas diferentes vias, cada qual a depender do problema de referência que é formulado. Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Havendo essa certeza de expectativas, podem-se encarar as decepções da vida cotidiana com maior serenidade, ou ao menos se tem a segurança de não cair em descrédito em relação a suas expectativas. O indivíduo pode se permitir maior grau de confiança, chegando a correr riscos, ou também de desconfiança, quando se pode confiar no direito”.¹⁴⁶

Trata-se, então, de premissa deveras relevante para o entendimento do sistema e sua função de gerar estabilização de expectativas normativas. O sistema tem por função afastar incertezas e consolidar expectativas.

Nada obstante, para além da codificação, lícito ou ilícito, e da função – no caso do sistema do direito a “generalização congruente de expectativas normativas” – o sistema também possui um cabedal de programas, os quais servirão para materializar a comunicação entabulada dentro do próprio sistema.

O sistema político, exemplificando, adota o programa de políticas públicas; no Brasil, à guisa de ilustração, os programas sociais “Mais Médicos”, “Bolsa Família”, “FIES”, “Minha Casa Minha Vida” e “Ciência Sem Fronteiras” são programas do sistema político que denotam e materializam o próprio sistema.

O sistema do direito, de outro lado, tem entre seus programas as leis, os decretos, as decisões judiciais, as súmulas vinculantes e os contratos; é o que materializa o sistema jurídico, embora muitos desses programas possam ser também parte de outros sistemas – como no caso do contrato que é parte da economia, assim como é parte do sistema do direito.

¹⁴⁶ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016a, p. 175.

Assim, na perspectiva de Luhmann e no que interessa ao presente trabalho, o sistema tem código, função e programa; o direito tem como código lícito ou ilícito; os programas são leis, jurisprudências e contratos; e, também bastante relevante, tem a função de realizar “generalização congruente de expectativas normativas”. É o que, igualmente, acerca de Luhmann, conclui Campilongo:

“Como sistema autorreferencial – organizado com base num código comunicativo específico (lícito/ilícito), que implementa programas condicionais (do tipo se/então) e desempenha função infungível (generalização congruente de expectativas normativas) –, o direito positivo deve resolver, de modo circular, tautológico e paradoxal, o problema de seu fundamento”.¹⁴⁷

Para além de ter uma codificação e uma função, o sistema também possui programas, os quais materializam a codificação na tentativa de cumprir a função daquele arcabouço; são as plataformas, os instrumentos nos quais se hospedam os códigos. O direito se vale de leis, jurisprudências, contratos, decretos, portarias e mesmo de medidas provisórias. Ensina Luhmann:

“O código não permite que o sistema se feche, mas somente que se conecte. É bem por isso que obrigatoriamente fica aberta a questão sobre como os valores são distribuídos em lícito ou ilícito e sobre o que, nessa perspectiva, vem a ser correto ou incorreto. Chamaremos aqui de programas as regras que decidem a respeito (independentemente da margem de interpretação). Como programas, temos em mente as leis do direito, mas também as premissas decisivas do sistema do direito – por exemplo, as auto-obrigações advindas do compromisso com os precedentes da prática dos tribunais. O fechamento operativo do sistema encontra-se certificado por codificação. Contudo, no nível da programação podem-se determinar quais perspectivas do sistema teria de processar cognições e em que ocasiões”.¹⁴⁸

A noção de sistema passaria, então, na perspectiva de Luhmann, por três importantes variáveis: i) código, o qual é responsável por diferenciar o ambiente do sistema – no caso do direito é lícito ou é ilícito, jurídico, não-jurídico; ii) função, a qual oferece um objetivo ao sistema – no caso do direito é gerar expectativas em detrimento de incertezas e, iii) programa – instrumento que se preta a materializar os códigos e que no direito são as leis, os acórdãos, os contratos, as portarias e, entre outros, as instruções normativas.

O sistema do direito é, ao final, conforme resumido por Luhmann, como um conjunto composto por código, programa e função:

¹⁴⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *op.cit.*, p. 22

¹⁴⁸ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016a, p. 125.

“Contudo, a forma do direito é encontrada na combinação entre duas distinções, isto é, as modalidades de expectativas cognitivas/normativas, e as de codificação lícito/ilícito. Todos os ajustes sociais do direito operam no âmbito dessa estrutura; ele varia o sentido factual, o ‘conteúdo’ das normas legais e os programas que regulam uma coordenação ‘correta’ dos valores lícito e ilícito, a fim de manter a vinculação do tempo e a capacidade de consenso/dissenso em uma zona de compatibilidade recíproca. É precisamente em razão da dimensão factual que exerce essa função de equilíbrio que não existe uma definição factual do direito. A definição factual é substituída pelo ‘sistema do direito’ como sistema de referência”.¹⁴⁹

Trata-se, o sistema, de fenômeno assim considerado em função da distinção em relação a seu entorno, o ambiente; esta diferença se verifica a partir de um código, sendo que, além dele, o sistema tem também uma função e um programa.

Dessa classificação de sistema proposta por Luhmann decorre importante ideia para a resolução do que se pretende estudar neste trabalho, ou seja, o estabelecimento de um critério para a identificação de ações coletivas, o qual há de vir de dentro do sistema.

A princípio, o critério para se classificar ação coletiva, pode ser, a rigor, aquele mesmo adotado para a classificação de ações individuais – partes, causa de pedir e pedido.

É indubitável, todavia, dentro do contexto do sistema, que se for adotado o parâmetro do processo individual (partes, causa de pedir e pedido) para a classificação de ações coletivas que o mesmo estará longe de cumprir com sua função de consolidar expectativas em detrimento de incertezas. Pelo contrário, estará condenado a ver frustrada esta sua importante função.

Imagine-se uma ação promovida por uma associação de proteção aos animais em desfavor da empresa que organiza o rodeio na cidade de Jaguariúna, cuja causa de pedir sejam os maus tratos aos animais e o pedido seja para proibir a realização da prova de rodeio. A ação é, ao final, julgada improcedente, autorizando-se o rodeio.

O Ministério Público, não contente com a realização do rodeio, resolve promover nova ação em desfavor da mesma empresa que o realiza. A causa de pedir dessa segunda ação é também os maus tratos aos animais e o pedido é para proibir a realização de rodeio – causa de pedir e pedido exatamente iguais como na primeira demanda apresentada pela associação. Esta segunda ação, imagine-se, ainda não foi julgada, mas pergunta-se: são ações iguais?

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 174.

Embora se esteja falando de ações cujas partes não são iguais – uma delas promovida pela associação e outra pelo Ministério Público – parece, evidentemente, se tratarem de ações idênticas porque os resultados que os conteúdos das sentenças podem produzir, se iguais forem, são idênticos, ainda que estejamos diante de partes distintas.

Neste mesmo exemplo, porém, se fosse adotado o critério do processo individual, as ações não seriam idênticas, dado que, para que elas o sejam segundo tal critério, é necessário que haja partes iguais, causas de pedir idênticas e pedidos similares. Como as partes não são iguais, não haveria uma ação idêntica à outra.

Imagine-se, agora, uma ação promovida ainda pelo Ministério Público, dado que as duas anteriores foram improcedentes, em desfavor do Município onde se realizará o rodeio. A causa de pedir continua sendo os maus tratos aos animais, o pedido é, de outro lado, para obrigar o Município a não conceder alvará para a realização do evento.

O resultado dessa terceira demanda, em nova tentativa de proibir o rodeio, será exatamente o mesmo das anteriores, mas, por serem partes e pedidos distintos, essa última ação – a se adotar o critério das ações individuais – não será igual às anteriores.

Por isso, o presente trabalho fará tentativa de fixar conceitos, diversos daqueles que são adotados para as ações individuais, para a classificação de ações coletivas. Pretende-se, a rigor, demonstrar que as ações coletivas hão de ser classificadas pelo resultado que o conteúdo da sentença pode produzir – a despeito de suas partes, causa de pedir ou pedido.

Observadas as premissas acerca dos sistemas, é lícito adotar o critério do processo individual para a identificação de uma ação coletiva, eis que, a rigor, não há utilização de nenhum código corrompido ou estranho ao sistema. O código do processo individual – partes, causa de pedir e pedido – é lícito mesmo para classificar uma ação coletiva.

É certo, todavia, que dentro do sistema há também outros critérios, igualmente lícitos, que podem permitir a classificação de uma ação coletiva e que são diversos daqueles que são estabelecidos para o processo individual.

É possível classificar ação coletiva a partir de uma premissa rigorosamente constitucional, do primado da segurança jurídica, de modo a permitir que a mesma seja observada não a partir do processo individual, mas tendo em conta o resultado que o

conteúdo da sentença pode produzir – pouco importando as partes, a causa de pedir e pedido

Ao se adotar um norte constitucional para se classificar a ação coletiva, contempla-se, a um só tempo, duas variáveis: i) a teoria hermenêutica do direito que reclama a necessidade de avaliar o direito a partir de um viés interpretativo, fundamentando-se a partir da Constituição, não se dando ao julgador discricionariedade para aplicar o direito – não há ato de vontade, há limites interpretativos; e, ii) a função do sistema do direito, qual seja, a de consolidar expectativas em detrimento de incertezas.

Dito de outro modo, permitir-se a adoção dos critérios do processo individual para a classificação de ação coletiva é, de outra via, desvirtuar a própria função do sistema; imagine-se, pois, a possibilidade de multiplicarem-se o número de ações coletivas porque partes distintas (associações, ministérios públicos e defensorias públicas) estão ajuizando ações com mesmo propósito, com o mesmo objetivo.

Não se pode esquecer que a função do sistema é consolidar expectativas em detrimento de incertezas, mas, neste caso, em que pese o conceito de Luhmann, adotando-se os critérios do processo individual, o sistema não vai atender a esta sua importante função ao permitir um número significativo de ações com idênticos objetivos.

A manter-se as premissas do processo individual para a classificação de ação coletiva, a comunidade, o jurisdicionado, ao largo de terem expectativas sólidas em nível normativo, permanecerão reféns das mais variadas incertezas, deixando o sistema de cumprir um de seus pressupostos, sua importante função de consolidar e solidificar tais expectativas.

Daí porque a premissa mais relevante, dentro da teoria de sistemas, é a busca da função: no caso do direito é a generalização congruente de expectativas normativas.

4. TUTELA COLETIVA

4.1 – Noções Gerais

O trabalho pretende tangenciar um critério para identificar as ações que versem sobre direitos coletivos, dado que, a rigor, num primeiro momento, as ações são consideradas coletivas a depender de quem as ajuíza (Ministério Público, Associação Civil, Defensoria Pública) ou, por exemplo, pelo nome (ação popular, ação civil pública, ação de improbidade, ação direta de inconstitucionalidade). Pretende-se demonstrar que a ação será coletiva, quem quer que seja o autor, qualquer que seja o nome, a depender do objeto que está em tutela.

Uma vez estabelecida o que é uma ação coletiva, será necessário fixar as diferenças possíveis entre elas, de modo a se chegar a critérios para identificá-las entre si, a despeito de nome ou de quem as ajuíza.

Pretende-se demonstrar, ademais, que se adotado o critério utilizado no processo individual – partes, causa de pedir e pedidos – as ações coletivas serão diversas mesmo com objetos rigorosamente semelhantes.

Rememoremos as ilustrações: imagine-se que o Ministério Público promova ação em desfavor de bar que, funcionando após as vinte e três horas, esteja incomodando a vizinhança; pede-se, na ação, que o bar funcione apenas até as vinte e duas horas. A ação, cujas partes são o bar e o Ministério Público, a causa de pedir é o incômodo à vizinhança e o pedido é para que o bar não funcione após as dez horas da noite é julgada improcedente, isto é, o bar pode funcionar após o horário reclamado.

Dias depois, a associação de bairro, incomodada com o barulho, mesmo com julgamento de improcedência da ação promovida pelo Ministério Público, resolve ajuizar demanda para pedir que o bar não funcione após aquele mesmo horário de vinte e duas horas. Essa ação terá como partes a associação de bairro e o bar, a causa de pedir é o incômodo à vizinhança e o pedido é para que o bar não funcione. A ação é julgada procedente, ou seja, o bar não pode funcionar após as vinte e duas horas.

Este é problema central deste trabalho, dado que, a rigor, as ações são coletivas: o objeto tutelado, encerramento do funcionamento do bar, ultrapassa a individualidade dos autores, atingindo outros interessados.

As ações são idênticas, outrossim, porque produzirão os mesmos resultados ou estabelecerão um conflito prático entre decisões divergentes e que atingirão o mesmo bem; caso se adote, porém, o critério do processo individual para identificar estas ações – a partir de partes, causa de pedir e pedido – as ações do contexto proposto não serão idênticas, porque são distintas as partes.

Antecipando as conclusões, neste caso, ainda que tenhamos partes distintas, as ações são iguais.

Como premissa, pretende-se defender que as ações são coletivas independentemente de quem as ajuíza ou em função de seu nome, mas, a rigor, assim o serão a depender do objeto que tutelarem e, também, não observarão o critério de identificação do processo individual; na sequência se tentará construir raciocínio segundo o qual a ação coletiva deve ser classificada a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

Por hipótese, é possível que uma ação ajuizada por um particular seja coletiva, desde que o objeto tutelado seja desta natureza, isto é, se ultrapassar a subjetividade individual das partes. Exemplificando, a ação que ajuíza o vizinho em desfavor de um bar, porque importuna seu sossego, e cujo pedido seja para que o bar não funcione fora de seu horário, é ação de natureza coletiva, a despeito de ser ajuizada por um particular.

Esta ação é coletiva porque seu resultado não ficará restrito às partes, ultrapassando a subjetividade individual. É que a demanda, mesmo ajuizada por um particular, poderá se referir a direito coletivo. O vizinho que demande contra a igreja para proibir seu funcionamento depois de determinado horário está manejando uma ação de direito coletivo porque ela pode atingir outras partes para além do processo, mesmo sendo ajuizada por um único cidadão.

Também a ação ajuizada por um particular em desfavor de um bar para impedir seu funcionamento será idêntica à eventual ação promovida pelo Ministério Público solicitando a mesma proibição para o mesmo estabelecimento, dado que o conteúdo das duas sentenças pode produzir os mesmos resultados.

A possibilidade de ajuizar ação coletiva por um particular é defendida, há tempos, por Kazuo Watanabe – o que é, igualmente, defendido neste trabalho.

“ Por exemplo, uma ação de anulação de deliberação assemblear de uma sociedade anônima que veicula matéria de ordem geral, e não uma questão de interesse específico de algum acionista, será uma ação de alcance coletivo, mesmo que proposta por apenas um ou alguns acionistas, e a respectiva sentença, sendo acolhedora da demanda, beneficiará necessariamente a totalidade dos acionistas. Nessa espécie de conflitos de interesses não há lugar para a concomitância de demandas individuais que objetivem o mesmo resultado prático. É suficiente a propositura de uma única ação de anulação, por um ou mais acionistas, pois estamos diante de uma demanda individual com alcance coletivo, certo e que o escopo dela diz respeito à totalidade dos acionistas (...)”.¹⁵⁰

O que aqui se defenderá, então, é a necessidade de abstrair formalidades para identificação de ação coletiva. A ação terá essa característica a depender do seu objeto, pouco revelando, é certo, se a ação será ajuizada por um particular ou por algum ente legitimado.

Em um primeiro momento, por certo, pretende-se distinguir a ação coletiva da ação individual, o que se fará em função das partes que elas podem atingir – se para além do processo, é ação coletiva; se restrito às partes do processo, é ação individual. Em seguida será necessário fazer distinção entre as ações coletivas, as quais se diferenciarão em função do tipo de resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

É também possível estimar, estudar, demonstrar, que há ações chamadas de coletivas, mas que tratam de direitos individuais – aquelas que tutelam direitos individuais homogêneos – aqueles de origem comum, mas que são divisíveis.

Para a classificação da ação coletiva será necessário qualificar os direitos coletivos, porquanto é a partir do que se tutela em uma ação – se um direito coletivo – que se classifica uma demanda; não se classifica por quem a ajuizou ou por seu nome, mas, sempre, a partir do objeto.

A partir do conceito de sistema, trabalhado como premissa neste estudo, observando-se a função do fenômeno do Direito, que é estabilizar as relações sociais, pretende-se demonstrar que o sistema do processo coletivo, se mantiver o critério de classificação do processo individual, não atenderá a função de consolidar expectativas em

¹⁵⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. In: Grinnover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a. p. 156

detrimento de incertezas. O sistema não terá a sua necessária função de estabilizar as relações sociais.

É preciso ter sempre presente que um sistema é composto por uma codificação que o diferencia do ambiente. No caso do direito, este código é lícito ou não-lícito, jurídico ou não-jurídico; o código lícito não se classifica de modo aleatório, mas a partir de uma interpretação hermenêutica do direito – partindo do texto constitucional.

Neste particular, então, a classificação de ação coletiva será lícita se, também, buscar-se o parâmetro constitucional; este, a rigor, tem fundamento basilar em um dos princípios mais relevantes do direito, o da segurança jurídica – função do sistema.

Em resumo, este trabalho tangenciará: i) a classificação por diferença entre ações individuais e ações coletivas a partir de quem será atingido pela demanda; ii) as ações coletivas não serão identificadas entre si pelo critério do processo individual (partes, causa de pedir e pedido), mas pelo resultado que o conteúdo da sentença pode produzir; e, iii) do contrário, se mantidos os critérios do processo individual, o sistema, na lição de Luhmann, não cumprirá sua função, dado que não estabilizará relações sociais – nem, aparentemente, estaremos diante de uma classificação com primados lícitos, dado que não se conceituará a partir de uma base constitucional.

4.2 – Perspectiva Histórica da Tutela dos Direitos Coletivos no Sistema Brasileiro

A gênese da tutela coletiva está hospedada na ação popular, veículo à disposição do cidadão para ajuizamento de demanda com o objetivo de afastar ato lesivo ao meio ambiente ou patrimônio público, sempre em desfavor do Estado, para proteger um direito que ultrapassa a subjetividade do sujeito.

O antecedente mais remoto acerca da tutela coletiva se encontra em Roma, exatamente na ação popular que, com toda genialidade do sistema romano, já era prevista naquele ordenamento.

Embora o sistema romano tivesse como foco as garantias individuais, numa gênese das garantias atualmente voltadas ao cidadão, ele previa instrumentos com fins altruístas, como a defesa de bens e valores que fossem relevantes para a comunidade; já

na época ocorriam demandas de abrangência além das partes, de modo que já eram, mesmo remotamente, de caráter coletivo. A lição de Leonel é assertiva a respeito do tema:

“Todavia, o interesse a ser tutelado nesta ação não era um interesse público puro e simples, sob o ponto de vista da administração estatal. Tratava-se de interesse que se peculiarizava e assumia a condição de público na medida em que era inerente a toda comunidade de cidadãos. (...) Tais interesses fugiam à tradicional concepção romana segundo a qual as questões inerentes ao indivíduo eram aquelas correlatas ao direito de família. Seriam, sim, interesses do povo, como simples conjunto de cidadãos considerados de forma coletiva, no ambiente no qual se desenvolviam individualmente suas atividades quotidianas, v.g., o conjunto de transeuntes, de usuários das coisas do Poder Público e de uso comum. Este seguramente, o ponto inicial para o posterior desenvolvimento da ideia de tutela judicial dos interesses supra-individuais”.¹⁵¹

Encontramos outras notícias acerca da tutela coletiva, ainda na idade média, no século XII, quando, em 1199, certo pároco, na Inglaterra, ajuizou ação em favor dos seus paroquianos para a manutenção de determinados serviços. A este respeito, Mendes relata:

“A Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos. Stephen Yeazell separa a história do desenvolvimento anglo-americano dos litígios de grupo em três períodos: medieval (do século XII ao século XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (do século XVIII). (...).

O primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Cantebury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos, de Nuthamstead, uma povoação de Hertofrshire, assim, considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas para, aparentemente, responderem por todos”.¹⁵²

Modernamente, os primeiros textos legislativos regulamentando uma ação popular vêm da Bélgica, em 1836, e da França, em 1837, conforme afirma Ricardo de Barros Leonel em seu Manual de Processo Coletivo:

“Há consenso doutrinário no sentido de que no Direito moderno e no contemporâneo a primeira aparição de um texto legislativo regulamentando a ação popular ocorreu na Bélgica, com a Lei comunal de 30.03.1836, e em seguida na França, com a Lei comunal de 18.7.1837”.¹⁵³

¹⁵¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual de Processo Coletivo. 4ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 48-49.

¹⁵² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

¹⁵³ LEONEL, Ricardo de Barros, *op.cit.*, p. 57.

Nesta mesma época, em 1836, Joseph Story, jurista americano cujos escritos e opiniões influenciaram fundamentalmente a jurisprudência daquela nação, publicou obra (*Commentaries on Equity Jurisprudence*) defendendo as ações coletivas, já então uma realidade, as quais evitariam litígios inúteis, decisões diversas em casos semelhantes e permitiriam que eventos de pequeno valor econômico, os quais não seriam naturalmente levados ao poder judiciário, fossem apreciados pelos magistrados.

Ainda impregnados pelo liberalismo, modelo então reinante, alguns defensores da tutela coletiva não viam nela possibilidade de atingir todos os sujeitos interessados por determinada decisão; os indivíduos que, pertencentes a um grupo, resolvessem demandar singularmente, mesmo após a tutela coletiva, estariam resguardados. A decisão coletiva não era, para usar o termo atual, *erga omnes*; só atingiria aqueles que não pretendessem demandar isoladamente.

Em 1842, a Suprema Corte americana edita a primeira norma das ações de classe, as coletivas, contemplando entendimento individualista, isto é, aqueles que formalmente não estivessem dentro da lide coletiva, poderiam, posteriormente, demandar sobre o mesmo tema; a ação coletiva, para os que não estivessem dentro do processo, não constituía coisa julgada.

Em 1853, percebendo que sem atingir a todos a ação coletiva perderia seu sentido, a Suprema Corte passa por cima da restrição – de não atingir os que não participassem do processo – e estabelece que os efeitos de uma decisão em ação para determinar remessa de recursos para religiosos que contribuíram com valores para pensionamento e que foram defendidos por um representante atingisse a todos os interessados. Mendes faz análise importante sobre o tema:

“Mas dentro do contexto, o caso *Smith v. Swormstedt* merece menção. Em julgado ocorrido em 1853, a Suprema Corte acabou deixando de lado a restrição contida na parte final da Equity Rule 48. Na espécie, pregadores itinerantes da Igreja Metodista formaram uma associação, para a qual contribuíam com uma porção do produto obtido com a venda realizada, de porta em porta, de apetrechos religiosos. O produto do fundo, que seria utilizado para o pensionamento de pregadores idosos e seus dependentes, fica confiado a administradores situados na cidade de Cincinnati, localizada no norte dos Estados Unidos. Com o crescimento da tensão em torno da manutenção da escravidão, que acabou resultando na Guerra de Secessão, entre 1861 e 1865, houve a cisão da Igreja Metodista e os administradores do fundo recusaram-se a remeter qualquer valor para os sulistas. Por conseguinte, foi ajuizada uma ação, em nome de um *representative*, mas em favor de todos os pregadores do sul e em face dos administradores e dos cerca de 3800 religiosos do norte. A ação não foi considerada apropriada pelo tribunal de primeira instância, mas a decisão foi revertida pela *Supreme Court*, que

considerou adequada a representação em ambas as partes e se pronunciou *in dicta* pela vinculação dos ausentes”.¹⁵⁴

A Suprema Corte americana, então, atenta à necessidade prática de atingir todos os membros da classe, partícipes ou não da ação, alterou a regra em 1912, editando a *Rule* 38. Os efeitos da decisão, em ação coletiva, passaram a vincular todos os membros do grupo e não mais apenas os que participavam do processo. Esta alteração traz grande legado ao processo coletivo: deixa evidente que seu objeto é tutelar além das partes, mesmo que não estejam no processo e que a ele deverão se submeter.

Em 1938, surge, nos Estados Unidos, o primeiro Código de Processo Civil em âmbito federal e, com ele, o diploma ainda vigente sobre a *class action* (*Rule* 23, em substituição à 38) que continua com a essência formatada anteriormente: vinculação de todo o grupo e não apenas aqueles constantes no processo, salvo se optarem pela exclusão, manifestando-se formalmente e após tomarem ciência daquela discussão – mesmo que por edital. Caso não se excluam, se submeterão, querendo ou não, procedente ou não, ao decidido. A *Rule* 23, com adaptações, vigora até os dias de hoje.

A tutela coletiva no Brasil remonta a 1824, em nossa primeira Constituição, a qual trata de ação popular com objetivo de reparar ações criminosas como peculato e corrupção. Não era a ação popular, tal qual desenhada na sua origem, em Roma, mas se tratava de uma ação a ser ajuizada pelo cidadão em desfavor de quem, de alguma maneira, houvesse lesado o patrimônio público.

A Constituição de 1891 não hospeda previsão de ação popular, a qual volta a aparecer apenas na Constituição de 1934. O cidadão passa a ter legitimidade para propor ação com objetivo de anular ato lesivo ao patrimônio público. É o que se depreende do artigo 113 do texto da década de 1930.

A ação popular foi, durante muitos anos, mais precisamente até 1981, o único instrumento hábil a tutelar o interesse da coletividade em desfavor do Estado por ato lesivo ao patrimônio público e ainda hoje é o caminho legítimo na defesa de determinados interesses, mediante ajuizamento de ação por parte do cidadão.

Assim, pode-se afirmar que, no Brasil, o único instrumento processual que atingia toda a coletividade, ao menos do ponto de vista formal, uma vez que previsto na lei, era

¹⁵⁴ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *op.cit.*, 2014, p. 69.

a ação popular, com o detalhe de que só poderia ser impetrada contra o Estado. É certo que ações coletivas, pelo resultado, mas ajuizadas individualmente, sempre existiram, como por exemplo uma ação ajuizada por particular para obstruir o funcionamento de um bar, seu vizinho, que abusava do som alto. Embora coletivas em seu resultado, eram impulsionadas a partir de um desejo individual.

A década de 1970 é marcante para o desenvolvimento, ainda mais científico, da tutela coletiva. Dois juristas, um de *commom* e outro de *civil law*, entabularam alguns ensaios conhecidos como “ondas renovatórias do direito processual”. Defendiam, assim, a necessidade de criação de modelos distintos para defesa dos direitos coletivos, o que influenciou todo sistema processual. A esse respeito, sublinha-se lição de Gajardoni:

“Na década de 70, devido a influência divulgada nas ‘class actions’ do direito norte americano, dois juristas representantes de distintos troncos do Direito (*commom* e *civil law*), enriqueceram o Direito moderno com aquilo que eles vieram denominar de ‘ondas renovatórias do direito processual’. Mauro Cappelletti e Bryant Garth destinaram a segunda das suas três grandes ondas renovatórias do direito processual, exclusivamente, à necessidade de coletivização do processo. Propugnavam, assim, pela construção de modelos processuais/procedimentais – distintos dos modelos processuais/procedimentais existentes para a tutela de direitos nitidamente individuais – capazes de tutelar, adequadamente, esses recém-percebidos direitos da coletividade”.¹⁵⁵

Em 1981, diante desse contexto mundial, foi editada, no Brasil, a Lei n.º 6.938 que disciplinava a Política Nacional do Meio Ambiente que, além do mais, outorgava ao Ministério Público, pela primeira vez, o direito de ajuizar ação para responsabilizar civilmente os que eventualmente cometessem danos ao meio ambiente.

Em 1985, editou-se a Lei n.º 7347, Lei de Ação Civil Pública, fixando diversos parâmetros, entre os quais a legitimidade para o Ministério Público, a União, Estados, Municípios, Autarquias, Fundações, Defensoria Pública (em alteração posterior) e Associação Civil, constituída há mais de um ano, de ajuizarem ações para tutelar o meio ambiente, o patrimônio artístico, histórico, cultural e, outrossim, quaisquer outros interesses de natureza difusa.

A Constituição Federal de 1988, editada logo depois, confirmou a possibilidade de tutela coletiva. Garantiu a ação civil pública ao Ministério Público, cancelou

¹⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETTI JUNIOR, Hermes (Coordenador); DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador geral). Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 133.

mandado de segurança coletivo, deu poderes para associações ajuizarem ações em defesa dos seus associados, além de continuar a garantir a ação popular.

Em 1990, edita-se o Código de Defesa do Consumidor, o qual, alterando alguns dispositivos da Lei de Ação Civil Pública, mas principalmente integrando-se a ela, confirma o aparecimento do microssistema de processo coletivo, formado pelo texto da Lei de Ação Civil Pública, da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor. É a partir deste tripé que se estabelecem as diretrizes do microssistema de processos coletivos, completado com o Código de Processo Civil, cujas regras se aplicam, naquilo que não for incompatível com o subsistema, a estes processos.

O nosso sistema, não se pode olvidar, na esteira da possibilidade de garantir a tutela de todo e qualquer interesse de natureza coletiva, formalizou a maneira de defesa de pessoas portadoras de deficiência, crianças e adolescentes, consumidores, investidores em bolsa de valores, torcedores e, entre outros, também dos idosos. É o que nos lembra Leonel:

“A preocupação do legislador com a proteção em juízo dos interesses coletivos não se encerrou no texto constitucional. Na ordem infraconstitucional vieram a lume: a Lei 7853/1989, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei n.º 7853/1989, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei 8.069/1990, ou Estatuto da Criança e do Adolescente, também tratando da tutela judicial de interesses coletivos; a Lei 8078/1990, o Código de Defesa do Consumidor; a Lei 8492/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa”.¹⁵⁶

Ante a diversidade de diplomas tratando das mais variadas formas de defesa da coletividade, surgiram, acertadamente, diversas vozes no sentido de codificar, em um único diploma, o microssistema de processo coletivo, já com as experiências de tantos anos de debates sobre a tutela coletiva. Após intensos estudos, surge como resultado o projeto de Lei n.º 5139/09, sem prejuízo de outros projetos ou também do Código de Processo Coletivo, como tentativa de codificar e consolidar todos os diplomas normativos.

O projeto apresentado pelo então Presidente da República foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em parecer do relator,

¹⁵⁶ LEONEL, Ricardo de Barros, *op.cit.*, p. 57.

Deputado José Carlos Aleluia. Diante da rejeição, foi interposto recurso, em 2010, ao plenário da Câmara, encontrando-se pendente de julgamento até os dias atuais.

O cenário legal, todavia, é este: há um microsistema de processo coletivo composto fundamentalmente pela Constituição Federal, pela Lei de Ação Civil Pública, pelo Código de Defesa do Consumidor e, finalmente, pelo Código de Processo Civil, sem prejuízo, naturalmente, de todas as outras normas que direta ou obliquamente tratem de ações cujos resultados atingirão além das partes.

4.3 – Direitos Coletivos

O estudo das ações que versem sobre direitos coletivos reclama, inicialmente, a análise do que são direitos coletivos.

Faz-se uma contextualização histórica do processo de construção jurídica dos direitos coletivos (conhecidos atualmente como difusos, dado que os coletivos – como o direito de anular uma assembleia de uma associação – sempre existiram), sem não antes lembrar que o direito coletivo tangencia um fenômeno que atinge partes as mais diversas e cujo objeto tutelado é indivisível – direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo (neste caso um direito difuso). É possível que o direito coletivo – não do tipo difuso – atinja partes mais diversas, ligadas por uma relação jurídica base, de também objeto indivisível, mas que, por outro lado, os sujeitos são determinados.

O direito de respirar o ar puro não é um direito apenas de Pedro, Paulo ou de Joana, mas, a rigor, de todos eles – o qual, igualmente, não pode ser dividido, não comporta um corte entre eles. É um direito transindividual que, pouco mais contemporaneamente, passou a ser, no ocidente, tutelado.

Com efeito, no mundo ocidental, especialmente a partir da revolução francesa, do processo de formação da Constituição americana, tutelaram-se vários tipos de direito.

Em um primeiro instante, de modo a organizar o Estado, formalizando-se garantias previstas no direito natural, materializou-se o direito de propriedade – direito individual; tempos depois, percebendo-se que o direito de propriedade não aperfeiçoaria a igualdade, procurou-se garantir o direito à saúde, à educação e, entre outros, à assistência social – direitos sociais; e, mais recentemente, verificando-se a necessidade de aliar progresso

econômico com sustentabilidade, procurou-se garantir direitos transindividuais em nível constitucional – o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo –, direitos coletivos.

Em resumo, no processo de formação contínua dos Estados, especialmente no ocidente, formalizaram-se, em sequência, estes direitos: i) direito de propriedade – direito individual; ii) direito à educação, à saúde e à assistência – direitos sociais; e, finalmente, iii) direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado – direito coletivo.

Este processo de dividir o direito em dimensões apareceu em uma classificação desenhada por Karel Vasak e, depois, por Norberto Bobbio; dividiram-se os direitos individuais em de primeira dimensão – os de propriedade por exemplo –; em de segunda dimensão – os direitos sociais de saúde, educação e assistência –; e, finalmente, em direitos de terceira dimensão – os direitos essencialmente coletivos, transindividuais.

Vasak definiu os direitos a partir de uma negativa inicial do Estado em interferir na vida privada, para, em um segundo instante, passar a cumprir condutas positivas em favor do cidadão, e, por fim, aquilo que chamou de direitos de solidariedade – dividindo-os, assim, em gerações:

“The rights proclaimed in the universal declaration fall into two categories: on the one hand, civil and political rights and, on the other hand, economic, social and cultural rights. Because of the changing patterns of Society in recente Years, it has become imperative to formulate what the director general of Unesco has termed ‘the third generation of human rights’. The first Generation concerns ‘negative’ rights, in the sense that their respect requires that the state do nothing to interfere with individual liberties, and correspond roughly to the civil and political rights. The second Generation on the Other hand, requires positive action by the state to be implemented, as is the case with most social, economic and cultural rights. The international Community is now embarking upon a third Generation of human rights which may be called ‘rights of solidarity’.”¹⁵⁷

¹⁵⁷ Tradução: “Os direitos proclamados na declaração universal enquadram-se em duas categorias: por um lado, os direitos civis e políticos e, por outro lado, os direitos econômicos, sociais e culturais. Devido às mudanças nos padrões da sociedade nos últimos anos, tornou-se imperativo formular o que o Diretor Geral da Unesco chamou de ‘a terceira geração dos direitos humanos’. A primeira Geração diz respeito aos direitos ‘negativos’, no sentido de que o seu respeito exige que o Estado nada faça para interferir nas liberdades individuais e corresponde aproximadamente aos direitos civis e políticos. A segunda Geração, por outro lado, requer uma ação positiva por parte do Estado para ser implementada, como é o caso da maioria dos direitos sociais, econômicos e culturais. A comunidade internacional está agora a embarcar numa terceira geração de direitos humanos que pode ser chamada de ‘direitos de solidariedade’”. VASAK, Karel. A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racism, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em 27 junho de 2023.

A definição de Vasak se hospeda, então, em supostas gerações de direito, as quais se iniciam pelos direitos individuais, passando pelos direitos sociais e culminando nos direitos que ele tratou como direitos de solidariedade.

A esse respeito, a lição do jusfilósofo italiano Norberto Bobbio acompanha o magistério de Vasak – também classificando os direitos a partir de dimensões:

“O problema – sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer – do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem é um problema mal formulado: a liberdade religiosa é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos. Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.¹⁵⁸

A classificação meramente didática oferecida por Bobbio estabelece que, a rigor, há três tipos de direitos, os quais foram hodierna e sequencialmente consagrados: primeira (direito individual de propriedade), segunda (direitos à saúde, educação e assistência social – os direitos sociais) e terceira dimensões (direito de respirar o ar puro, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

O sistema jurídico nacional, pois, contempla, em nossa Constituição, os três tipos de direito: i) o artigo 5º, XXII, da Constituição Federal, garante o direito de propriedade – direito individual de primeira dimensão¹⁵⁹; ii) o artigo 6º, da mesma carta, garante os direitos sociais¹⁶⁰ – os de segunda dimensão; e, fiel à classificação de Bobbio, iii) o artigo

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

¹⁵⁹ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

¹⁶⁰ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

225 do mesmo texto garante o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado¹⁶¹, os direitos de terceira dimensão.

Embora, nos dias que correm, já se aponte para a existência da quarta e da quinta geração de direitos, são aqueles da terceira geração, caracterizados pela transindividualidade, ou seja, aquele que não se pode individualizar, que não se pode identificar um determinado sujeito, uma vez que o interesse pertence a um grupo, a uma coletividade, e que ao mesmo tempo não pertencem a ninguém em específico, que importam ao presente estudo.

O objeto do que se analisa é de natureza processual, dado que se pretende construir um critério de classificação para as ações coletivas, mas não se ignora a necessidade de, usando o critério didático de Vasak e Bobbio, dividir os direitos em dimensões e avaliá-los também criticamente.

Ambos, Vasak e Bobbio, trabalham o processo de formação dos direitos a partir da Revolução Francesa e da Constituição Americana de 1787, em uma perspectiva cronológica como se um direito sucedesse do outro e, além disso, em uma avaliação mera e estritamente ocidental.

A Lei de Amparo aos Pobres, por exemplo, na Inglaterra, em consolidação de direitos sociais, data de 1601; o processo de formação de direitos ignora, por exemplo, completamente, o mundo oriental: não se fala da extinta União Soviética ou do Japão, por hipótese.

Além disso, a classificação em dimensões gera uma sensação de acordo com a qual uma geração eliminaria a outra, permanecendo apenas a atual. Assim, os direitos sociais eliminariam os direitos individuais, remanescendo apenas eles; o que, a rigor, não é verdade, todas as dimensões de direitos coexistem – ou deveriam, materialmente, coexistir.

Assim, em uma perspectiva crítica, a classificação engendrada por Vasak e também por Bobbio ignora o que se deu antes da revolução francesa, abstrai o oriente e, ao fixar dimensões, gera um sentimento de que uma geração elimina a outra.

¹⁶¹ Art. 225. 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.

O jurista Cançado Trindade, para além de criticar a teoria, confidenciou também, em função da sua amizade com Vasak, que se tratou de construção aleatória, sem qualquer cientificidade, mas que encontrou eco entre os expectadores de aula que o tcheco professou. Disse Trindade em conferência que fez sobre o tema:

“Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: ‘Por que você formulou essa tese em 1979?’. Ele respondeu: ‘Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da – bandeira francesa’ – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra ‘chavão’, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc. Quais são as razões de ordem jurídica que me fazem rechaçar essa tese nos meus livros e nos meus votos? Inclusive, citei aqui no caso dos meninos de rua, é um rechaço à tese de gerações de direitos, porque creio que o próprio direito fundamental à vida é de primeira, segunda, terceira e de todas as gerações. É civil, político, econômico-social e cultural. Em primeiro lugar, essa tese não corresponde à verdade histórica. É certo que houve as declarações dos séculos XVII e XVIII e a Revolução Francesa, e parece-me que a doutrina brasileira parou por aí. Houve a revolução americana e depois a Declaração Universal. Essa conceituação de que primeiro vieram os direitos individuais e, nesta ordem, os direitos econômico-sociais e o direito de coletividade correspondem à evolução do direito constitucional. É verdade que isso ocorreu no plano dos direitos internos dos países, mas no plano internacional a evolução foi contrária. No plano internacional, os direitos que apareceram primeiro foram os econômicos e os sociais. As primeiras convenções da OIT anteriores às Nações Unidas, surgiram nos anos 20 e 30. O direito ao trabalho o direito às condições de trabalho é a primeira geração, do ponto de vista do Direito Internacional. A segunda geração corresponde aos direitos individuais, com a Declaração Universal e a Americana, de 1948. Então, a expressão ‘gerações’ é falaciosa, porque não corresponde ao descompasso, que se pode comprovar, entre o direito interno e o direito internacional em matéria de direitos humanos. Esta é a primeira razão histórica. Trata-se de construção vazia de sentido e que não corresponde à realidade histórica”.¹⁶²

O jurista critica a classificação, então, fundamentalmente por representar uma visão segregada dos variados tipos de direitos, como se um anulasse o outro. Um direito não anula o outro, mas ao largo disso, eles se acumulam. É o que ensina, novamente, Cançado Trindade, em abertura de obra da igualmente ilustre jurista, Flávia Piovesan:

“à qual corresponde uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos [os direitos] no tempo. A noção simplista das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos. Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da ‘sucessão geracional’ pareceria supor, os direitos humanos não se ‘sucedem’ ou ‘substituem’ uns aos outros, mas antes se expandem, se

¹⁶² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 27 de junho de 2023.

acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho). O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas antes, da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos. Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e. g., os direitos econômicos sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental da concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos”.¹⁶³

É indubitável, assim, que para alguns é possível classificar o processo de evolução dos direitos em direitos de gerações ou dimensões diversas – propriedade, de primeira dimensão; saúde, assistência e seguridade, de segunda dimensão; e, finalmente, os de solidariedade – entre os quais o do meio ambiente ecologicamente equilibrado – de terceira dimensão.

É igualmente certo que essa classificação, todavia, é meramente didática. Não contempla cientificamente a coexistência dos direitos e, tampouco, do ponto de vista histórico e geográfico, porque ignora direitos construídos antes da revolução francesa e abstrai espaços importantes do globo, avalia a efetiva formação dos direitos.

As classificações engendradas pouco revelam para a conclusão prática deste trabalho. O que importa efetivamente é saber identificar o que é uma ação coletiva, para o que depende da aferição do que é direito coletivo.

Outra constatação importante quando se trata da análise histórica do processo de formação dos direitos – de primeira, segunda ou terceira dimensão, para usar a classificação usual da doutrina – é o fato de que os direitos de terceira dimensão, os de solidariedade, entre os quais o direito de respirar o ar puro, de ter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, direitos coletivos, transindividuais, em regra, somente foram efetivamente introduzidos nos sistemas jurídicos a partir de meados do século XX.

Isto não significa, todavia, que, antes, não houvessem outros direitos coletivos; estes sempre existiram, mas, por algum tempo, não eram tutelados; estes, igualmente, embora existentes, poderiam representar apenas um mero direito coletivo, mas não traduziam um direito da dita terceira dimensão.

¹⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXXI.

Exemplificando, imagine-se uma associação de trabalhadores que laborassem na indústria, na Inglaterra do século XIX, em 1828; era possível, já naquela época, conceber que a associação poderia demandar, em nome dos seus associados, para tentar uma condição melhor de trabalho. Trata-se, neste particular, de um direito coletivo.

Na mesma Inglaterra, agora em 2023, sem querer entrar na minúcia do processo coletivo inglês, é possível que o “Ministério Público” ajuíze uma ação para proibir corte de uma árvore de uma rua de Londres. Trata-se de tutelar um direito, igualmente coletivo, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado.

Os institutos sempre existiram; não havia, porém, tutela para a garantia deles. Mais, não havia uma diferenciação de direitos coletivos, o que só se passou a perceber a partir da década de 1950, aproximadamente.

Efetivamente, não se pode tratar do direito que um acionista da Petrobras possui para anular uma assembleia da sociedade anônima da mesma maneira que um cidadão possui o direito em ver anulado um ato lesivo ao meio-ambiente, como a eventual derrubada de duzentas árvores em uma rua da cidade determinada por um prefeito.

No hipotético caso do acionista da Petrobras, se trata de um direito cujas partes são conhecidas, ligadas por uma relação jurídica base, mas o objeto é indivisível. O que for decidido em favor de Pedro atingirá igualmente a João.

O direito à manutenção das árvores, todavia, não reclama um contrato, uma relação jurídica base entre os interessados, havendo apenas circunstâncias fáticas a unirem pessoas indeterminadas, as quais não se pode indicar efetivamente quais sejam.

Os dois fenômenos tangenciam direitos coletivos: no primeiro caso aquilo que se conhece como direito coletivo em sentido estrito (assembleia da Petrobras) e, de outro, no caso das árvores, também direito coletivo, mas do tipo direito difuso.

É fora de dúvida que, no Brasil, há também aquilo que conhecemos como direitos individuais homogêneos, os quais são coletivamente tutelados, mas continuam a ser individuais. São direitos cuja origem é comum, mas os objetos são divisíveis; portanto, não sendo os objetos indivisíveis, não são direitos coletivos.

À guisa de exemplo, imagine-se que centenas de consumidores compraram o mesmo modelo de televisão, o qual, para todos os consumidores, foi vendido com o mesmo defeito na tela. Todos, individualmente, têm direito de demandar contra o

vendedor ou o fabricante na tentativa de corrigirem o defeito, trocarem o aparelho ou serem reembolsados no que gastaram. É certo que se mostra possível obter uma decisão favorável para João, mas desfavorável em relação a Pedro – são direitos individuais; cada um deles, ainda que de origem comum, tem uma relação com o fabricante. Mas é certo também que, de outro lado, é possível que estes direitos sejam coletivamente discutidos, dado o número de relações que surgem a partir de uma mesma origem.

Assim, é possível sustentar, o que será ainda esmiuçado, que há dois tipos de direitos coletivos e um direito individual que pode ser coletivamente tutelado: i) direitos difusos (os de terceira dimensão, transindividuais) – cujas partes são indetermináveis, o objeto é indivisível e as partes estão ligadas por circunstâncias fáticas; ii) direitos coletivos em sentido estrito – aqueles em que as partes são conhecidas, ligadas por uma relação jurídica base e cujo objeto é indivisível; e, iii) os direitos individuais homogêneos, os quais são individuais, mas, por terem um número significativo de relações, permitem tratamento processual via tutelas coletivas.

4.4 – Direitos: Difusos, Coletivos em Sentido Estrito e Individuais Homogêneos

Os conceitos dos mais variados tipos de direitos estão hospedados naquilo que se conhece por sistema do processo coletivo – contemplando, teoricamente, a Constituição Federal, o Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990). O microsistema de processo coletivo é taxativamente previsto, embora sem mencionar a Constituição, na Lei de Ação Civil Pública nos artigos 19¹⁶⁴ e 21¹⁶⁵ do referido diploma – os quais atestam que esse espectro do direito é composto também pelo Código de Processo Civil (evidentemente que, embora referindo-se ao de 1973, o atual, de 2015, faz este papel); e também pelo Código de Defesa do Consumidor.

Frisa-se, mais uma vez, o objetivo deste trabalho: tentar trazer à baila um critério para identificar as ações coletivas, diferenciando-as, primeiro, das individuais – o que se faz a partir das partes que podem atingir, jamais dos legitimados ou dos nomes das ações;

¹⁶⁴ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

¹⁶⁵ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei n.º 8.078, de 1990).

num segundo instante, identificar as ações coletivas entre si a partir do resultado que o conteúdo pode produzir.

Não se pode ignorar, outrossim, a necessidade de abordar uma teoria de sistemas para demonstrar que, a rigor, se não houver caracterização da ação coletiva a partir de critérios distintos daqueles do processo individual, não haverá cumprimento da função maior de qualquer sistema jurídico, a estabilização de relações sociais.

É indubitável, finalmente, que as ações coletivas versam sobre direitos coletivos (tratados aqui como difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos – estes últimos individuais, mas que podem receber tratamento por tutela coletiva) de modo que se faz necessário conceituar, repetidamente, o que são estes direitos.

Os direitos difusos se encontram didaticamente conceituados no Código de Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078/1990. Sua caracterização, porém, nem sempre esteve institucionalizada no sistema e já foi objeto de muitos estudos na doutrina brasileira. Até o início da década de 1980, tratava-se de instituto misterioso sobre o qual ainda não havia conclusão rigorosa acerca de suas características, embora se convencionasse tratar de interesse metaindividual.

Nesse sentido se pronuncia Barbosa Moreira (para Vitorelli, ao escrever entre 1977 e 1981, o autor construiu aquilo que se convencionou chamar de certidão de nascimento do processo coletivo brasileiro)¹⁶⁶, citando Massimo Villone, em estudo abalizado e sempre atual, formulado àquela mesma época:

“Mais estranha ainda às nossas cogitações do momento é qualquer tentativa de caracterizar dogmaticamente a terceira figura, a que em regra se têm aplicado, na Itália, as denominações de “interesses coletivos” ou “difusos”. A empresa seria árdua: conforme se lê em trabalho recente: “uma das poucas coisas óbvias no que tange ao conceito de interesse difuso é que se trata de um personagem absolutamente misterioso”.¹⁶⁷

¹⁶⁶ VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador Geral); ZAN-ETTI JUNIOR, Hermes (Coordenador). Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 52-79.

¹⁶⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa apud VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesses difuso”, in La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, p. 73. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. São Paulo: Revista de Processo. v. 28, . p. 7 – outubro de 1982. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a, p. 25–38.

O ocaso do século XX representou espaço fértil para o estudo dos direitos que ultrapassavam a individualidade do personagem, do sujeito. Não há dúvida, porém, que a definição da natureza jurídica do instituto ainda era desconhecida naquela altura da história. De concreto, porém, havia a generalidade do fenômeno: o direito difuso, conquanto ainda uma figura objetivamente estranha, era um direito que atingia a coletividade, sendo indeterminados os seus destinatários; tratava-se, assim, de uma prerrogativa que acertava a comunidade. Não era um direito voltado à garantia individual.

Para alguns estudiosos do final da década de 1970, início da década de 1980, os direitos difusos, cuja característica maior é a metaindividualidade, não vinculavam as pessoas em função de uma relação jurídica base, mas apenas por circunstâncias de fato. Em outras palavras, os direitos difusos atingem toda coletividade pelo interesse comum na preservação do meio ambiente ou, por hipótese, para proibir que sejam feitas propagandas ditas enganosas. O fato, que liga os sujeitos destinatários deste direito, sujeitos indeterminados, é, como um dos exemplos, o meio ambiente; não há uma relação jurídica base entre estas pessoas, apenas o fato de se ligarem pela necessidade – o que é um direito delas – de preservar o meio ambiente.

Diferentemente do elo criado entre sujeitos pela preservação do meio ambiente, está o direito dos sócios de uma sociedade anônima que têm interesse comum na anulação de uma determinada assembleia deliberativa. É também um direito de natureza metaindividual daqueles sócios, tal qual o direito difuso, havendo, porém, uma relação jurídica base (o vínculo societário) entre eles. O estudo das categorias de direito coletivo foi importante, todavia, entre outras coisas, também para diferenciá-los.

Fazia eco a esse conceito, ao final da década de 1970, o artigo *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, da professora Ada Pellegrini Grinover:

“A característica fundamental do interesse difuso parece residir, à primeira vista, em sua meta individualidade. Trata-se de interesses comuns a uma coletividade de pessoas, que não repousam necessariamente sobre uma relação-base, sobre um vínculo jurídico bem definido que as congregue. “Tal vínculo nota Barbosa Moreira, pode até inexistir, ou ser extremamente genérico – reduzindo-se, eventualmente, à pura e simples pertinência à mesma comunidade política – e o interesse que se quer tutelar não é função dele, mas antes se prendem a dados de fato, muitas vezes acidentais e mutáveis; existirá, v.g., para todos os habitantes de determinada região, para todos os consumidores de certo produto, para todos os que vivam sob tais ou quais

condições socioeconômicas ou se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado, e assim por diante”.¹⁶⁸

O legislador constituinte de 1988, como já pontuado, elevou os direitos coletivos à categoria de direitos fundamentais, desde que próprios do regime decorrente destes direitos (fundamentais), especialmente para tutelar a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, os direitos fundamentais, seja em sua dimensão individual ou em sua dimensão coletiva, não perderão nunca este caráter.

É fora de dúvida que a expressão direitos coletivos foi elevada ao plano constitucional, mas, é igualmente fora de qualquer claudicância, que a Constituição não tratou organizadamente do tema, espalhando-o, sem qualquer sistematicidade, pelo texto; não é possível, numa leitura constitucional, entender o que, rigorosamente, o legislador estabeleceu sobre direitos coletivos, dado que não explicitou, didática e taxativamente, quais são, a rigor, os direitos coletivos. As lições de Vitorelli são sempre didáticas:

“Em 1988, pela primeira vez, uma Constituição brasileira afirmou a existência de direitos coletivos. O capítulo I do título II da Constituição foi denominado ‘dos direitos individuais e coletivos’. O segmento equivalente da Constituição de 1967 se intitulava ‘dos direitos e garantias individuais’ (capítulo IV do título II), mesma denominação utilizada pela Constituição de 1946 (capítulo II do título IV). A doutrina viu nisso uma grande revolução. (...) É verdade, todavia, que o próprio constituinte não deixou no texto muitas pistas sobre o que estava chamando de ‘direitos coletivos’. No capítulo I do título II, a palavra coletivo, ou alguma derivação, somente é utilizada em mais três oportunidades, nenhuma delas para atribuir a um determinado direito a condição de coletivo. Nenhum dos direitos elencados nesse capítulo é expressamente caracterizado como coletivo, do mesmo modo que nenhum deles é caracterizado expressamente como individual. A Constituição garante, por exemplo, a liberdade, a igualdade e a segurança, sem as definir como liberdade individual ou liberdade coletiva, igualdade individual ou igualdade coletiva, segurança individual ou segurança coletiva. Na sequência do texto constitucional, há muitas referências a direitos coletivos que tratam da questão trabalhista, reflexo da tradição dessa matéria, em que o tratamento coletivo das questões é debatido desde a edição da consolidação das leis do trabalho, senão mesmo antes. Todavia, fora a questão trabalhista, a Constituição só voltará a fazer referências a interesses (não mais direitos) coletivos, no artigo 129, ao afirmar como função institucional do Ministério Público a promoção do ‘inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’”.¹⁶⁹

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. Revista de Processo. São Paulo. Volume 14. 1979. p. 25. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 39-60.

¹⁶⁹ VITORELLI, Edilson. *op.cit.*, p. 52-79.

A partir do norte outorgado pelo texto constitucional, o legislador brasileiro iniciou seu trabalho no sentido de discriminar, classificar e estabelecer a natureza jurídica desses direitos coletivos. O texto constitucional não cuidou de classificar, criteriosamente, os direitos coletivos.

Nesse particular, é preciso lembrar que, àquela altura, o sistema já garantia e chancelava um número significativo do que conhecemos por direitos coletivos.¹⁷⁰ Não havia, porém, uma classificação rigorosa, científica, acerca da natureza jurídica dos institutos relativos a estes direitos coletivos. Daí a importância do reconhecimento institucional dos direitos de terceira dimensão (em classificação meramente didática), os de solidariedade, porque representaram também um norte para a classificação, no plano interno, dos diferentes tipos de direitos coletivos.

Em 1990, a edição do Código de Defesa do Consumidor, integrado à já existente Lei de Ação Civil Pública (7.347/85), resultou no chamado minissistema do processo coletivo, ficando, então, firmados os seus conceitos.

Aqui cumpre um parêntesis sobre a nomenclatura microssistema de processo coletivo: este trabalho tem por escopo discutir efetivamente se estamos diante de um sistema na acepção técnica do termo; o fenômeno implica, num critério de distinção, na teoria de Luhmann, em tudo aquilo que se diferencia, em função de um código, do ambiente. No caso do direito, o código é lícito ou não lícito.

O mesmo sistema, para operar, tem programas próprios: no caso do direito são leis, jurisprudências, decretos ou instruções normativas. No caso do sistema político, por hipótese, estabelecer programas próprios para atendimento das necessidades da comunidade: “mais médicos”, “minha casa, minha vida”, “luz para todos”, “ciência sem fronteiras”, “desenrola” e, entre vários outros, “bolsa família”.

O sistema tem, ainda, uma função própria. O direito busca estabilizar as relações sociais, enquanto, de outro lado, a economia tem por escopo buscar aquilo que pode gerar lucratividade, superávit.

O presente trabalho, fazendo uso da teoria de sistemas, procurará demonstrar que, a rigor, o direito, se não tiver critério próprio para identificação de ação coletiva, se usar

¹⁷⁰ Vide redação da Lei n.º 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública): Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados: i – meio ambiente; ii – consumidor; [...] iv – qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

o critério do processo individual para tal fim, não cumprirá a função que lhe é própria, a de estabilizar as relações sociais.

O legislador brasileiro estabeleceu, didática e legalmente, a partir de 1990, três tipos de direitos a serem tutelados como coletivos: difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Conceituou-os, no Código de Defesa do Consumidor, com as seguintes características: i) direitos difusos são os transindividuais, indivisíveis, que ligam pessoas indeterminadas ante circunstâncias comuns de fato, sem que entre estas haja uma relação jurídica base (necessidade de preservar o meio ambiente, por exemplo); ii) direitos coletivos *stricto sensu* são aqueles também indivisíveis, nos quais as pessoas a serem tuteladas, ao contrário do direito difuso, são conhecidas e determinadas, e estão ligadas por uma relação jurídica base (necessidade de anular uma assembleia de sócios); e, iii) os individuais homogêneos, que são divisíveis, as pessoas são determinadas, mas tem característica transindividual apenas no aspecto processual, eis que são direitos individuais que, em função da possibilidade de um elevado número demandas, serão – ou poderão ser – coletivamente tutelados (defeito de um produto fabricado por um mesmo fabricante e adquirido por milhares de pessoas).

Este último tipo continua a ser um direito individual, pois, mesmo sendo tutelado coletivamente, trata-se de um direito cujo objeto pode ser dividido entre todos os titulares. É o caso dos indivíduos que adquiriram o mesmo modelo de veículo. Conquanto se trate do mesmo tipo de automóvel, os reflexos jurídicos que reconheçam o defeito no processo de fabricação não serão os mesmos para todos os proprietários, serão diversos. Alguns poderão ter perdido o bem, de modo que serão indenizados; outros podem ter feito por conta própria o conserto, de modo que serão reparados em dinheiro; e outros terão o defeito do mesmo carro consertado; são objetos divisíveis, embora de origem comum. É diferente da decisão que reconhece a necessidade de manter uma reserva florestal, eis que, neste caso, a esfera de direitos de toda a comunidade ante o bem tutelado será atingida exatamente da mesma maneira; é um caso de direito difuso. Desse modo, cogita-se que os direitos individuais homogêneos, não obstante tutelados coletivamente, não perdem a condição de individuais. É o que consta no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁷¹

¹⁷¹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, na esteira da importância outorgada pelo texto constitucional aos direitos coletivos, conceituou os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito e os direitos individuais homogêneos. Os traços distintivos entre os dois primeiros (difusos e coletivos em sentido estrito) e os individuais homogêneos está na indivisibilidade; enquanto os dois primeiros são indivisíveis, os direitos individuais homogêneos são divisíveis, eis que continuam a ser individuais.

A título de exemplo, uma eventual medida que afete o meio ambiente (fenômeno que liga os indivíduos por circunstâncias fáticas, de direito difuso, portanto) não poderá ser dividida entre os sujeitos individualmente considerados. Exemplificando: a proibição para que uma determinada indústria emita poluente alcançará indistinta e indivisivelmente a todos. A decisão que determinar a proibição, por exemplo, atingirá a Pedro e a Paulo, igualmente. A manifestação do poder judiciário que implicar no direito de respirar o ar puro atingirá, indivisivelmente, João e Antônio – sem que haja qualquer divisão possível, de modo a garantir para João e proibir para Antônio.

O mesmo se aplica a uma manifestação que tiver por objetivo anular uma assembleia de sócios. Se Pedro e Paulo forem sócios da companhia cuja assembleia for anulada, a decisão atingirá a ambos igualmente, ainda que não sejam partes de eventual processo. A relação existente entre ambos, ligada por uma relação jurídica base (a sociedade), de direito coletivo em sentido estrito pois, não pode se dividir – o resultado será sempre o mesmo para ambos; impossível ser de um jeito para Paulo e de outro para Pedro. Está-se, neste último caso, diante de direitos coletivos em sentido estrito.

Finalmente, acerca dos direitos individuais homogêneos, imagine-se como exemplo uma gama de consumidores que adquiriu televisões defeituosas fabricadas por um mesmo fornecedor. Todos eles poderão mover, caso prefiram, ações estritamente individuais; cada um por si. A decisão prolatada em favor de Paulo não atingirá Pedro. Os direitos são divisíveis, mas, dado o número de eventuais demandas, o Código tratou da matéria como se fora direito coletivo para permitir a sua tutela pela via coletiva. É possível que uma associação de defesa do consumidor ajuíze demanda em favor destes consumidores, em

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

- I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

decisão que atingirá partes não presentes no processo, sendo, na nossa conceituação, ação coletiva. É a tutela coletiva de direito individual.

Nesse sentido, então, no Código de Defesa do Consumidor estabeleceram-se os direitos essencialmente coletivos: difusos (indivisíveis cuja ligação entre os sujeitos indeterminados se dá por circunstâncias fáticas) e coletivos (indivisíveis cuja ligação entre os personagens determinados se dá por uma relação jurídica base). O mesmo Código fixou também aquilo que se convencionou chamar de tutela coletiva de direitos para os individuais de origem comum, denominados de individuais homogêneos. Os individuais homogêneos, então, não são direitos coletivos, são individuais; será coletiva, porém, a maneira de tutelá-los.

Se os direitos difusos e coletivos em sentido estrito se diferenciam dos individuais homogêneos em função da indivisibilidade, os primeiros se diferenciam entre si em razão do laço que une e da indeterminabilidade dos seus destinatários: nos difusos, os sujeitos estão ligados por circunstâncias fáticas e são indetermináveis (direito de não ser atingido por uma propaganda enganosa); nos coletivos em sentido estrito, os indivíduos estão unidos por uma relação jurídica base (direito dos acionistas da Petrobras). Nos direitos essencialmente coletivos, sejam os difusos sejam os coletivos em sentido estrito, há, porém, uma peculiaridade: a indivisibilidade; ambos são indivisíveis. O reconhecimento da terceira dimensão de direitos – os de solidariedade, na classificação meramente didática de Bobbio – foi deveras importante para, no Brasil, sistematizar-se o conceito acerca destes direitos.

Contextualizando estes direitos, Eduardo Tamanini nos oferece a seguinte lição:

“No curso do século XX assistiu-se à tomada de consciência acerca da existência e à própria multiplicação dos direitos ditos de ‘terceira geração’. Consolidados os direitos de defesa em face do Estado e a afirmação (ao menos virtual) de direitos fundamentais sociais, o passo seguinte foi a identificação de direitos mais amplos, que pertencem a todos os integrantes da coletividade, de modo indivisível: o direito ao meio ambiente saudável; à incolumidade do patrimônio público; à preservação do patrimônio histórico, cultural, artístico – e assim por diante. São os direitos ou interesses difusos. (...) Então confere-se à classe dos advogados o direito de indicar integrantes para compor os tribunais; confere-se à categoria dos usuários de um serviço público o direito de integrar determinado órgão estatal regulador – e assim por diante. São os direitos coletivos, que nossa legislação define como transindividuais de natureza indivisível, titularizados por um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, artigo 81, § único, II); Daí – muito mais do que em outras épocas – surgem situações em que uma imensa quantidade de pessoa titulariza, individualmente, um direito que é na essência idêntico ao dos demais. E surgem situações em que essas pessoas têm, ao mesmo tempo, esses seus respectivos direitos ameaçados ou violados por uma conduta ou conjunto de condutas provenientes

de um mesmo sujeito ou conjunto de sujeitos. Pensemos em consumidores que compraram todos um mesmo produto defeituoso; ou contribuinte numa mesma situação em face do fisco; servidores públicos ou empregados privados numa idêntica posição jurídica em face de seus empregadores etc. Esses são os direitos individuais homogêneos, que o Código do Consumidor identifica, de modo um tanto lacônico, como sendo os de “origem comum” (...) Nessa ótica, as duas primeiras categorias constituem direitos propriamente coletivos, transindividuais. A proteção jurisdicional deles constitui tutela de direitos coletivos. Já nos direitos individuais homogêneos emprega-se a técnica processual coletiva para proteger direitos individuais. Daí a expressão tutela coletiva de direitos individuais”.¹⁷²

Os direitos transindividuais, sejam aqueles que atingem uma gama indeterminada de indivíduos ligados por circunstâncias de fato, sejam aqueles que atingem grupo determinado de pessoas ligadas por uma relação jurídica base, estão desenhados em nosso sistema; o mesmo acontece com os direitos individuais homogêneos, cuja origem seja comum, também previstos em nosso ordenamento jurídico.

A jurisprudência nacional convalida os conceitos previstos no Código de Defesa do Consumidor, o que se comprova mediante transcrição de julgado, bastante didático, do Superior Tribunal de Justiça:

“No ponto, tem-se por direitos difusos aqueles transindividuais cujos titulares são indeterminados e indetermináveis (critério subjetivo), pertencendo, simultânea e indistintamente, a todos os integrantes de uma coletividade, o que caracteriza a natureza indivisível do objeto ou bem jurídico protegido (critério objetivo), figurando, como elemento comum, as circunstâncias do fato lesivo, e não a existência de uma relação jurídica base (critério de origem do direito lesado). Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, são os metaindividuais titularizados por pessoas indeterminadas, mas determináveis como grupo, categoria ou classe (critério subjetivo), pertencendo a todos em conjunto e simultaneamente, caracterizado, assim, o caráter indivisível do objeto ou bem jurídico tutelado (critério objetivo), existindo uma relação jurídica base — anterior à lesão — como elo entre si ou com a parte contrária (critério de origem do direito). Portanto, o que diferencia o direito difuso do direito coletivo stricto sensu é a determinabilidade dos seus titulares e a existência de relação jurídica base anterior à lesão. Por derradeiro, os direitos individuais homogêneos referem-se a direitos individuais com dimensão coletiva, ou seja, aqueles que decorrem de lesões advindas de relações jurídicas massificadas/padronizadas. Seus titulares são pessoas determinadas (critério subjetivo), havendo resultado real da violação diverso para cada uma, o que configura a divisibilidade de seu objeto ou do bem jurídico tutelado (critério objetivo), estabelecendo-se o vínculo entre os sujeitos em razão de uma circunstância de fato ou de direito com origem comum para todos”.¹⁷³

¹⁷² TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador Geral); ZANETTI JUNIOR, Hermes (Coordenador). Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 110–111.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.525.327/PR da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 1º de março de 2019. Disponível em

Em resumo, em nível legal, o que se confirma pela jurisprudência, os direitos coletivos são conceituados de três diferentes formas: i) difusos – indivisíveis, pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; ii) coletivos em sentido estrito – indivisíveis, pessoas determinadas e ligadas por uma relação jurídica base; e, iii) individuais homogêneos – divisíveis, são direitos individuais, de origem comum, mas que são coletivamente tutelados.

Não se pode ignorar que, na doutrina, há aqueles que, como Cássio Scarpinella Bueno, criticam a classificação adotada pelo Código. Segundo o estudioso, seria mais legítimo classificar os direitos em transindividuais ou meramente individuais, sem necessidade de distingui-los entre os difusos e os coletivos em sentido estrito:

“É preferível, destarte, que a classificação tripartite derivada do precitado artigo 81 da Lei n.º 8.978/1990 – 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 trespassam, por suas próprias características ou por razões meramente acidentais, o estado de sujeição de uma só pessoa”.¹⁷⁴

Afora a crítica circunstancial de Bueno sobre a ilegitimidade da classificação em direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, positivada no Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que, mais recentemente, calcado em premissas da ciência social, Edilson Vitorelli sugere uma nova tipificação para os direitos transindividuais do tipo difuso.

Segundo Vitorelli, a classificação atualmente adotada, hospedada na premissa segundo o qual os direitos coletivos – fundamentalmente os difusos – são ao mesmo tempo de todos, mas também não o são de ninguém, não é rigorosa. É necessário definir quem são estes “todos”. O autor faz um paralelo com o conceito original de direito subjetivo, segundo o qual alguém será detentor de um crédito em desfavor de alguém que terá um débito (não necessariamente pecuniário) com uma relação obrigacional ligando as partes, concluindo que, na premissa legal atualmente adotada de direito coletivo (conceitos positivos de direitos difusos), não é possível definir efetivamente quem são os

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1784720&num_registro=201500375558&data=20190301&formato=PDF. Acesso em 03 de agosto de 2023.

¹⁷⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Direito processual coletivo e direito processual público. v. 2. t. III. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

titulares dos direitos transindividuais, diferentemente do que se vê no direito individual (credor certo, devedor igualmente certo e relação entre eles). É necessário, o que sustenta com bastante ênfase, indicar efetivamente quem são os titulares dos direitos tidos por metaindividuais.

Essa definição, sobre quem são todos, para se indicar quem são os titulares do direito – até para poderem invocar em juízo – se inicia a partir da necessidade de identificar o conflito, eis que, não havendo conflito, não haverá titular para provocação. É a partir do conflito que se chegará ao tipo de direito e, conseqüentemente, à identificação de quem são os titulares do direito. Ensina Vitorelli:

“Primeiramente, a titularidade dos direitos transindividuais só pode ser definida, com algum sentido, quando se está tratando de sua violação, ou seja, no contexto de um litígio coletivo. Não importa de quem é o meio ambiente de uma ilha virgem e deserta, que se localize no meio do Oceano Pacífico. Pelo menos não até que ele seja lesado ou, pelo menos, ameaçado. Discutir a titularidade dos direitos transindividuais, enquanto permanecem íntegros, é um exercício que, para os propósitos da operação do sistema processual, carece de utilidade. Da mesma forma que, para Bauman, a sociedade é um conceito performativo, que cria a entidade que nomeia, a titularidade dos direitos transindividuais somente pode ser definida a partir da sua violação ou ameaça de violação, ou seja do litígio coletivo. (...) Os direitos transindividuais, enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente”.¹⁷⁵

Assim, é a partir do conflito que se verificará a titularidade dos direitos transindividuais, não se podendo afirmar, a rigor, que os mesmos direitos sejam de todos indiscriminadamente. Exemplificando, numa hipótese trivial, o corte de uma árvore em Ribeirão Preto não pode representar, a um só tempo, a mesma violação de direito para um cidadão lotado na própria cidade e, de outro lado, para um outro que resida na cidade de Salvador; embora o corte possa comprometer o meio-ambiente, e o corte origina a litigiosidade, o conflito, não se pode determinar que um sujeito residente em Ribeirão Preto tenha o mesmo interesse que aquele residente em Salvador. O autor, então, a pretexto de criticar a classificação atual, rompe com o dogma da indivisibilidade – dado que, neste caso, a rigor, haveria divisão entre os direitos dos cidadãos. Mais, o particular, morador de Ribeirão Preto, poderia eventualmente ser titular da ação para romper com o ato de cortar a árvore; o cidadão baiano não possuiria a mesma legitimidade.

¹⁷⁵ VITORELLI, Edilson. *op.cit.*, p. 52-79.

Vitorelli explora com solidez a necessidade de repensar o conceito dos direitos transindividuais.

Para além do mais, segundo os estudos desenvolvidos pelo jurista, citando alguns exemplos, determinados direitos não serão de todos, eis que, entre os supostos destinatários destes direitos, haverá conflitos acerca dos interesses. Um dos exemplos citados é a queima da palha da cana-de-açúcar. Sua proibição atingiria, aos olhos do atual direito positivo, toda a coletividade e seria um direito do tipo difuso (na classificação usual). O jurista faz uma distinção acerca do direito da coletividade em não querer a queima da cana com o interesse dos trabalhadores daquela lavoura. Há o direito dos trabalhadores que atuam no corte da cana, os quais, ante a não permissão da queima, ficarão tolhidos de seu trabalho; de outro lado, está o direito da comunidade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Outra ilustração possível é a da instalação de um aeroporto: ao mesmo tempo em que a cidade economicamente vibrará com o novo equipamento, os moradores do entorno terão perdas substanciais e, talvez, o meio-ambiente sofra com este novo empreendimento público. O interesse não será, de novo, indivisível.

Com tais exemplos, quis-se demonstrar, no trabalho desenvolvido por ele, que não é sustentável afirmar que o direito difuso é ao mesmo tempo de todos, mas também não é de ninguém:

“Aí está a primeira das simplificações do debate a que se aludiu anteriormente. É certo que os direitos difusos e coletivos, sobretudo os difusos, não se enquadram no sistema tradicional de classificação dos direitos, em uma estrutura relacional em que se verifique um credor, uma prestação e um devedor. Mas também é certo que, até aquele momento, ninguém havia desenvolvido outra classificação que pudesse dar conta desses direitos.

(...)

É certo que, na realidade concreta, muitas vezes se encontram interesses contrapostos, afirmados a partir da mesma situação subjacente, sem que se possa imaginar, de imediato, que uma posição esteja certa e outra, errada. A queima da palha da cana-de-açúcar, por exemplo, por mais repreensível que seja do ponto de vista ambiental, viabiliza a colheita manual do produto, de forma que a sua proibição poderá acarretar a elevação acentuada do desemprego em certas localidades, causando, assim, lesão a essas municipalidades e seus habitantes. Logo, o combate a uma conduta ambientalmente lesiva pode causar prejuízos a outros integrantes da mesma comunidade, que se beneficiaria imediatamente da sua eliminação”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 52-79.

A distinção adotada por Vitorelli parte da premissa de que não se pode falar que, nos direitos difusos, os direitos serão de todos. Além disso, segundo seu estudo, dentro do grupo supostamente atingido, haverá repercussão de eventual tutela acerca do direito difuso de maneiras diversas. Nem todos serão beneficiados da mesma forma: alguns serão mais beneficiados, outros o serão um pouco menos e alguns outros ficarão indiferentes. Em suas palavras:

“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. Se três pessoas são titulares do mesmo meio ambiente, mas um teria seus interesses fortemente atingidos em razão de uma providência decorrente da procedência de uma demanda, enquanto a segunda teria algo a perder com o julgamento de improcedência da mesma ação e a terceira seria indiferente a ambos os resultados, é difícil enxergar como as três podem ser, de modo idêntico, titulares desse direito”.¹⁷⁷

Assim, a teoria de Vitorelli enfrenta o conceito “todos” na tipificação dos direitos coletivos. Para ele não é possível falar que os direitos difusos são de todos: tais interesses têm titulares certos. Em seguida, estabelece que os indivíduos, titulares do direito, não serão atingidos da mesma maneira, havendo diferenciação na irradiação dos efeitos da eventual tutela. Em suas conclusões, sugere três categorias de direitos supraindividuais: i) litígios de difusão global; ii) litígios transindividuais de difusão local; e, iii) litígios transindividuais de difusão irradiada.

Esta classificação, pois, contempla os direitos difusos e, em parte, os direitos coletivos em sentido estrito – em alguns casos no tópico dos litígios transindividuais de difusão local. Atentemos às suas classificações.

O primeiro deles, litígio transindividual de difusão global, aponta para situações nas quais a lesão não irá afetar incisivamente o interesse de qualquer particular. Como ilustração, cita um vazamento pequeno de óleo, em uma perfuração profunda, na busca pelo pré-sal por exemplo, no meio do oceano – na hipótese, essa água jamais chegará a de qualquer forma ao consumo humano. Não atinge qualquer pessoa direta e isoladamente considerada, embora seja um dano pequeno ao meio ambiente, autorizando ajuizamento

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 82.

de ação reparatória. É, aos olhos da atual legislação, matéria de direito difuso. No conceito sugerido por Vitorelli, é um direito transindividual de difusão global.

“A primeira categoria de direitos transindividuais é dada pelas situações nas quais a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa. Um vazamento de óleo, em quantidade relativamente pequena, em uma perfuração profunda, no meio do oceano, não atinge diretamente qualquer pessoa. Fora o interesse compartilhado de todo ser humano em relação ao ambiente planetário, ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão. Nessa situação em que a violação a um direito transindividual não atinge, de modo especial, a qualquer pessoa, sua titularidade deve ser imputada à sociedade entendida como estrutura. Essa é a categoria que se aproxima das formulações atuais do processo coletivo, que veem a sociedade como um ente supra coletivo, despersonalizado, que defende seus interesses pela aplicação do ordenamento jurídico, interpretado por pessoas autorizadas a tanto. Aqui não se trata de proteger direito difuso porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa genericamente a todos”.¹⁷⁸

O direito transindividual de difusão global, pois, é aquele que não atinge individual e especialmente a ninguém, não se negando, entretanto, que haja no caso uma transgressão. É o caso de um corte de árvore isolada ocorrido no meio uma propriedade rural.

A segunda categoria proposta por Vitorelli são os direitos transindividuais de difusão local. São os direitos de determinadas comunidades que, ligadas por um laço de afinidade, apresentam grande identidade afetiva em relação a seus direitos. Imaginando-se que o local de determinado dano esteja junto a uma comunidade indígena, não há como equiparar o direito desta comunidade, por exemplo, com figuras que estejam a grande distância. Um dano ambiental, por exemplo, causado por indevida exploração mineral e ocorrido em uma comunidade indígena, terá os índios como os mais prejudicados, muito mais do que aqueles que estão a milhares de quilômetros do local. Dentro desta categoria – litígios transindividuais de difusão local – encontram-se também, segundo os estudos de Vitorelli, os direitos das mulheres; o direito de igualdade de gênero, embora seja de toda a coletividade, atinge as mulheres de uma maneira mais incisiva do que aquela que afeta os homens. Seriam, a exemplo dos conflitos de difusão local, para o conceito adotado pelo legislador, direitos difusos – eis que as partes são ligadas por circunstância de fato, são indeterminadas (mesmo irradiando-se efeitos diferentes para as partes constantes do grupo) e o objeto é indivisível:

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 89.

“O dano ao ambiente ocorrido no interior do território tradicional de uma comunidade indígena causa a essa comunidade efeitos tão mais pronunciados que em todo o restante da sociedade mundial que a única solução compatível com a realidade é atribuir a essa comunidade titularidade do direito violado. Não é admissível imaginar que o dano ambiental provocado pela extração mineral ilícita em território indígena interesse aos índios na mesma medida em que interessa aos demais habitantes do Brasil ou do mundo. O vínculo cultural existente entre o índio e o território, que vai além de um simples vínculo de propriedade, faz a relação do grupo indígena com o dano tão mais acentuada que torna insignificante, por comparação, sua relevância para os indivíduos que lhe são exteriores. Em razão desse peculiar caráter, esses direitos serão denominados direitos transindividuais de difusão local ou, resumidamente, direitos transindividuais locais”.¹⁷⁹

Os direitos transindividuais de difusão local tangenciam, então, aqueles direitos em que há um vínculo mais próximo de determinado grupo ao objeto tutelado, não havendo, a rigor, o mesmo vínculo com terceiros. O direito que as mulheres possuem, por exemplo, à uma política inclusiva é mais próximo do grupo formado por elas, do que, por mais altruísmo que exista entre os homens, destes.

Finalmente, há os interesses de difusão irradiada. Neste caso, não haverá afinidade de interesse (ao contrário do que ocorre em relação aos índios no exemplo anterior) entre os que serão tutelados e muitas vezes haverá conflito entre a própria comunidade sobre a tutela pretendida. Em 2014, o Estado de São Paulo passou por uma grave crise de abastecimento de água, utilizando, para fazer frente a ela, do sistema “morto” das represas de abastecimento. Surgiam daí conflitos de interesse dentro da mesma comunidade: o direito à conservação dos mananciais e o direito, da mesma comunidade, ao abastecimento de água. São direitos, na *novel* classificação sugerida, transindividuais de difusão irradiada:

“Em 2014, o Estado de São Paulo experimentou um conflito coletivo particularmente complexo quando, em razão da falta de chuvas, o poder público decidiu utilizar o chamado ‘volume morto’ das represas que compõem o sistema de abastecimento de água da capital, opondo os interesses dos habitantes da cidade, que não queriam experimentar um racionamento de água, aos interesses ambientais de conservação dos mananciais. Houve, ainda, um conflito interestadual, quando foi aventada a possibilidade de transposição do rio Paraíba do Sul, Estado do Rio de Janeiro, para prover água a São Paulo. O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública para obstá-las, em defesa do meio ambiente. Conflitos desse tipo se repetem em outros países. A Índia enfrentou e vem enfrentando sérios problemas nas ações para a despoluição do rio Ganges, em razão da objeção apresentada pelos religiosos hindus, para os quais o rio representaria a deusa Gangã e sua pureza e santidade combateriam os efeitos negativos da poluição.

Essas são situações de alta conflituosidade e complexidade, nas quais há múltiplos resultados possíveis para o litígio e a sociedade titular, dos direitos em questão, têm interesses marcadamente variados e antagônicos, quanto a seu

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 94.

resultado. Como se extrai dos exemplos expostos, as circunstâncias são diversas das duas categorias anteriores. O litígio não é de difusão global, porque é possível identificar as pessoas que sofrerão danos em grau mais intenso que outras, que estão distantes dos seus efeitos. Também não é de difusão local, porque não existe identidade de perspectivas entre os envolvidos. Eles são pessoas com perspectivas sociais variadas em relação ao litígio”.¹⁸⁰

Vitorelli sugere, assim, a adoção de novas categorias de direitos transindividuais: de interesses global, local e de interesses irradiados. Tenta trazer luz à pretensão de localizar, entre todos, os efetivos destinatários dos direitos.

O estudioso do processo coletivo esclarece as novas premissas: i) o direito para ser coletivo reclama, de início, uma necessária conflituosidade; ii) há superação da indivisibilidade do direito, dado que uma lesão – corte de árvore isolada no meio de uma propriedade rural – se pulveriza de diversas maneiras; iii) nem todos têm o mesmo direito, pensando-se numa exploração irregular em área indígena, a buscar a reparação do dano; e, finalmente, iv) a titularidade do direito dependerá, pois, da proximidade com o dano, de modo que, teoricamente, um cidadão de Ribeirão Preto não teria direito de tutelar em desfavor de um ato lesivo, e isolado, como um corte de árvore em Belo Horizonte, por exemplo.

Adotar-se-á aqui o conceito de direitos coletivos atualmente hospedado na legislação – difusos, coletivos e individuais homogêneos – deixando-se consignado, contudo, o respeito às posições defendidas brilhantemente por Vitorelli. O critério utilizado pelo jurista cria subcategorias de direitos difusos ou de coletivos em sentido estrito (no caso dos direitos transindividuais de difusão local), não ingressando nos conceitos de direitos individuais homogêneos.

Para os fins pretendidos por este trabalho – classificar as ações coletivas a partir de uma teoria de sistemas – e, em se tratando de categorias dos direitos difusos, sejam os de interesse global, local ou irradiados, a classificação proposta pelo autor em nada alterará o caminho a ser percorrido: o que se pretende é identificar, a partir do resultado que o conteúdo de uma sentença pode produzir, uma ação coletiva. O resultado que tal conteúdo pode produzir será o mesmo, qualquer que seja a classificação adotada: se difuso ou de difusão irradiada, por hipótese.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 98.

Além disso, em parte nosso sistema permite que sujeitos que estejam distantes do dano assumam a titularidade para tutelá-los; é o que se verifica, por exemplo, na ação popular: um cidadão, residente em Ribeirão Preto, pode ajuizar ação para anular ato que seja lesivo ao meio-ambiente, ainda que o fato tenha ocorrido, por exemplo, na cidade do Rio de Janeiro; a titularidade abstrai a territorialidade, bastando que haja dano e, igualmente, que o titular seja cidadão.¹⁸¹

¹⁸¹ “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO POPULAR. ELEITOR COM DOMICÍLIO ELEITORAL EM MUNICÍPIO ESTRANHO ÀQUELE EM QUE OCORRERAM OS FATOS CONTROVERSOS. IRRELEVÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CIDADÃO. TÍTULO DE ELEITOR. MERO MEIO DE PROVA.

1. Tem-se, no início, ação popular ajuizada por cidadão residente e eleitor em Itaquaira/MS em razão de fatos ocorridos em Eldorado/MS. O magistrado de primeiro grau entendeu que esta circunstância seria irrelevante para fins de caracterização da legitimidade ativa ad causam, posição esta mantida pelo acórdão recorrido - proferido em agravo de instrumento.

2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter havido violação aos arts. 1º, caput e § 3º, da Lei n. 4.717/65 e 42, p. único, do Código Eleitoral, ao argumento de que a ação popular foi movida por eleitor de Município outro que não aquele onde se processaram as alegadas ilegalidades.

3. A Constituição da República vigente, em seu art. 5º, inc. LXXIII, inserindo no âmbito de uma democracia de cunho representativo eminentemente indireto um instituto próprio de democracias representativas diretas, prevê que "qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência" (destaque acrescentado).

4. Note-se que a legitimidade ativa é deferida a cidadão. A afirmativa é importante porque, ao contrário do que pretende o recorrente, a legitimidade ativa não é do eleitor, mas do cidadão.

5. O que ocorre é que a Lei n. 4.717/65, por seu art. 1º, § 3º, define que a cidadania será provada por título de eleitor.

6. Vê-se, portanto, que a condição de eleitor não é condição de legitimidade ativa, mas apenas e tão-só meio de prova documental da cidadania, daí porque pouco importa qual o domicílio eleitoral do autor da ação popular. Aliás, trata-se de uma exceção à regra da liberdade probatória (sob a lógica tanto da atipicidade como da não-taxatividade dos meios de provas) previsto no art. 332, CPC.

7. O art. 42, p. único, do Código Eleitoral estipula um requisito para o exercício da cidadania ativa em determinada circunscrição eleitoral, nada tendo a ver com prova da cidadania. Aliás, a redação é clara no sentido de que aquela disposição é apenas para efeitos de inscrição eleitoral, de alistamento eleitoral, e nada mais.

8. Aquele que não é eleitor em certa circunscrição eleitoral não necessariamente deixa de ser eleitor, podendo apenas exercer sua cidadania em outra circunscrição. Se for eleitor, é cidadão para fins de ajuizamento de ação popular.

9. O indivíduo não é cidadão de tal ou qual Município, é "apenas" cidadão, bastando, para tanto, ser eleitor.

10. Não custa mesmo asseverar que o instituto do "domicílio eleitoral" não guarda tanta sintonia com o exercício da cidadania, e sim com a necessidade de organização e fiscalização eleitorais.

11. É que é entendimento pacífico em doutrina e jurisprudência que a fixação inicial do domicílio eleitoral não exige qualquer vínculo especialmente qualificado do indivíduo com a circunscrição eleitoral em que pretende se alistar (o art. 42, p. único, da Lei n. 4.737/65 exige tão-só ou o domicílio ou a simples residência, mas a jurisprudência eleitoral é mais abrangente na interpretação desta cláusula legal, conforme abaixo demonstrado) - aqui, portanto, dando-se ênfase à organização eleitoral.

12. Ainda de acordo com lições doutrinárias e jurisprudenciais, somente no que tange a eventuais transferências de domicílio é que a lei eleitoral exige algum tipo de procedimento mais pormenorizado, com demonstração de algum tipo de vínculo qualificado do eleitor que pretende a transferência com o novo local de alistamento (v. art. 55 da Lei n. 4.737/65) - aqui, portanto, dando-se ênfase à fiscalização para evitação de fraude eleitoral.

13. Conjugando estas premissas, nota-se que, mesmo que determinado indivíduo mude de domicílio/residência, pode ele manter seu alistamento eleitoral no local de seu domicílio/residência original.

O critério proposto por Vitorelli, ao classificar os interesses como de difusão global, local ou irradiado, determinará quem são os efetivos destinatários do direito, o que permitirá a estes, indivíduos ou comunidades, o ajuizamento de ações para a tutela destes direitos – ainda que sejam ações consideradas, em função de quem as ajuíza, individuais. Similarmente, no próximo título, tratar-se-á acerca das possibilidades de ajuizamento de uma ação coletiva: quem for detentor do direito, seja um ente autorizado ou não, seja um indivíduo em particular, poderá ajuizar ação ainda que o resultado da demanda atinja partes que não estão no processo. Isto é, qualquer que seja o interesse difuso, de difusão global, local ou irradiada, os seus detentores terão o direito de ajuizar uma ação.

Assim, adotaremos os conceitos fixados pelo legislador em nosso sistema, fundamentalmente a partir daquilo que dispõe o Código de Defesa do Consumidor. Até porque, qualquer que seja a definição, as consequências, para o trabalho, serão as mesmas.

14. Neste sentido, é esclarecedor o Resp 15.241/GO, Rel. Min. Eduardo Alckmin, DJU 11.6.1999.

15. Se é assim - vale dizer, se não é possível obrigar que a transferência de domicílio/residência siga a transferência de domicílio eleitoral -, é fácil concluir que, inclusive para fins eleitorais, o domicílio/residência de um indivíduo não é critério suficiente para determinar sua condição de eleitor de certa circunscrição.

16. Então, se até para fins eleitorais esta relação domicílio-alistamento é tênue, quanto mais para fins processuais de prova da cidadania, pois, onde o constituinte e o legislador não distinguiram, não cabe ao Judiciário fazê-lo - mormente para restringir legitimidade ativa de ação popular, instituto dos mais caros à participação social e ao controle efetivos dos indivíduos no controle da Administração Pública.

17. Recurso especial não provido.

(REsp n. 1.242.800/MS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 7/6/2011, DJe de 14/6/2011.)”

5. CRITÉRIO PARA CLASSIFICAÇÃO DE AÇÕES COLETIVAS

5.1 – Ação Coletiva

A classificação de uma ação como coletiva ou individual passa pelo conteúdo que a sentença de um determinado processo possa produzir. Se o resultado da tutela obtida não ultrapassar a órbita das partes envolvidas naquela demanda, a ação será do tipo individual. Se uma ação tiver por objeto tutelar, todavia, uma gama transindividual de personagens, a ação será de natureza coletiva.

Estabelecido isto, é importante retomar conceitos já explorados para saber quais serão as ações cujos resultados poderão ultrapassar a órbita de individualidade dos sujeitos envolvidos naquele contexto. Para isto, então, no sentido de entender-se se a ação é de natureza coletiva, será necessário verificar a presença de três elementos: i) quais são os direitos coletivos; ii) quais direitos que, individuais, podem vir a ser tutelados pela via coletiva; e, iii) quais ações se prestam a defender as respectivas demandas.

Os direitos coletivos são os transindividuais que: i) com objeto indivisível e sujeitos indeterminados ligados por circunstâncias fáticas (difusos); e, ii) os igualmente transindividuais cujos sujeitos são determinados e ligados por uma relação jurídica base (coletivos em sentido estrito). É o conceito que vem, inclusive, do Código de Defesa do Consumidor. Estes direitos de tipo coletivo, difusos ou coletivos em sentido estrito, quando forem tutelados via ação judicial, formarão uma demanda cuja natureza será coletiva. É que, a rigor, o resultado da ação – seja de direito difuso, seja de direito coletivo – ultrapassará a órbita das partes lotadas em um determinado processo.

Há aqueles direitos individuais, todavia, que geram relações jurídicas somente individuais, mas cuja tutela, provocada pelo particular, se torna difícil, seja pelo pequeno valor envolvido, seja também pela hipossuficiência das partes. São direitos individuais de origem comum, os quais, havendo relevância social, também serão tutelados pela via coletiva, embora não percam, porque divisíveis quanto ao objeto, a característica de individuais. A tutela coletiva de direito individual não retira tal marca – a individualidade – deste direito. Há posições respeitáveis em sentido contrário, de que o direito individual homogêneo tem contornos coletivos, especialmente de Gajardoni:

“Além disso, não se pode negar, ao menos na fase cognitiva das ações coletivas tutelar dos individuais homogêneos, o objeto litigioso é tomado em bloco, na sua dimensão coletiva (evento comum), sendo, inclusive, assim tratado na sentença.

(...)

De se considerar, também, que o simples fato de os direitos e interesses individuais homogêneos receberem, por força de disposição legal expressa (art. 81 e seguintes do CDC), tratamento coletivo, já parece ser justificativa suficiente, ainda que do ponto de vista estritamente processual, para não serem considerados, simplesmente, como direitos individuais”.¹⁸²

Em que pese o respeito merecido por toda e qualquer posição do professor Gajardoni, faz-se a opção por escolher o caminho segundo o qual os direitos individuais homogêneos são somente individuais. Não são coletivos. Seu objeto é divisível, sustentando a posição aqui adotada.

A decisão dada em um processo coletivo para discutir direito de um conjunto de sujeitos sobre a necessidade de fazer recall de veículo, pode não ser a mesma dada em processo individual para discutir o mesmo recall. Basta dizer, assim, que a decisão dada em processo coletivo no qual se tutela um direito individual homogêneo pode ser diversa de um processo individual cuja parte se excluiu dos efeitos da decisão do primeiro – nos termos do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁸³ Por isso, direito individual homogêneo é direito, com o perdão da redundância, individual.

Assim, uma ação será conhecida como coletiva se estiver a tutelar um objeto cujo resultado final seja um direito do tipo difuso (objeto indivisível, sujeitos indeterminados, ligados por circunstância de fato), um direito do tipo coletivo (objeto indivisível, sujeitos determinados e ligados por relação jurídica de base) ou um direito do tipo individual homogêneo (que tutela direitos individuais por uma ação coletiva a fim de evitar a atomização destes direitos¹⁸⁴ e diante de relevante interesse social).

A ação coletiva será aquela que buscar tutelar, como resultado, um direito do tipo difuso, do tipo coletivo ou então de caráter individual, mas de origem comum, o individual homogêneo. Ações que tiverem por objetivo esta tutela serão coletivas, eis que

¹⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *op.cit.*, p. 140.

¹⁸³ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

¹⁸⁴ Expressão adotada por Kazuo Watanabe: atomização e molecularização de litígios; a primeira é a explosão do número de demandas, enquanto a última significa utilização de uma ação para tutela coletiva.

atingirão uma gama maior de elementos que não apenas aqueles constantes do processo; ações que tenham por objeto a tutela entre duas partes certas, cujo resultado a elas fique restrito, serão de natureza meramente individual. Uma ação será coletiva, certamente e sem qualquer sombra de dúvida, independentemente de seu nome ou de quem a ajuizou.

Parte-se, então, do pressuposto segundo o qual a ação coletiva será transindividual a depender do seu objeto – difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo. É a lição, ademais, de Camilo Zufelato:

“A ideia de ação coletiva, contudo, tem sua caracterização determinada essencialmente pelo objeto do processo, ou seja, pela natureza dos direitos tutelados. Ainda que outros elementos sejam relevantes para distingui-la da ação individual, como a legitimidade ativa e a coisa julgada, esses elementos decorrem da característica do objeto litigioso do processo, ou seja, são consectários da natureza transindividual desses direitos. Em suma, a terminologia ação coletiva refere-se a toda e qualquer modalidade de ação na qual se tutele direito transindividual, seja na espécie de interesses difusos, coletivos, *stricto sensu* ou individuais homogêneos, esses últimos, evidentemente, quando tutelados de forma coletiva”.¹⁸⁵

O conceito inicial a ser fixado, então, está vinculado à diferença entre ação individual e ação coletiva. A primeira será aquela cujo objeto é um direito divisível, individual (por exemplo, a cobrança de um cheque sem lastro, cujo resultado atingirá apenas as partes envolvidas no processo); na ação coletiva, o objeto, como regra, será indivisível (por exemplo, o pedido para proibir que determinado estabelecimento dedicado ao entretenimento use equipamento de som, em volume alto, após a meia noite), eis que atingirá, e de maneira igual, não apenas às partes envolvidas na demanda.

É possível ainda tutelar direito individual na ação coletiva – tutela coletiva de direitos individuais – quando se tratar de conflitos que, dado o número existente de demandas, permitam, pela relevância social, quando se tratar de direito individual homogêneo, a utilização do instrumento coletivo (por exemplo, o recall de veículos adquiridos de um mesmo fabricante que, por defeito de fábrica, merecem revisão). Estas ações seriam naturalmente ajuizadas por indivíduos, mas o número expressivo de conflitos torna possível o ajuizamento por meio de ação coletiva.

Estabelecidas estas premissas, é necessário verificar quais ações se prestam a tutelar, inseridas que estão no sistema, direitos difusos e coletivos. Há uma gama nominal de ações que se prestam a esta tutela: a ação civil pública, a ação popular, o mandado de

¹⁸⁵ ZUFELATO, Camilo. Coisa julgada coletiva. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61.

segurança coletivo ou até mesmo uma ação individual cujo objeto seja um direito do tipo coletivo. Quais ações que, nominalmente inseridas no sistema estão à disposição da comunidade para tutela de direitos difusos? Todas, porque ação coletiva não depende de nome ou de autor, mas, de outro lado, do resultado que pode produzir.

Marcada a diferença entre a ação coletiva – aquela que atinge outras partes para além daquelas presentes ao processo – e a ação individual – aquela cujo resultado é restrito às partes – deve-se analisar a classificação, entre elas, das ações coletivas. Como se faz a identificação entre duas ações coletivas, como se verifica se uma será igual à outra?

Retoma-se, aqui, o conceito de sistema, especialmente na teoria de Niklas Luhmann. Trata-se, o sistema, de estrutura que se mostra como tal a partir da diferença que tem com o ambiente, distinguindo-se a partir de um código próprio – que no caso do direito é lícito ou ilícito.

O sistema, para além de se distinguir do ambiente por conta de um código, também deve cumprir uma função, o que se faz por meio de programas. O direito, a rigor, tem programas próprios – leis, jurisprudências, decretos, instruções normativas e contratos. Sua função, outra característica essencial do fenômeno, é estabilizar relações sociais, gerando certezas em detrimento de expectativas. Premissa fundamental é entender a função do sistema do direito – generalizar expectativas em detrimento de incertezas.

A análise do conceito de ação coletiva numa perspectiva sistêmica reclama, então, aferição do que é, e se é, lícito ou não-lícito, dentro do que está inserido no sistema; é certo que, mesmo dentro da codificação lícito ou não lícito, há várias possibilidades mesmo dentro do sistema do direito. Ilustra-se: no sistema do direito brasileiro não há uma classificação legal do que é um processo coletivo e, tampouco, quais os critérios de identificação de ação coletiva.

Assim, é possível identificar uma ação coletiva, para comparar-se a outra, através dos critérios do processo individual – partes, causa de pedir e pedido. Isto será lícito, mas será um critério que não atenderá, pela teoria sistêmica, a função própria do sistema do direito – estabilizar expectativas normativas. Isso porque, ações coletivas que tenham um mesmo objeto, mas que apresentem partes diferentes, não serão jamais iguais.

Não por outro motivo, observando-se a codificação, lícito ou não-lícito, e também numa perspectiva hermenêutica, busca-se conceituar o processo coletivo e igualmente a ação coletiva a partir de uma abordagem dentro da qual o sistema atenda sua função – de estabilizar expectativas normativas – e, respeitando a mesma codificação, lícito ou não-lícito, o que se fará numa avaliação constitucional do instituto.

A ideia, na tentativa de priorizar a função do sistema, é conceituar a ação a partir das partes que pode atingir e, nada obstante, elas serão idênticas, qualquer que seja o nome, qualquer que seja a parte, se o conteúdo de uma produzir o mesmo resultado de outra.

Nosso sistema de processo coletivo – o qual deve buscar sempre consolidar expectativas normativas – se forma pela triangulação entre a Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Processo Civil, e, dando densidade e respaldo aos diplomas, o texto da Constituição Federal, sem prejuízo, todavia, de outras disposições legais que tratam, de maneira esparsa, eis que não há nada codificado em nível de processo coletivo, da tutela transindividual.

Este microssistema de processo coletivo estabeleceu um norte, o qual começa, como de regra tudo no processo hermenêutico-jurídico, a partir do texto constitucional. É o que se vislumbra do artigo 5º, XXXV¹⁸⁶, da carta constitucional, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito. Esta premissa, é indubitável, é essencial para caracterizar-se a ação coletiva, dado que ela não depende de autor ou de nome – mas, ao contrário, das partes que pode atingir.

O mesmo artigo 5º, no título II, capítulo I do texto constitucional, cuidou de determinar quais os direitos e garantias fundamentais estão contemplados entre os direitos e deveres individuais e também coletivos.

A leitura do texto constitucional permite verificar que: i) a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito; e, ii) os direitos coletivos estão contemplados entre as garantias fundamentais.

O Código de Defesa do Consumidor seguiu o norte dado pelo legislador constitucional. Estabeleceu que a defesa de direitos e interesses protegidos por aquele veículo (difusos, individuais homogêneos e coletivos), os quais compõem o sistema de

¹⁸⁶ Art. 5º - (...) A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

direito coletivo, e não apenas as normas de direito do consumidor, permitirá a utilização de todas as espécies de ações que sejam capazes de proporcionar a adequada e efetiva tutela desses direitos. A redação do artigo 83 do referido diploma é um dos elementos integrantes do microssistema do processo coletivo.¹⁸⁷

O Código de Defesa do Consumidor, imiscuindo-se na seara do direito coletivo, no que foi referendado pelo próprio sistema, fixa premissas para a defesa dos direitos e interesses por ele protegidos – coletivos, difusos e individuais homogêneos: são permitidos todos os tipos de ações, desde que sejam capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela desses direitos.

Há, então, dois pressupostos: i) a ação será coletiva se tiver por objetivo tutelar direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individual homogêneo – que irá sempre atingir outras partes presentes no processo; e, ii) quaisquer ações, frise-se, quaisquer ações que sejam capazes de tutelar esses direitos, consoante o Código de Defesa do Consumidor e tendo em conta que a Constituição também garantiu que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, serão admissíveis.

O sistema do direito, então, tem código de licitude para permitir que qualquer ação verse sobre direito coletivo. É lícito que qualquer ação, a despeito de nome ou de legitimado, seja coletiva – basta que a ação tenha resultado para além das partes presentes no processo para que seja ela coletiva. Barbosa Moreira, lá atrás, já tangenciava possibilidade de particular ajuizar ação tutelando direito coletivo:

Assim, se a qualquer ação é legítima a tutela de direitos e interesses protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor – difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – desnecessário aqui, até porque impossível, elencar quais serão todas essas ações que se prestarão a tutelar tais direitos. Com efeito, ante a premissa fixada, todas as ações serão capazes de tutelar direitos difusos ou coletivos – objeto mais próximo deste trabalho.

“Tomem-se como exemplo o interesse dos acionistas na anulação (ou na declaração de nulidade) de uma deliberação de assembleia geral da sociedade anônima, ou na responsabilização de diretor por ato lesivo ao patrimônio social; ou ainda o interesse dos outros condôminos de um edifício de apartamentos na cobrança das contribuições devidas por algum condômino em mora. Facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio), de que participam todos os membros do grupo, e um interesse derivado, que para cada um dos

¹⁸⁷ 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.

membros nasce em função dela, mas sem com ela, confundir-se. A tal interesse ora se reconhecesse ora não, no plano material, a natureza de verdadeiro direito do componente do grupo: o acionista, v.g. é titular, ele próprio, de verdadeiro direito (potestativo), à invalidação da deliberação irregular da assembleia; não, porém do crédito contra o diretor pelo prejuízo que o ato por este ilegalmente praticado haja causado à sociedade: a credora exclusiva, aí, será a pessoa jurídica. Não queer isso dizer que o ordenamento fique impedido de conceder a cada interessado, de per si, a possibilidade de postular, no mine próprio, a providência cabível, tanto num como noutro caso. Sem dúvida se põe um problema de *legitimatio ad causam*, mas a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo, desde que admita – embora em caráter excepcional – a respectiva atribuição a pessoa diversa daquela que se apresenta como titular da relação litigiosa. Assim, é lícito ao acionista pleitear em juízo quer a anulação da deliberação da assembleia, quer a condenação do administrador a ressarcir o dano que causou à sociedade anônima”.¹⁸⁸

É lícito defender, então, que um particular possa ajuizar ação coletiva – dado que o motivo a justificar se tratar de ação coletiva é o seu objeto.

É correto afirmar, também, sobre a possibilidade do ajuizamento de ação civil pública, consoante a Lei n.º 7347/85, para tutelar qualquer interesse difuso.¹⁸⁹ É também possível afirmar que é legítimo ajuizar ação popular, em desfavor do Estado, para igualmente tutelar algum interesse que seja de natureza difusa, consoante o artigo 5º da Constituição Federal.¹⁹⁰ Se determinado Município fez um corte equivocado de cem árvores é legítimo o ajuizamento de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, por exemplo, para determinar o replantio de cem ou mais árvores; será igualmente legítimo, com mesma causa de pedir, e com o mesmo pedido, o ajuizamento de ação popular para tutelar o mesmo fato. Naturalmente, desde que não propostas simultaneamente, pois, do contrário, estarão sob o manto da litispendência ou da coisa julgada.

¹⁸⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. apud VILLONE, Massimo. *La collocazione istituzionale dell'interesses difuso*, in *La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, p. 73. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. *Revista de Processo*. v. 28, São Paulo. p. 7 – outubro de 1982. Republicado: *Processo Coletivo: do surgimento à atualidade*. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a. p. 28

¹⁸⁹ Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (Incluído pela Lei nº 8.078 de 1990).

¹⁹⁰ Art. 5º (...)

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

São duas ações formalmente distintas (embora sejam idênticas) que, dentro do norte dado de tutelar-se por quaisquer que sejam as ações, poderão tratar do tema. Em outras palavras, são admissíveis quaisquer espécies de ações para tutelar os direitos e interesses chancelados pelo Código de Defesa do Consumidor, seja uma ação popular, seja uma ação civil pública.

Não se pode ignorar o respeito ao procedimento para permitir a propositura da ação. Exemplificando, a ação popular é demanda destinada ao cidadão; só ele é legitimado para propor demanda que tenha por objeto afastar ato lesivo ao patrimônio público, entre os quais ao meio ambiente. Abre-se um parêntesis para lembrar que, na ação popular, confirmando o conceito de direitos difusos, autoriza que qualquer cidadão, mesmo que distante do ato lesivo, tem o direito de manejá-la.

A ação civil pública não pode ser proposta pelo cidadão, mas pode ser ajuizada pelo Ministério Público. Em outras palavras, a ação popular e a ação civil pública podem se prestar a tutelar o mesmo objeto – o corte das cem árvores – mas respeitando-se o procedimento próprio. Não é porque ambas ações podem tutelar o meio ambiente, hipótese de direito difuso, que ao cidadão será legítimo propor ação civil pública e ao Ministério Público será lícito ajuizar ação popular. Os objetos são os mesmos, as ações serão idênticas, mas os ritos procedimentais são diversos.

Numa perspectiva sistêmica, é lícito que o Ministério Público ajuíze ação para não permitir o corte de cem árvores, mas é igualmente correto que o cidadão demande, via ação popular, para igualmente proibir o mesmo fato; não há ilicitude em nenhuma das condutas, mas, se mantiver permissão para que ambos demandem sobre o mesmo objeto, o sistema do direito não cumprirá sua necessária função de generalizar e estabilizar expectativas, afastando incertezas.

O importante para a definição de se tratar de ação coletiva é o seu objeto, seu resultado, não a sua nomenclatura e tampouco o procedimento (este definirá qual será a espécie nominal da ação coletiva a ser ajuizada, embora não seja critério para identificar exatamente que duas ações coletivas serão iguais). O que conta, pois, é o seu objeto. O exemplo acima, salvo melhor juízo, vem ao encontro desta afirmativa.

Em outras palavras, os legitimados, o procedimento ou o nome da ação não são critérios suficientemente satisfatórios para indicar que determinada ação será individual ou coletiva. Para tanto, o que tem valor é o resultado do objeto a ser tutelado. Pouco

importa se se trata de uma ação popular ou de uma ação civil pública; importa menos ainda considerar se o Ministério Público ou o cidadão serão os legitimados. Necessário será verificar, apenas e tão somente, o objeto a ser tutelado. É a lição que se extrai de Rodolfo Mancuso:

“Dito de outro modo, um processo é coletivo (e, portanto, passível de manejo na correspondente jurisdição) quando a finalidade perseguida diz com a tutela de um interesse metaindividual (difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo, conceituados nos incisos do § único do artigo 81 da Lei n.º 8.078/90), não bastando para tal configuração processual a circunstância de figurarem dentre os legitimados ativos os entes políticos e o Ministério Público. Com efeito, por aí não se encontraria critério seguro, porque, por exemplo, a ação popular é deferida ao cidadão-eleitor, sendo, todavia, inegável o seu caráter público, no sentido largo da palavra. Nem por outro motivo no direito francês fala-se em *actions a but collectif*, justamente para diferenciá-las daquelas em que a finalidade perseguida concerne à órbita dos próprios contendores; de sorte que há de ser o propósito de alcançar uma certa faixa do universo coletivo, mediante a expansão da eficácia da coisa julgada, o que pode qualificar como coletiva uma dada ação”.¹⁹¹

Assim, a ação será coletiva a depender do objeto, do resultado a ser perseguido em juízo, independentemente esta classificação dos legitimados a agir e/ou da nomenclatura da demanda. Quando o resultado for um objeto de natureza coletiva, difuso, indivisível, a ação será coletiva; quando se tratar de resultado cujo objeto for individual, divisível, a ação será de natureza individual.

Nosso sistema nominou diversas ações entre as demandas de natureza coletiva: mandado de segurança coletivo, ação civil pública, ação popular, mandado de injunção coletivo e ação de improbidade administrativa. Para este trabalho isto é irrelevante. Os nomes pouco revelam sobre se tratar de ação coletiva, uma vez que nelas o que conta é o resultado. Sobre estas ações e suas denominações vale a lição sempre precisa de Fredie Didier Junior:

“Segundo o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro: ‘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’. De acordo com esse princípio, a tutela jurisdicional coletiva é atípica: qualquer procedimento pode servir à tutela de um direito coletivo (em sentido amplo). Admite-se, como já visto, a tutela de um direito coletivo por meio de diversos procedimentos: ação civil pública (procedimento regulado pela Lei n.º 7347/1985), pela ação popular (procedimento regulado pela Lei n.º 4.717/1965), pelo mandado de segurança (procedimento regulado pela Lei n.º 12.016/2009), pela ação de improbidade administrativa (procedimento regulado pela Lei n.º 8429/192) etc. Vários procedimentos servem, pois, à

¹⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria das Ações Coletivas. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.

tutela de direitos coletivos. É plenamente possível, por exemplo, que uma ação civil pública verse sobre o mesmo tema de uma ação popular. Nesses casos, inclusive, a jurisprudência do STJ tem identificado uma ação popular multilegitimária. (...) ou seja, é possível que uma mesma ação coletiva tramite por procedimentos diversos. Embora com procedimentos distintos, haveria litispendência se ajuizadas simultaneamente, já que a similitude do procedimento é irrelevante para configuração daquela”.¹⁹²

Considerando este cenário e tudo o que, até aqui, já foi exposto sobre o tema, pretende-se tão somente demonstrar que a identificação de ação coletiva depende do objeto a ser tutelado – em se tratando de direito difuso, por exemplo, o objeto deve ser indivisível e os sujeitos indeterminados e ligados por circunstâncias fáticas. O nome, os legitimados e tampouco o procedimento da ação revelam se ela é coletiva ou individual. O que revela tratar-se de uma ação coletiva ou individual é o objeto, este entendido como o resultado que a demanda pode proporcionar.

É por esta razão que é possível falar em ação aparentemente individual, ajuizada por um particular, mas que, por seu objeto (critério adotado de identificação) será uma ação coletiva. O cidadão que ajuíza uma ação para, por exemplo, anular a assembleia do condomínio que, mesmo sem quórum, autorizou a venda de bens de uso comum, terá ajuizado uma ação coletiva porque o resultado da demanda não ficará restrito aos litigantes daquele processo, atingindo outras partes além delas. Ao particular será legítimo ajuizar ação coletiva quando ele for também detentor do direito, o que é indispensável, ainda que este direito também o seja de terceiros – aqui não se ignora a conceituação de Vitorelli, para o qual os direitos transindividuais são de difusão global, difusão local e difusão irradiada, e, apenas, nos dois últimos casos, haveria possibilidade de o particular ajuizar ação coletiva.

O morador vizinho a uma entidade religiosa, cujas celebrações acontecem com um volume de som muito alto, antes das seis horas da manhã, estará apto a ajuizar uma ação, em face da igreja, para proibir tal volume naquele horário. Ele é titular de um direito, de modo que a ele é permitido ajuizar a ação, que também pertence a terceiros. O resultado da ação atingirá toda a comunidade daquele bairro. A ação é nominalmente individual (morador em face da igreja), mas essencialmente coletiva. Tudo porque o objeto é

¹⁹² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 170.

coletivo, indivisível. O resultado que atingir o autor da ação será o mesmo que recairá sobre seu vizinho, que não é parte naquele processo.

É igualmente certo pensar que um terceiro, estranho à vizinhança da igreja, pode também ingressar com ação para, ainda que oblíqua e tangencialmente, proibir o funcionamento; basta que ajuíze ação popular, a qual terá por objeto afastar o alvará concedido pelo Município para permitir o funcionamento da igreja. O objeto, conquanto partes e nomes sejam diferentes, será o mesmo da ação promovida pelo vizinho – está-se nominalmente diante de ações diversas, cujos resultados, porém, são idênticos.

Em uma análise de sistemas, é lícito permitir que ambas ações sejam ajuizadas, dado que, no critério do processo individual, e porque não há critério próprio para ações coletivas, não são idênticas. A teoria de sistemas, porém, para além de exigir codificação, reclama também uma função ao direito: neste caso, o de estabilizar relações sociais, inibindo incertezas. Manter-se o direito de ambos – vizinho e morador distante – demandarem o mesmo objeto porque são partes distintas desnatura a regra do sistema a exigir consolidação de expectativas normativas.

Sustenta-se, então, que uma ação não pode ser classificada em função das partes autoras, mas em razão do seu objeto, do seu resultado. Uma ação que tenha entre as partes unicamente dois indivíduos – o proponente e seu alvo – e cujo resultado a eles não se restringirá, será igualmente uma ação coletiva; não será meramente individual

Reforça-se, aqui, a distinção entre ação individual e ação coletiva: a primeira será aquela cujo resultado ficará restrito às partes; a ação coletiva, por outro lado, é a ação cujo resultado se destinará a uma gama variável de pessoas e não apenas àquelas constantes da relação processual.

Para a identificação de uma ação coletiva, pouco ou nada importa o fato de que se trata de autor individual ou legitimado extraordinário; se a ação foi proposta por um particular ou pelo Ministério Público; pouco interessa se a ação é de obrigação de fazer (para não permitir o barulho emitido pela entidade religiosa), se é ação popular (para determinar que não sejam feitos os cortes de árvores) ou, ainda, se é ação civil pública (para igualmente determinar o impedimento para o corte das mesmas árvores). A ação será coletiva a depender do seu objeto, do seu resultado.

Não se ignora o texto legal, segundo o qual, nos termos da Lei de Ação Civil Pública (interpretação conjunta dos artigos 1º e 5º – Lei n.º 7.347/85) somente aos ali legitimados seria possível ajuizar ação para tutelar direito difuso.¹⁹³ Não se olvida que, nos termos da Lei de Ação Popular (Lei n.º 4.717/65), somente ao cidadão, aquele que está em dia com suas obrigações eleitorais, seria legítimo propor ação em desfavor das pessoas jurídicas de direito público ou contra seus respectivos funcionários para anular ou declarar nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.¹⁹⁴ Há realmente uma legitimação extraordinária para tutelar interesses de terceiros.

Não se pode limitar, ante alguns exemplos de legitimação extraordinária (caso do Ministério Público na ação civil pública, defendendo interesse de terceiro; ou do cidadão na ação popular), que a ação coletiva não seja também proposta por um particular; não se pode impedir que a ação aparentemente individual proposta pelo morador de um bairro em desfavor da igreja atinja igualmente outras partes.

Para sustentar esta afirmação, basta uma leitura ampla do texto constitucional, para o qual a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito. A lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário uma ação proposta por um particular, em desfavor de outro particular e cujos efeitos se irradiarão para terceiros. Há pressuposto constitucional que garante esta apreciação.

O texto constitucional deixa claro que as garantias fundamentais contemplam igualmente interesses coletivos, de modo que, também por força de pressuposto de estatuta constitucional, ao particular será legítimo buscar garantia de um direito, que também lhe seja peculiar, mas cujos efeitos irão além das partes presentes no processo.

Faz-se um novo parêntesis para lembrar-se da teoria de sistemas: o código do direito tangencia lícito ou não-lícito, mostrando-se lícito, especialmente a partir de teoria hermenêutica, a fixação do que é ação coletiva a partir de uma premissa

¹⁹³ Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I – ao meio ambiente; II – ao consumidor; (...) IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Art. 5º. Tem legitimidade para propor 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: (...)

¹⁹⁴ 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 (...)

§ 3º. A prova de cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

fundamentalmente constitucional, o que exige começar a analisar este tipo de ação a partir do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, segundo o qual quem quer que seja, se lesado, tem direito de demandar em juízo.

O próprio Código de Defesa do Consumidor (Art. 83: para a defesa dos direitos e interesses por ele protegidos são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela) chancelou a possibilidade de que todas as espécies de ação se destinam a tutelar interesses difusos.

Sublinhado pelo já falecido professor Geraige Neto, hospedado na letra do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹⁹⁵, ao juiz não é legítimo negar-se a decidir caso entenda pela ausência de previsão legal para aquela demanda. Eis a lição do jurista:

“Pela leitura do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, sabe-se que o ordenamento jurídico não admite a possibilidade de o juiz se negar a decidir determinado caso, por entender não existir previsão legal expressa sobre o assunto, quando surgirem então lacunas que impediriam uma eventual decisão”.¹⁹⁶

O sistema preconiza, então, a possibilidade de que toda e qualquer ação se presta a tutelar direito coletivo e, de outro lado, em norma cogente, obriga o juiz a decidir, em caso de lacuna legal, utilizando-se de analogia, costumes e princípios gerais do direito. Nesse ponto, se a lei é omissa acerca da possibilidade do ajuizamento de ação coletiva por um particular, é o caso de interpretar-se literalmente o texto: é possível o ajuizamento de toda e qualquer ação para a defesa de direito coletivo (norma do Código de Defesa do Consumidor) e, ao juiz, ante a omissão legal, caberá julgar o caso consoante os princípios gerais de direito, entre os quais o da inafastabilidade do exercício jurisdicional. Assim, é possível ocorrer o ajuizamento de ação coletiva por um particular.

A esse respeito, vale a lição de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, para quem os indivíduos também têm legitimidade para a propositura de uma ação coletiva:

“Não é difícil de se imaginar, e.g., 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 como o cargo de promotor vago.

¹⁹⁵ Art. 4 Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁹⁶ GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal – Coleção estudos de direito processual Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 11.

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 6 horas da manhã, impedindo a tranquilidade e o descanso de toda 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 limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no artigo 5º da Lei 7347/85 ou do artigo 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal. A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual”.¹⁹⁷

A ação será coletiva, então, ainda que seja ajuizada por um particular – bastando aferir, apenas, o direito invocado por ela, se de natureza coletiva. É possível, então, que uma ação considerada individual, porque ajuizada por um particular, seja coletiva – em função do objeto tutelado.

Ainda sobre os resultados coletivos de demandas que se intitulam individuais, mas que concretamente são coletivas, atente-se, no direito comparado para o trabalho de J.A Jolowicz citado por Mendes:

“the distinction is not an easy one to draw. it depends ultimately on the motives with which the proceedings are begun, and litigation which conforms in all respects to the traditional biolar pattern may be used with the ulterior or even the primary purpose of securing judicial protection for the diffuse and fragmented interest of a substantial and ill-defined group of people. A simple illustration is afforded by an action for nuisance brought by a householder in a residential neighborhood against the owners of a nearby industrial undertaking. If an injunction is issued at the suit of that householder requiring, for example, that noisy operations be restricted to normal working hours, the benefits flowing from the injunction will accrue as much to his neighbors as to himself”.¹⁹⁸

¹⁹⁷ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *op.cit.*, 2014, p. 266.

¹⁹⁸ Tradução: “a distinção não é fácil de fazer. dependendo, em última análise, dos motivos pelos quais o processo é iniciado, e o litígio que está em conformidade com o aparentemente individual, pode ser usado com o propósito ulterior ou mesmo principal de garantir proteção judicial para interesses fragmentados, coletivos. Um exemplo simples é fornecido por uma ação por incômodo movida por um morador de um bairro residencial contra os proprietários de um empreendimento industrial próximo. Se uma liminar for deferida na ação desse morador exigindo, por exemplo, que as operações barulhentas sejam restritas ao

Sendo este um entendimento fundamental para o andamento deste trabalho, reitera-se a classificação de ação coletiva: a demanda será coletiva a depender do seu objeto, do seu resultado; são irrelevantes, para a identificação de uma ação coletiva, os autores ou os nomes da própria ação. O que importa, o que tem valor, é seu objeto, seu resultado; se o resultado ultrapassar as partes lotadas na relação processual, a ação será coletiva; se, ao contrário, limitada às partes, a ação será individual.

Tratando-se de sistema do direito, cuja função é generalizar expectativas normativas, consoante tese de Niklas Luhmann, interessa saber se haverá possibilidade de reproduzir ações idênticas; antes, porém, como trivial, necessário saber quais ações serão idênticas.

Não é crível defender que duas ações que possam alcançar resultados iguais, mas com partes diferentes, mesmo que com pedidos diferentes, sejam diversas.

Referimo-nos aos seguintes exemplos: o ministério público ajuíza ação para proibir rodeio; a associação de defesa animal ajuíza ação para proibir rodeio; o ministério público ajuíza ação em desfavor da prefeitura para vedar concessão de alvará para a realização de rodeio. Todas as ações, embora com partes ou pedidos distintos, alcançarão os mesmos resultados; permitir-se que todas elas sejam apreciadas no mérito, é permitir que sejam adotados critérios do processo individual para a classificação de ações coletivas, afastando, pois, a função de criar condição para a generalização congruente de expectativas normativas, consoante magistério de Luhmann.

Mesmo soando repetitivo, é preciso voltar a enfatizar a diferença entre demanda individual e coletiva. A primeira é aquela cujo resultado fica restrito às partes; na segunda, o resultado atinge uma gama de indivíduos para além das partes constantes no processo. Para tal é absolutamente desnecessário verificar: i) o nome da ação; ou, ii) os legitimados, uma vez que um único indivíduo, na sua singularidade, desde que seja também titular do direito, pode propor uma ação coletiva.

horário normal de trabalho, os benefícios decorrentes da liminar reverterão tanto para seus vizinhos quanto para ele mesmo”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro apud J.A. Jolowicz. *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: English law*. p. 223. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b. p. 24.

O anteprojeto de Código de Processo Coletivo, de lavra do Instituto Brasileiro de Processo Coletivo, atento à ação coletiva individualmente ajuizada, possibilitava legitimidade ao autor individual para tratar de demanda de direito difuso. O que vem a confirmar nossa concepção.

Diferente era a proposta do projeto de lei n.º 5.139/2009 que também tinha por escopo codificar o processo coletivo. Este projeto estabelecia legitimidade para propor uma ação coletiva ao Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, pessoas jurídicas de direito público da administração indireta, à Ordem dos Advogados do Brasil, entidades sindicais, partidos políticos e associações civis. O projeto, cujo recurso ante parecer de ilegalidade apresentado pelo deputado relator ainda não foi apreciado pelo plenário da Câmara dos Deputados, embora aumentasse o número de legitimados, não contemplava a possibilidade de um único indivíduo ajuizar uma ação coletiva. Independentemente do que pretendia cancelar este projeto de lei, reiteramos a possibilidade de um autor individual ajuizar demanda coletiva.

A possibilidade de ajuizar ação coletiva por um particular tem raízes profundas no direito americano, no bojo do qual a demanda coletiva é ajuizada, sempre, por um cidadão ou por alguma entidade que represente o particular que tenha sofrido efetivamente o dano e, se for ultrapassar a órbita das partes presentes no processo, é certificada como coletiva (*class action*). No direito americano somente quem sofre um dano pode ajuizar uma ação, seja a individual, ou aquela que, interposta inicialmente como tal, se transformará em coletiva.

O direito americano não comporta legitimação extraordinária, isto é, não existem entidades designadas com o fim especial de proteger interesses de terceiros; associações, salvo se seus associados forem lesados, não podem se prestar a defender o patrimônio histórico, por exemplo; não há uma defensoria pública com legitimidade para defender o interesse dos hipossuficientes em demandas coletivas; o ministério público não pode se prestar a demandar em favor de milhares de consumidores que adquiriram televisores com defeitos comuns a todos eles.

Este é, portanto, um aspecto em que há uma diversidade entre os dois sistemas: enquanto que no direito americano as ações coletivas são sempre ajuizadas por alguém que tenha efetivamente sofrido um prejuízo, o direito brasileiro estabelece uma legitimação extraordinária para que certas entidades, mesmo que não tenham sofrido

nenhum dano em sua própria órbita, possam ajuizar ação com objetivos coletivos. Sem prejuízo, o direito brasileiro também permite – ao autorizar a utilização de toda e qualquer ação – que um autor individual ajuíze ação para tratar de direito coletivo.

Para o presente trabalho, a partir do princípio da inafastabilidade do poder judiciário, conquanto o microssistema do processo coletivo não estabeleça taxativamente competência ao particular para ajuizamento de ação coletiva, será adotado conceito segundo o qual o particular, sendo também destinatário do interesse, tem prerrogativa para ajuizar ação coletiva, aquela cujo resultado atingirá partes além das constantes no processo. Lembra-se, porém, que o cidadão, mesmo não sendo pessoalmente atingido, pode ajuizar ação popular – é legítimo ao cidadão, localizado em Ribeirão Preto, ajuizar ação popular para afastar ato lesivo ao patrimônio de Belo Horizonte.

Quer-se conceituar ação coletiva como aquela que, ajuizada pelo particular que tenha também direito próprio ou por um legitimado extraordinário, conforme reconhece o direito brasileiro e que não tem previsão similar no direito americano, atinja partes não lotadas na relação processual.

Façamos uma análise comparativa com o direito americano.

O sistema americano, calcado fortemente em raízes liberais, só autoriza debates judiciais acerca de determinado tema se o autor efetivamente tiver algum dano em sua órbita. Se tal dano for comum a terceiros, puder atingir outras partes, o juiz irá certificar que aquela ação tem natureza coletiva e o seu resultado irá atingir outros elementos que não apenas aqueles constantes no processo.

No direito americano, a ação coletiva se inicia a partir da propositura de ação por alguém que, ainda que representando terceiros, uma associação por exemplo, tenha experimentado algum dano na sua órbita de direitos. A lição de Roque é precisa:

“Nos Estados Unidos, a legitimação é concebida sob uma perspectiva eminentemente individualista, de acordo com os contornos delineados pela jurisprudência da Suprema Corte. Melhor dizendo, quando se fala em legitimidade, um jurista norte-americano provavelmente estará pensando no direito individual do autor em relação aos interesses defendidos em juízo. Isso faz com que uma ação coletiva passe por dois exames sucessivos de admissibilidade. A primeira etapa consiste em verificar se o representante tem legitimidade (*standing to sue*) sob o ponto de vista tipicamente individual, como será discutido a seguir. (...) A interpretação da Suprema Corte do que se pode entender por ‘casos e controvérsias’ tem sido bastante restritiva, principalmente a partir dos anos 70. As regras de legitimação, que foram sendo construídas ao longo dos anos pela jurisprudência, podem ser resumidas em três aspectos: a) o autor deve ter sofrido um prejuízo efetivo (*injury in fact*), o que significa que os

danos devem ser concretos e particularizados bem como atuais ou iminentes (e não apenas hipotéticos); b) deve existir um nexo de causalidade entre os prejuízos, portanto, de ação praticada por terceiros; c) eventual decisão favorável deve ser capaz de remediar os danos, pelo menos segundo um juízo de forte probabilidade, e não através de simples especulação. Os autores devem demonstrar que cada um desses requisitos se encontra preenchido para que a ação seja admitida. A noção de prejuízo efetivo exige que o dano afete o autor de forma individual e particularizada”.¹⁹⁹

No direito americano, uma associação só poderá ajuizar uma ação se demonstrar que um dos seus associados está efetivamente a sofrer algum dano, pois, ao contrário, não poderá fazê-lo. Quer-se demonstrar, com isto, a importância da legitimação do particular no direito americano. Enquanto no Brasil, o ajuizamento de ações coletivas está, ao menos no texto legal, delegado a legitimados extraordinários (Ministério Público, Defensoria Pública, associações e órgãos da administração), no direito americano somente aquele que demonstrar ter sofrido algum dano efetivo poderá ajuizar ação de ordem coletiva.

Para finalizar esta curta análise do direito estadunidense, lembra-se que no direito americano é o juiz quem certifica se determinada ação, sempre proposta por alguém que fora efetivamente lesado, se transformará em ação coletiva. O juiz, ao receber um processo, verificará se aquela pretensão irá atingir a terceiros e, assim o verificando, a certificará como coletiva. Novamente a lição de Roque é necessária:

“Nos Estados Unidos, não é bem assim. Uma ação coletiva, em regra, pode ser dividida em duas fases bem definidas. A primeira tem o início com o ajuizamento da ação, encerrando-se no momento em que são verificados os requisitos de admissibilidade, bem como se o caso pode ser inserido em alguma das categorias de *class action* existentes. Até este momento, não se verificam diferenças importantes entre uma demanda coletiva ou individual. Em outras palavras, a ação não terá natureza coletiva até que seja proferida uma decisão positiva de admissibilidade. Somente a partir desse ponto, admitido o processamento coletivo, é que as decisões de mérito poderão vir a atingir todos os integrantes da classe. (...) A decisão que separa essas duas fases é conhecida como certificação (*certification*)”.²⁰⁰

Em resumo, no direito americano, somente aquele que tiver sofrido um dano pode ajuizar uma ação coletiva; não há, como no direito brasileiro, a legitimação extraordinária.

Uma observação relevante: o direito americano tem controle de constitucionalidade exclusivamente do tipo difuso, pulverizado em todo o sistema do poder judiciário, permitindo-se a todo e qualquer juiz, até que se chegue à Suprema Corte,

¹⁹⁹ ROQUE, André Vasconcelos. *Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?* Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 81-82.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 230-231.

o controle da Constituição. É feito, sempre, a partir de demanda promovida por uma parte – que não propõe exclusivamente para expulsar a norma do sistema, mas ao contrário, para discutir especificamente um problema. É o *common law*.

O sistema austríaco, fazendo um breve parêntesis, tem controle de constitucionalidade ligado exclusivamente à Suprema Corte; a discussão sobre a constitucionalidade da norma é feita de maneira abstrata, permitindo-se ao poder judiciário, se o caso, a expulsão da regra do sistema do direito. Não se faz a partir de caso concreto, e apenas alguns sujeitos – designados pelo Estado – têm direito de propor ação para discutir a inconstitucionalidade de veículo normativo. É o *civil law*.

O direito brasileiro adotou um sistema híbrido de controle de constitucionalidade. É possível, como no americano, declarar-se a inconstitucionalidade difusamente, através de casos concretos. É igualmente lícito declarar a inconstitucionalidade através do controle abstrato, isso é, através de ação própria de declaração de inconstitucionalidade, promovida por sujeitos específicos, e com propósito único de declarar a incongruência da norma para com o sistema constitucional.

Este parêntesis é necessário para fazer uma comparação: o direito brasileiro permite controle de constitucionalidade realizado por particular, via controle difuso; o direito brasileiro contempla controle de constitucionalidade realizado por um legitimado extraordinário, é caso de controle concentrado.

O sistema do direito brasileiro contempla, por força inclusive do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, as duas variáveis: controle concentrado, via agentes específicos, e controle difuso, pulverizado, por qualquer cidadão.

Traz-se isso para ações tendentes a discutir direitos coletivos em sentido estrito ou direito difuso – sem perder de vista que a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação individual que versar sobre inconstitucionalidade incidental são também ações coletivas. É igualmente legítimo sustentar que a ação para discutir direito difuso ou a ação para discutir direito coletivo em sentido estrito, qualquer que seja o objeto, poderá ser ajuizada por um particular ou poderá ser ajuizada por um agente designado pela lei. Novamente, sustenta-se a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva por particular – desde que o particular seja lesado, evidentemente.

O presente trabalho adota conceito segundo o qual, no Brasil, a exemplo do que acontece no direito americano, é lícito ao particular que tenha também sofrido um dano ajuizar ação cujo resultado ultrapasse a órbita das partes envolvidas. No direito brasileiro, há ainda a possibilidade de que outros legitimados, no que diverge do direito americano, ajuízem ações coletivas, respeitando-se sempre os impedimentos para a propositura de duas ações idênticas.

Faz-se outro apontamento: as ações ajuizadas ora pelo particular, ora pelo legitimado, a depender do resultado que possam produzir, são idênticas.

No direito brasileiro, porém, não há conceito especificamente desenhado na ordem infraconstitucional para dar ao particular o direito de ajuizar ação coletiva; este direito surge da interpretação sistêmica feita da ordem legal, verificando-se o que é lícito ou não-lícito.

Lembra-se que o sistema se diferencia do seu ambiente em função de um código, o qual, no caso do direito, é lícito ou ilícito. É lícito sustentar que o critério para identificar uma ação coletiva seja o mesmo critério do processo individual, da mesma maneira que é lícito sugerir que a ação só será coletiva se ajuizada por um legitimado extraordinário.

Busca-se, todavia, também dentro do código próprio do direito, lícito no caso, que a titularidade para ajuizar uma demanda parte do próprio texto constitucional por meio do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional, agregando-se também ao constante do Código de Defesa do Consumidor, o qual garante a todo tipo de demanda tratar de direito coletivo.

O direito argentino adotou para os processos coletivos uma solução que contempla todas as possibilidades, isto é, a Constituição Nacional argentina garantiu o direito ao afetado e também às associações, ao Ministério Público e ao defensor público, todos eles, podem ajuizar ações coletivas. O afetado é o particular que sofreu uma lesão própria em seu direito.

Enquanto o sistema argentino deixa claro que *el afectado* está legitimado para propor uma ação coletiva, no Brasil, a lei não deixou evidente esta possibilidade para o particular que tenha sido prejudicado em seus direitos; não obstante, este é o entendimento aqui adotado: ao particular é lícito intentar uma demanda de caráter coletivo, aquela que atingirá partes não presentes no processo.

A lição de Verbic é elucidativa e, inclusive, faz comparação com o sistema brasileiro:

“Enfoquémonos ahora específicamente en el modelo constitucional creado por la reforma de 1994 en materia de legitimación colectiva. Como fuera señalado brevemente en el capítulo anterior, la reforma constitucional de 1994 incorporó un nuevo artículo 43 al texto de la carta magna. Por medio del mismo acordó jerarquía constitucional a la garantía del amparo, el habeas data y el habeas corpus. En lo que más nos interesa para este trabajo, tenemos que el segundo párrafo del art. 43 CN reconoció el derecho del afectado, el Defensor del Pueblo de la Nación y ciertas organizaciones del tercer sector para actuar en defensa de “derechos de incidencia colectiva” (noción también novedosa incorporada por la reforma). (...)”

Mucho se ha discutido sobre los alcances de la legitimación colectiva del “afectado”. Y gran parte de esas discusiones se originan en la falta antecedentes sobre su incorporación al texto de la CN. En este sentido, interesa señalar que durante el proceso de reforma constitucional el despacho de mayoría de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías no incluía a la figura entre los sujetos con aptitud para promover acciones colectivas.

Fue recién una vez agotado el debate sobre el art. 43 de la CN que uno de los convencionales sugirió añadir la expresión “el afectado” junto con el resto de legitimados extraordinarios allí reconocidos. Esta sugerencia fue receptada por la Comisión e incorporada al texto definitivo del artículo sin brindar mayores precisiones.

Más allá de la notoria falta de explicaciones sobre su origen y la consiguiente falta de antecedentes que permitan encontrar fuentes de interpretación a donde acudir, lo cierto es que los constituyentes parecen haber buscado cumplir un objetivo bien claro al dotar de legitimación colectiva al afectado. Esto es: permitir que aquella persona vulnerada en su esfera individual pueda promover una acción de amparo ya no sólo en defensa exclusiva de su derecho sino también en defensa de todos aquellos que se encuentran en su misma situación (de todos los miembros del grupo al cual pertenece el afectado en cuestión). De este modo, el constituyente se apartó del modelo brasileño de tutela colectiva de derechos (donde los sujetos individuales carecen de legitimación para accionar) y se acercó fuertemente al modelo estadounidense de acciones de clase (donde uno o varios individuos pueden defender en sede judicial su situación y la de otros situados en una posición similar).²⁰¹

²⁰¹ Tradução: “Enfoquemos agora especificamente no modelo constitucional criado pela reforma de 1994 em matéria de legitimação coletiva. Como foi sinalizado brevemente no capítulo anterior, a reforma constitucional de 1994 incorporou um novo artigo 43 ao texto da carta magna. Por meio do mesmo, a justiça constitucional foi acordada com a garantia de amparo, o habeas data e o habeas corpus. No que mais nos interessa para este trabalho, temos que o parágrafo da arte. 43 CN reconheceu o direito do afetado, o Defensor del Pueblo de la Nación e certas organizações do terceiro setor para atuar na defesa de “direitos de incidência coletiva” (noção também incorporada pela reforma). (...) Muito se discutiu sobre os alcances da legitimação coletiva do “afetado”. E grande parte dessas discussões se originou na falta de antecedentes sobre sua incorporação ao texto da NC. Nesse sentido, é interessante notar que durante o processo de reforma constitucional o despacho de prefeitura da Comissão de Novos Direitos e Garantias não incluiu a figura entre os sujeitos com aptidão para promover ações coletivas. Fui recebido uma vez agitado pelo debate sobre a arte. 43 da CN que um dos convencionais sugeriu adicionar a expressão “o afetado” junto com o resto de legítimos extraordinários ali reconhecidos. Esta sugestão foi recebida pela Comissão e incluída no texto definitivo do artigo sem fornecer maiores detalhes. Além da notória falta de explicações sobre sua origem e da conseguinte falta de antecedentes que permitem encontrar fontes de interpretação onde acudir, a verdade é que os constituintes parecem ter buscado cumprir um objetivo bem claro ao ponto de legitimação coletiva ao afetado. Isso é: permitir que aquela pessoa vulnerável em sua esfera individual possa promover uma ação de amparo e não só em defesa exclusiva de seu direito, mas também em defesa de todos aqueles que se encontram em sua mesma situação (de todos os membros do grupo em qual pertence

Além do defensor público e de associações do terceiro setor, o direito argentino outorgou expressamente ao afetado o direito de ajuizar uma ação coletiva, não deixando margem a dúvidas.

O direito americano não contempla legitimação extraordinária; apenas aquele que efetivamente tiver sofrido um dano poderá intentar uma ação que, a depender das circunstâncias, poderá ser certificada como de âmbito coletivo.

O sistema brasileiro é similar ao argentino: o particular pode propor ação coletiva, sem prejuízo da possibilidade dos legitimados extraordinários também o fazerem. A diferença está nas disposições legais: lá, a própria Constituição determina expressamente o direito de o afetado ajuizar uma ação coletiva; aqui, a interpretação para tanto se faz a partir da conjugação das normas espalhadas pelo ordenamento. Ambos, porém, garantem ações coletivas ajuizadas por aqueles que sofreram o prejuízo e também aquelas propostas por legitimados extraordinários.

Ponto importante: na Argentina a ação coletiva proposta pelo particular depende de afetação deste; o direito brasileiro permite, no caso da ação popular, ajuizamento realizado por quem não foi afetado. Nos demais casos, por certo, a afetação é indispensável.

Estabelecida a possibilidade de que uma ação coletiva seja ajuizada por um particular, e que isto independe de nome que tal ação possa ter, bastando apenas que atinja partes além daquelas constantes no processo, faz-se necessário pontuar os critérios classificatórios para as ações coletivas.

A diferença entre demanda coletiva e individual está, salvo melhor juízo, posta nas linhas acima. Reitera-se que o cidadão poderá, em desfavor de outro particular, ajuizar uma ação coletiva; é o caso do vizinho que pretende demandar ação contra a igreja que o incomoda.

o afetado em questão). Desse modo, o constituinte se separou do modelo brasileiro de tutela coletiva de direitos (onde os sujeitos individuais carecem de legitimação para atuar) e se acercou fortemente do modelo estadunidense de ações de classe (onde um ou vários indivíduos podem defender na sede judicial sua situação e outros situados em uma posição semelhante)". VERBIC, Francisco. Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y tres cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1369.

A ação coletiva terá por escopo tutelar um bem que atinja figuras que estão além da relação processual; a ação individual terá por objeto sempre uma prestação individual. É impossível, assim, que haja concomitância ou repetição de ações, dadas como idênticas, uma denominada de individual (ação ajuizada pelo vizinho em desfavor da entidade religiosa para suspender o barulho da igreja) e outra de coletiva (ajuizada pela associação de bairro em desfavor da mesma igreja para suspender o barulho) tutelando o mesmo direito.²⁰²

Não é possível falar na existência concomitante sem que sejam idênticas entre a dita individual (proposta pelo vizinho) e a coletiva (proposta pela associação), pois, ambas, repete-se, serão coletivas. O resultado a ser alcançado será o mesmo (suspender o barulho provocado por dada entidade religiosa) – desde que resultado se refira, por certo, ao mesmo objeto e atinja os mesmos interessados.

No caso, a rigor, é possível falar naturalmente na concomitância de ações, com as consequências processuais daí decorrentes, mas ambas são coletivas (a ajuizada pelo vizinho em desfavor da igreja; e a da associação em desfavor da mesma igreja; as duas com pedido para suspender o barulho).

Com efeito, volta-se sempre à mesma premissa: as ações serão individuais ou coletivas a depender do objeto – se o resultado for de natureza coletiva, ainda que ajuizada por um particular, a ação será coletiva; se ajuizada por um particular e o resultado for experimentado apenas pelas partes, a ação será individual.

Por esta razão é equivocada, ou, no mínimo desnecessária, a disposição constante na primeira parte do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor.²⁰³ Com efeito, o legislador prescreve que a ação coletiva não induzirá litispendência para ação individual. O fenômeno da litispendência acontece quando se reproduz (ajuíza-se) ação idêntica a outra que ainda esteja em curso.

Ambas as ações – coletivas e individuais – já são essencialmente diversas: a ação coletiva tutelará objeto que atinge uma gama significativa da comunidade; a ação individual atingirá apenas as partes constantes do processo. Daí já se pode afastar –

²⁰² Será possível concomitância de ação coletiva para tutelar direito individual homogêneo e ação individual para tutelar direito individual, posto que, mesmo na tutela coletiva de direito individual homogêneo, ainda assim o direito a ser tutelado é o de índole individual.

²⁰³ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, (...).

porque as ações individuais e coletivas jamais serão idênticas – a possibilidade de litispendência.

É possível que uma ação ajuizada por um indivíduo seja também coletiva (o vizinho em desfavor da igreja, no exemplo mencionado). Neste caso, se houver ajuizamento de uma outra ação coletiva (da associação contra a igreja) poderá induzir, a depender do caso ou do estágio, litispendência ou coisa julgada com a primeira. Ambas são coletivas, pois o resultado de quaisquer uma delas vai ter um alcance além das partes que figuram no processo. A primeira, ajuizada pelo vizinho para diminuir o som da igreja, não será individual – o resultado a ele não fica restrito.

Assim, uma ação ajuizada por um particular pode induzir litispendência, ou mesmo coisa julgada, se essa ação for essencialmente coletiva e houver ajuizamento também, ainda que por outro legitimado, de ação coletiva; não induzirá nem litispendência, tampouco coisa julgada, se o particular ajuizar ação individual e já houver ajuizamento pretérito de ação coletiva. O dispositivo é desnecessário porque jamais haverá litispendência entre ação individual e ação coletiva – mesmo que a ação coletiva seja ajuizada por particular.

É legítimo pensar em um conceito diferente, segundo o qual a ação ajuizada pelo vizinho será, mesmo que com efeitos coletivos, mas porque ajuizada por um particular, uma ação individual. Não é o caso deste trabalho.

Nesse contexto de divergência, uma ação ajuizada por um indivíduo não induziria litispendência (consequência de extinção de ação que seja idêntica a outra anteriormente ajuizada) com uma ação coletiva.

O ponto de diferença para afirmar-se se dada ação é individual ou coletiva, em acordo com a premissa diversa, diferente, da adotada neste trabalho, é o autor da demanda: se for individual, é ação individual; se o autor for legitimado, uma associação, por exemplo, é ação coletiva.

O raciocínio não se aplica para este trabalho porque a premissa aqui adotada é distinta: a ação será coletiva, a depender do seu objeto, do seu resultado, independentemente de quem a ajuizar (se um ente legitimado, o Ministério Público por hipótese; ou um particular). Se a ação atingir partes para além daquelas presentes no

processo, a ação será coletiva; se ficar restrita às partes lotadas na demanda, a ação será individual.

A ação ajuizada por um indivíduo poderá vir a ser também coletiva, daí porque, se houver propositura de ação por parte de uma associação que pretenda o mesmo resultado que o particular será o caso do instituto da litispendência²⁰⁴, ou, a depender do momento, do fenômeno da coisa julgada.²⁰⁵

Litispendência é o ajuizamento de ação idêntica a outra já ajuizada, mas distribuída, iniciada, antes do término da primeira; o fenômeno da coisa julgada se opera no instante em que se ajuíza ação idêntica a outra, mas ajuizada depois de finda, de finalizada a primeira. Detalhe do qual sempre se faz lembrança é o critério para determinar o que faz de uma ação idêntica a outra: nos processos individuais parte-se do tripé partes, causa de pedir e pedido. O que não é razoável, todavia, no processo coletivo: não se pode determinar que haverá litispendência ou coisa julgada se houver, em ações coletivas, identidade de partes, causa de pedir ou pedido. As ações coletivas, mesmo com partes distintas, mas se os conteúdos das sentenças puderem produzir os mesmos resultados, serão iguais – induzindo coisa julgada ou litispendência.

Exemplo típico deste cenário: uma associação de bairro ajuíza ação para proibir funcionamento da igreja após as vinte e três horas, ação de natureza coletiva; ainda que a ação seja julgada improcedente, mantendo-se o funcionamento da igreja, o vizinho, ainda assim, pode ajuizar ação individual de reparação de danos porque não consegue acordar para trabalhar nos dias seguintes em função do barulho, requerendo da igreja, por isso mesmo, uma indenização em função dos danos experimentados.

Assim, ao contrário do texto legal, a ação coletiva ajuizada por um particular induzirá (se houver natureza coletiva) litispendência – mas como outra ação coletiva; da ação ajuizada pelo vizinho para proibir a igreja de funcionar induzirá litispendência para a ação promovida pelo Ministério Público, a qual tinha o mesmo objetivo.

²⁰⁴ Lei n.º 13.105/2015: Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) VI - litispendência; (...) § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

²⁰⁵ Lei n.º 13.105/2015: Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) VII - coisa julgada; (...) § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso. § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

Há uma imprecisão terminológica no texto legal: as ações coletivas, obviamente, porque são diferentes das ações individuais, não induzem litispendência para estas – ainda que as primeiras sejam propostas por figuras individuais. A ação promovida pelo Ministério Público para proibir o funcionamento da igreja não induz litispendência com a ação promovida pelo particular para pedir indenização da mesma igreja; mas a ação promovida pelo Ministério para proibir o funcionamento da igreja induz litispendência com a ação promovida pelo particular para proibir o funcionamento da mesma igreja – ambas são coletivas.

Só haverá litispendência se o resultado para ambas as ações for equivalente (atingindo os mesmos membros do grupo com o mesmo objeto), independentemente do fato de uma ação ser ajuizada por um particular e, por este simples fato, ser identificada por individual (entendimento aqui refutado) e outra que seja ajuizada por um ente legitimado e, só por isso, identificada como coletiva.

Para esta corrente de pensamento, a ação será individual ou coletiva a depender do seu autor: se um particular, a ação será individual; se por um ente legitimado, a ação será coletiva.

Para os efeitos do presente trabalho, a ação será coletiva a depender do seu resultado, quem quer que seja o legitimado: se o objeto ultrapassar a subjetividade das partes do processo, é ação coletiva; do contrário, restringindo-se às partes, será ação individual. Bem por isso, jamais serão – ação coletiva e individual – idênticas e, conseqüentemente, jamais induzirão litispendência. Não há hipótese da ação ajuizada por um vizinho, para restringir o direito de a igreja funcionar após as vinte e três horas ser individual; trata-se, certamente, de ação coletiva.

A ação ajuizada pelo morador do bairro para proibir o funcionamento do bar (por volume alto) será coletiva, da mesma forma que será coletiva uma ação promovida pelo Ministério Público com o objetivo de conseguir a mesma proibição. A ação proposta pelo morador não será individual, será uma ação coletiva (seu resultado atinge partes além daquelas constantes da relação processual). Neste caso, porque ambas são coletivas, poderá haver indução de litispendência. O mesmo acontecerá se dois particulares ajuizarem ação cujo conteúdo a ser produzido pela sentença venha a culminar com o mesmo resultado, isto é, proibir o funcionamento do mesmo bar. Como o conteúdo de eventual sentença produzirá resultado idêntico, trata-se de ações iguais.

Exemplo diverso se daria se, havendo dois bares em um mesmo bairro, dois moradores ajuizassem ações, distintas, isoladas, contra os respectivos estabelecimentos. O conteúdo de cada uma das sentenças produzirá resultados diversos. Por hipótese, Antônio ajuíza ação em desfavor do bar Sossego com pedido para que este estabelecimento não emita som, acima de noventa decibéis, depois das vinte e três horas e Pedro ajuíza ação em desfavor do bar Tranquilidade exatamente com o mesmo pedido. O conteúdo de eventual sentença de procedência da primeira ação será para proibir o bar Sossego de produzir barulho; o da segunda ação terá como resultado proibir barulho no bar Tranquilidade. Os resultados a serem produzidos pelos conteúdos serão diversos, assim como serão diversas as ações. Serão duas ações coletivas porque os resultados atingirão partes além daquelas constantes no processo, mas não serão iguais entre si. Em outra hipótese, se um outro vizinho ajuizasse ação em desfavor de ambos os bares, o que seria legítimo se o autor fosse também vizinho dos dois estabelecimentos, eventual ação posterior a esta, com o mesmo objetivo, ajuizada contra um dos bares, seria idêntica à primeira, o que resultaria nos efeitos próprios de identificação entre ações. Se mais um vizinho ajuizasse ação popular em desfavor do Município com o objetivo de evitar a concessão de alvará para o funcionamento dos bares após o mesmo horário, todas as ações anteriores – porque teriam como objetivo o mesmo resultado – seriam idênticas a estas.

Se uma ação coletiva, ajuizada por um particular em desfavor de uma igreja, atingir um bem de natureza coletiva, vai induzir litispendência para o caso de ocorrer o ajuizamento de uma nova ação, em desfavor da mesma igreja e procurando atingir o mesmo objetivo, mesmo que esta última seja proposta por uma entidade de natureza coletiva. Imagine-se o exemplo da igreja que inicia suas atividades antes das seis horas da manhã com barulho insuportável. A associação de bairro distribui uma ação com o objetivo de impedir que a entidade religiosa inicie suas atividades, com aquele volume, antes do tal horário. Determinado vizinho, sem saber da existência da primeira ação, ajuizará uma outra em desfavor da igreja com o mesmíssimo objetivo. As duas ações são coletivas: o resultado a ser produzido por ambas, em favor da comunidade, é idêntico.

Para o Código de Defesa do Consumidor, aparentemente, a ação ajuizada pelo particular não é uma ação coletiva; somente é coletiva a ação ajuizada pela associação de bairro. Pela redação do artigo 104, para aqueles que interpretam a ação do vizinho como de natureza individual, não haveria indução da litispendência da outra proposta pela

associação; para as premissas do presente trabalho, são ações idênticas, independentemente de quem as ajuizou, razão pela qual induziriam, sim, a litispendência.

Volta-se, neste ponto, à teoria de sistemas. Por ela, um sistema precisa ter uma função, não se ignorando que ele se diferencia do ambiente em função de um código, lícito ou não-lícito no caso do direito. A função do sistema do direito é generalizar as expectativas normativas, o que, igualmente, atinge as regras, as normas, do tal microsistema do processo coletivo.

É indubitável que, no instante em que o sistema permite o ajuizamento de ação movida por particular para proibir o funcionamento da igreja e que o mesmo sistema eventualmente permita o ajuizamento de ação pelo Ministério Público para proibir a mesma entidade religiosa de funcionar – sem que isso induza litispendência ou coisa julgada porque são ações ajuizadas por partes distintas – o sistema do direito, neste caso, deixará de desempenhar sua função de generalizar expectativas normativas. Enquanto permitir o ajuizamento de ações coletivas idênticas em função da existência de autores distintos, o sistema estará permitindo ações iguais, com mesmo objeto, gerando e fomentando incertezas – especialmente para os réus, neste caso a igreja.

O sistema do processo coletivo, assim, se não houver classificação de ação coletiva a partir do resultado que a sentença pode produzir, não será, na acepção do termo, um sistema; não exercerá a função de estabilizar expectativas normativas, mas, ao contrário, gerará apenas mais incertezas. Por isso, crê-se, não se pode classificar ação coletiva a partir das premissas do processo individual.

Não por outros motivos, a ação coletiva é aquela que atinge outras partes para além daquelas que estão no processo, mas, mais do que isso, o resultado que o conteúdo da sentença pode produzir orientará a classificação da ação coletiva em relação a outra ação coletiva.

Bem por isso, a ação ajuizada por um particular, mas cujo resultado possa atingir outras partes que não aquelas presentes no processo – a ação promovida pelo vizinho para não permitir o funcionamento da igreja – é coletiva; a ação promovida pelo Ministério Público para proibir o funcionamento da mesma igreja é também coletiva. Ambas, mesmo com partes distintas, são ações iguais.

Mais ainda, se houvesse apenas uma ação ajuizada pelo Ministério Público para proibir o funcionamento da igreja, não seria possível ao particular ajuizar outra ação com o mesmo objetivo, dado que, embora seja ele um autor individual, a ação não o é, trata-se de uma ação coletiva.

O que fica resguardado, todavia, é a pretensão estritamente individual. Aquela que não vai atingir uma gama indefinida de partes; ou seja, em outras palavras, aquela que vai atingir apenas as partes demandantes; esta é uma ação individual.

Ao particular seria também legítimo ajuizar ação individual para reparar os eventuais danos causados, a ele, pela entidade religiosa e decorrentes do culto antes das seis horas da manhã. Por hipótese, este vizinho vem perdendo a hora do trabalho todos os dias, resultando-lhe nos mais variados danos, o que, pois, lhe permitiria ajuizar ação para reparar os danos decorrentes desse atraso. Esta ação não seria coletiva porque o resultado pretendido, eventual procedência para indenizá-lo, só atingiria aquele particular.

Nesse caso, não haveria identidade de ações entre o pedido para indenizar o particular e o pedido para obstruir o som (ajuizada pela associação de bairro) porque os resultados pretendidos, o objeto, seriam diversos.

Em uma das hipóteses, queria-se interromper ou obstruir, em razão do som alto, o funcionamento da igreja (direito coletivo porque eventual procedência determinando a interrupção atingiria toda a comunidade); no segundo caso, o pedido de reparação de danos só atingiria o particular, proponente da demanda, de modo que a indenização só a ele seria devida, razão pela qual se trata de ação individual, cujos efeitos atingirão somente o próprio autor.

Existiria a possibilidade de conexão ou continência quando as ações não são idênticas, mas há pontos de convergência entre elas. Poderia haver comunhão de causa de pedir e de partes, mas não de pedidos, de objetos, de resultados, de modo que as ações não seriam idênticas; daí a desnecessidade de indicar, no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, que a ação coletiva não induz litispendência com a individual porque, é óbvio, as ações coletivas (resultado atinge um bem indivisível) e individuais (bem divisível) serão essencialmente diversas.

Em resumo, reitera-se que: i) ação individual e coletiva diferenciam-se basicamente, não pelos legitimados ou pelas partes, mas em função do objeto, do

resultado; ii) assim, será legítimo ao indivíduo propor ação coletiva, a qual não se confundirá com eventual pretensão de caráter eminentemente individual; e, iii) a ação coletiva jamais induzirá litispendência com a individual porque o objeto a ser tutelado será, sempre, diverso.

Pode-se concluir que a ação coletiva será caracterizada num primeiro momento pela possibilidade do seu resultado atingir outras partes para além daquelas apontadas no processo, mesmo em se tratando de ação proposta individualmente. Esse conceito revela que pouco importa, então, o nome ou autor da ação para que a demanda seja considerada coletiva. Certo particular, João, ao ajuizar ação para pedir que o poder judiciário proíba determinado bar de funcionar após o horário de expediente, está a ajuizar uma ação coletiva.

Não bastando a conceituação genérica de ação coletiva – diferenciando-a da individual a partir do resultado que pode produzir – é necessário também fixar o critério para identificar as ações coletivas entre si.

Se no processo individual o critério de identificação tangencia partes, causa de pedir e pedido, o processo coletivo não deve nem pode adotar esse tripé, mas, longe disso, deve orientar-se pelo resultado que o conteúdo da sentença pode produzir. Se os resultados dos conteúdos forem os mesmos, é fora de dúvida, as ações serão iguais. Assim, em novo exemplo, se ações diversas, promovidas uma por Ministério Público e outra por associação de bairro, ambas buscando o mesmo objetivo, mesmo que com partes diferentes, ainda que os autores sejam distintos, mas porque os conteúdos produzirão os mesmos resultados, estas ações serão idênticas.

5.2 – Identificação entre as Próprias Ações Coletivas

No tópico anterior, pontuamos a diferença entre as ações individuais e as ações coletivas, concluindo que, em hipótese nenhuma, elas serão idênticas, pois terão resultados diversos relativamente às partes. Exemplo disso está ilustrado na análise conjunta de ações: uma, promovida por uma associação de bairro para obrigar uma igreja a não funcionar após determinado horário; outra, ajuizada pelo vizinho do templo para reivindicar a mesma proibição. Estas ações serão idênticas. Todavia, a ação promovida

por um outro particular pedindo indenização pelos danos que a igreja gera por funcionar após o horário não será igual às anteriores. As duas primeiras serão ações coletivas enquanto que a terceira será uma ação individual.

É hora, então, de realizar a identificação entre as ações coletivas, suas particularidades, suas identidades: se, inicialmente, diferenciou-se o gênero de ação, coletiva ou individual, doravante se procurará diferenciar as ações coletivas entre si. Isto é, por intermédio de quais critérios e parâmetros se distinguirão as ações coletivas; como serão classificadas entre elas.

A princípio, é preciso recordar o conceito legal adotado pelo legislador que positivou o estatuto processual civil em nível individual: o sistema brasileiro adotou processo de identificação das ações para demandas individuais a partir do tripé: partes, causa de pedir e pedido. É através destes elementos que se dá a identidade de ações.

É certo que, neste trabalho, pretende-se construir um critério de classificação de ação coletiva a partir de outros pressupostos que não aqueles do processo individual.

É necessário demonstrar, todavia, para afastar os critérios adotados para identidade de ação individual, quais são as características destes elementos que servem para identificar o processo individual.

A ação individual se caracteriza, no que uma se assemelha à outra, em função de partes, causa de pedir e pedido. Não é por estes elementos que se caracteriza o processo coletivo, mas indispensável fixarmos os conceitos destes três elementos utilizados para a identificação do processo individual.

O instituto “partes” compreende os sujeitos que participam do processo, os quais são designados, como regra, entre autor – proponente da demanda – e réu – sujeito passivo da ação.

A parte pode ter intimidade com o direito material colocado em juízo, isto é, pode ser a titular do direito; neste caso, haverá legitimidade ordinária. É o cidadão ajuizando para executar cheque que, sem lastro, lhe foi oferecido. É o que revela Scarpinella:

“Autor e réu, de acordo com a doutrina tradicional, correspondem às partes do processo: aquele que pede e em face de quem se pede tutela jurisdicional. O conceito aqui ofertado é eminentemente processual. (...) Se aquele que pede podia mesmo pedir tutela jurisdicional naquelas circunstâncias e em face de quem pediu; se há mesmo, em seu favor, direito material a ser reconhecido e,

desde que reconhecido, justificar a prestação da tutela jurisdicional, tudo isto é indiferente para o conceito aqui apresentado (...).²⁰⁶

É certo, então, que a parte pode ser aquela detentora de direito material a justificar sua presença em juízo.

É possível que a parte, todavia, não seja detentora do direito material, tendo, apenas, legitimidade processual. É a legitimação extraordinária. É o Ministério Público ajuizando ação para tutelar direito de consumidores – os mais variados – lesados por uma fabricante de automóveis.

“Haverá outros casos, a respeito do assunto tratado no parágrafo anterior, em que ocorrerá, por expressa autorização legal, uma descoincidência visível entre a parte (no plano) processual e a parte (no plano) material, isto é, aquele que pede ou em face de quem se pede a tutela jurisdicional e os beneficiários que, fora do processo, no plano do direito material, beneficiar-se-ão da tutela eventualmente concedida. São os casos de ‘legitimação extraordinária’, que se opõe à chamada ‘legitimação ordinária’, em que há, pelo menos na perspectiva de quem afirma, uma coincidência entre os planos material e processual”.²⁰⁷

Perceba-se, assim, que é possível tratar de partes que têm legitimidade ordinária – quando são detentoras do direito material – e aquelas outras que têm legitimidade extraordinária – quando detentoras do direito de demandar em juízo, embora não sejam as efetivas titulares do direito material; nestes últimos casos, temos os exemplos das ações coletivas, especialmente as ações civis públicas.

É possível ainda, tratando de partes, conceituar aquilo que se convencionou chamar de parte coadjuvante. Para além daqueles que têm legitimidade ordinária ou legitimidade extraordinária, há também os outros, os quais são coadjuvantes do processo. Está-se a falar dos que compõe, por exemplo, um incidente de incompetência; impugnado o magistrado, por exemplo, por incompetência absoluta, os autos a versarem sobre isso terão o magistrado de um lado e a parte impugnante de outro, sem prejuízo do outro litigante de direito material. É o que nos lembra Diddier:

“Para a compreensão do conceito de parte, é fundamental que se estabeleça, inicialmente, a distinção entre parte processual, parte material (parte do litígio) e parte legítima. Parte processual é aquela que está em uma relação jurídica processual, faz parte do contraditório, assumindo qualquer das situações jurídicas processuais, atuando com parcialidade e podendo sofrer alguma

²⁰⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: procedimento ordinário e procedimento sumário. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

²⁰⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: procedimento ordinário e procedimento sumário. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

consequência com a decisão. Esse é o conceito que deve ser utilizado. A parte processual pode ser parte da demanda (demandante e demandado), que é a parte principal, ou a parte auxiliar, coadjuvante, que, embora não formule pedido, ou não tenha contra si pedido formulado, é sujeito parcial do contraditório e, pois, parte. É o caso do assistente simples, por exemplo. Há as partes da demanda principal, autor e réu, e há as partes de demandas incidentais, que podem não ser as mesmas da demanda principal. Por exemplo: no incidente de arguição da suspeição do juiz, as partes são o arguente (autor ou réu) e o próprio juiz que, nesse incidente, é parte. Perceba que o juiz não é parte na demanda principal, mas o é no incidente em que se discute a sua imparcialidade. Parte material ou do litígio é o sujeito da situação jurídica discutida em juízo; pode ou não ser a parte processual, pois o Direito pode conferir a alguém, em certas hipóteses, a legitimação para defender, em nome próprio, interesse alheio (...). Assim, alguém, mesmo sem ser o titular da situação jurídica discutida, pode ser parte processual. Parte legítima é aquela que tem autorização para estar em juízo discutindo determinada situação jurídica; parte ilegítima, por consequência, é o sujeito que, não obstante esteja em juízo, não tem autorização para tanto. Sucede que a parte ilegítima também é parte, até porque pode alegar a sua própria ilegitimidade”.²⁰⁸

É possível, então, ao se falar de partes, trabalhar com partes ordinárias – aquelas que compõem o processo porque são detentoras do direito material; partes extraordinárias – as que, mesmo sem direito material, têm interesse processual na demanda; e, ainda, partes coadjuvantes, as quais, mesmo sem terem direito material e tampouco processual no objeto da demanda, respondem por alguma questão incidental – impugnação acerca da imparcialidade do juiz.

Para além das partes, há outro elemento que serve para compor, no processo individual, o tripé de identificação das ações: a causa de pedir. São os fundamentos jurídicos aplicados aos fatos. Suponha-se uma cobrança de IPTU, majorado por Decreto; a causa de pedir é composta pelos fatos – cobrança de IPTU – e pelo contorno jurídico – necessidade de majorar apenas por intermédio de lei – princípio da legalidade. A primeira, dos fatos, é a causa de pedir remota; a segunda, do fundamento jurídico, é a causa de pedir próxima. Vejamos a lição de Wambier:

“Assim, a causa de pedir (*causapetendi*) significa, resumidamente, o conjunto de fundamentos levados pelo autor a juízo, constituído pelos fatos e pelo fundamento jurídico a eles aplicável. Em outros termos, a causa de pedir é o fundamento pelo qual a parte autora dirige determinado pedido ao Poder Judiciário. Como o pedido, a causa de pedir também se desdobra em dois âmbitos. A causa remota consiste nos fatos dos quais o autor diz extrair-se a posição jurídica que ele busca que seja protegida. A causa de pedir próxima é constituída pelos fundamentos jurídicos invocados para a configuração daquela posição jurídica. Exemplificando: em ação em que pede a reparação de danos, o autor relata a ocorrência de um acidente de trânsito e descreve que o réu trafegava com seu carro em excesso de velocidade e fez uma ultrapassagem em local proibido, tendo assim gerado a colisão com o veículo

²⁰⁸ DIDDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Jus Podivum, 2015. p. 287.

do autor – essa é a causa de pedir remota; além disso, o autor invoca as regras de trânsito, sobre limite de velocidade e vedação de ultrapassagem, bem com as normas de direito civil que preveem que aquele que causa dano por ato ilícito deve indenizar – eis a causa de pedir próxima”.²⁰⁹

A causa de pedir se compõe, então, dos fundamentos de fato aliados aos fundamentos jurídicos que compõem a demanda. São os fatos aliados aos elementos jurídicos. Exemplo bastante ilustrativo é trazido na obra conjunta de Pellegrini, Dinamarco e Cintra acerca de um descumprimento contratual que enseja em suposta ação de despejo. É possível que uma ação de despejo se funde em inadimplemento de valores pactuados em contrato ou, então, por hipótese, mesmo adimplente, no mau uso do imóvel. São causas de pedir – remotas, ao menos – diversas; são questões fáticas diferentes – mau uso do imóvel e, também, inadimplemento de obrigação contratual. Vejamos as lições dos estudiosos:

“Causa de Pedir (ou *causa petendi*). Vindo a juízo, o autor narra os fatos dos quais deduz ter o direito que alega. Esses fatos constitutivos (...) também concorrem para identificação da ação proposta. Duas ações de despejo entre as mesmas partes e referentes ao mesmo imóvel serão diversas entre si se uma delas se fundar na falta de pagamento dos aluguéis e outra em infração contratual de diversa natureza. O mesmo quando contra a mesma pessoa pesam acusações por delitos da mesma natureza (v. g. furto) cometidos mediante condutas concretamente diversas. (...) Código de Processo Civil alude também aos fundamentos jurídicos do pedido. Essa é a causa de pedir remota. No exemplo das duas ações de despejo, o fundamento de direito (causa de pedir remota) é o contrato de locação. Fundamento de fato (causa de pedir próxima) é a falta de pagamento de aluguéis ou a infração contratual”.²¹⁰

É certo, então, que a causa de pedir compõe-se de fundamentos fáticos e jurídicos – os primeiros são os remotos, os outros os próximos. É o encontro dos fatos com os respectivos elementos jurídicos, contemplando-se, assim, neste particular, o motivo que leva alguém a buscar o poder judiciário. A causa de pedir.

A causa de pedir, diz-se de outro modo, é o motivo que leva a parte a buscar o poder judiciário, sendo o encontro da sua pretensão com o processo. É o caminho natural dentro do qual se encontram os motivos que justificam o ajuizamento da ação e o próprio processo. São as lições de Bedaque:

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 108.

²¹⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 31ª edição. 2003. p. 299.

“De qualquer forma, a causa de pedir, quer para os adeptos da teoria da individuação, quer para os defensores da substanciação, revela o nexo existente entre o direito material e o processo. (...) O que parece importante ressaltar é a impossibilidade absoluta de se ignorar o nexo entre direito e processo na determinação da causa de pedir e do objeto do processo. A causa de pedir constitui o meio pelo qual o demandante introduz o seu direito subjetivo (substancial) no processo”.²¹¹

A causa de pedir é o encontro, então, entre os fatos e seu respectivo direito material adjacente com o processo. É pela causa de pedir, através dela, que o detentor do direito busca o poder judiciário. São os motivos de fato e de direito que orientam o ajuizamento da ação.

É fora de dúvida, não se pode olvidar, que partes, causa de pedir e pedido são elementos de uma petição inicial a justificarem a identidade entre as ações. Não se ignora que, de outro lado, neste trabalho, pretende-se trazer um critério de classificação de ação coletiva que destoe do parâmetro utilizado no processo individual. Para tanto é necessário, todavia, conhecer os critérios adotados no individual. Já se tratou de partes e causa de pedir; resta, ainda, tangenciar o fenômeno do pedido.

O pedido é o provimento que se pede ao juiz, o qual pode ser meramente declaratório – para declarar existência ou inexistência de relação jurídica (um pedido em uma ação de investigação de paternidade, por exemplo); pode ser constitutivo – para desconstituir algo já existente (ação anulatória para desconstituir o lançamento de IPTU de 2023 – montante já cobrado); provimento cautelar – para resguardar eventuais direitos das partes (outra ilustração, no caso de medida cautelar fiscal tendente a obstruir transferências patrimoniais enquanto não ajuizada a ação executiva); e também, a rigor, quando originário em título executivo – extra ou judicial – um provimento de natureza executiva (execução de cheque sem lastro, por hipótese). É o que se pede, pois, resumidamente, conforme enunciam Pellegrini, Cintra e Dinamarco, em juízo:

“Pedido (petitum). Não se justifica o ingresso de alguém em juízo se não fosse para pedir do órgão jurisdicional uma medida, ou provimento. Esse provimento terá natureza cognitiva quando caracterizar o julgamento da pretensão deduzida em juízo pelo autor; tratar-se-á, então, de uma sentença de mérito (meramente declaratória, constitutiva

²¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). São Paulo: RT, 2002. p. 30.

ou condenatória). Ou terá natureza executiva quando se tratar de medida através da vontade concreta do direito (no processo de execução). Há também provimento cautelar, que visa resguardar eventual direito da parte contra possíveis desgastes ou ultrajes propiciados pelo decurso do tempo. Por outro lado, todo provimento que o autor vem a juízo pedir refere-se a determinado objeto, ou bem da vida (o imóvel, na ação de despejo; uma importância em dinheiro, na ação de cobrança; o vínculo conjugal na ação de divórcio; a pena, na ação penal condenatória). Assim é que, considerando-se uma massa de demandas propostas ou a propor, distinguem-se elas entre si não só pela natureza do provimento que o autor pede, como também pelo objeto de seu alegado direito material”.²¹²

O pedido é o que confirma, pois, a causa de pedir – é a especificação do que se quer do poder judiciário. Diddier lembra que o pedido é, logicamente, até em função de nomenclatura, corolário da petição; não há petição sem pedido.

“Toda petição inicial deve conter ao menos um pedido, com suas especificações. Trata-se de requisito elementar do instrumento da demanda, pois não se pode falar, no plano lógico, de petição sem pedido. Petição sem pedido é petição inepta, a ensejar o seu indeferimento”.²¹³

O pedido é, então, uma consequência lógica da petição. É ele o indicativo do que se pretende em juízo, seja um provimento declaratório, seja um pedido constitutivo, seja um pedido cautelar ou, até mesmo, um pedido de natureza executiva.

O Código de Processo Civil enuncia, pois, que uma ação será igual a outra se houver partes, causa de pedir e pedidos idênticos. É indubitável que, ajuizando-se ação igual à primeira, e estando a primeira ainda em curso, o fenômeno jurídico-processual é o da litispendência, e, caso se ajuíze ação idêntica a uma já finda, o fenômeno jurídico-processual é o da coisa julgada (consoante artigo 337 do Código de Processo Civil)²¹⁴. São características, todavia, que afetam ao processo individual.

²¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros. 31ª edição. 2003. p. 299.

²¹⁴ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

VI - litispendência;

VII - coisa julgada;

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

§ 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

Pretende-se, neste trabalho, desconstruir o que é próprio do processo individual, para definir-se um critério de identificação específico para as demandas coletivas.

Em outras palavras, antecipa-se, quer-se classificar as ações coletivas a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir – a despeito de causa de pedir, pedido ou partes.

Antes de identificar entre si as ações coletivas, buscou-se estabelecer o que é uma ação coletiva, a qual será a que, para além das partes presentes no processo, puder atingir a órbita jurídica de outros que não apenas aqueles lotados nos autos do mesmo processo.

Em seguida, procurou-se identificar – entre as ações coletivas – quais serão iguais entre si.

Quer-se, exemplificativamente, demonstrar que uma ação proposta pelo Ministério Público para promover o fechamento de bar que funcione após o horário do seu alvará é igual à ação promovida pela Associação de Bairro para fechar o mesmo bar em função de extrapolar o limite do horário. As partes são diferentes, mas o resultado que a sentença pode produzir, em ambos os casos, é exatamente o mesmo. As ações são, portanto, iguais.

As ações coletivas serão iguais, mesmo que tenham causa de pedir ou pedidos distintos, desde que os resultados a serem percebidos sejam idênticos.

A título ilustrativo, imagine-se uma ação promovida pela Associação de Proteção aos Animais para proibir a realização de uma prova de rodeio. A ação é promovida em desfavor da empresa promotora do evento. A causa de pedir são os supostos maus tratos aos animais. O pedido é para proibir a realização do rodeio.

Imagine-se que, de outra parte, o Ministério Público do Estado de São Paulo promova ação contra o Município onde se realiza o mesmo rodeio. O pedido é para o Município não conceder alvará para a realização do evento. A causa de pedir, igualmente, são os supostos maus tratos aos animais.

Perceba-se que, a despeito de serem partes distintas, com pedidos igualmente distintos, os resultados procurados pelas demandas são exatamente os mesmos – proibir a realização das provas de rodeio.

É possível, ainda, na perspectiva abordada neste trabalho, mesmo que tenham causas de pedir diversas, em se tratando de ações coletivas com resultados iguais, que as

demandas sejam idênticas. Cita-se um exemplo: determinada marca de refrigerante faz propaganda usando logo semelhante ao da concorrente, como se a “Pepsi” fosse a “Coca-Cola” (sem entrar no mérito subjetivo de qual é melhor). A “Coca-Cola” ajuíza ação com objetivo de obrigar a “Pepsi”, ante uso indevido de marca (causa de pedir), a retirar a propaganda do ar. O pedido da “Coca-Cola” contra a “Pepsi” é para retirar a propaganda do ar e a causa de pedir é o uso inadvertido de marca.

É possível crer que o Ministério Público, neste mesmo exemplo, ajuíze ação em desfavor da “Pepsi” para retirar, por propaganda supostamente enganosa, o anúncio do ar. São ações com partes diferentes e causas de pedir também igualmente diversas.

Os resultados que as duas demandas podem produzir, porém, são coletivos e idênticos – retirar a propaganda do ar. Apesar da necessidade de cumprir alguns ritos burocráticos, de intimar todas as partes durante o processo, de construir despacho saneador delimitando a matéria e as partes envolvidas, ambas as ações serão idênticas.

Pretende-se, no presente trabalho, demonstrar que as ações coletivas, ainda que com partes distintas, pedidos diferentes, até com causas de pedir diversas, mas com resultados que possam ser semelhantes, serão idênticas entre si.

As ações serão idênticas se tiverem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Esta é a sistemática adotada, desde Roma, para a identificação de demandas individuais e, ante o necessário primado da segurança jurídica, quando houver demandas idênticas, haverá litispendência (se a demanda repetida estiver ainda em curso) ou coisa julgada (se a demanda repetida já tiver decisão definitiva da qual não caiba mais recurso). É o conceito adotado pelo legislador processual civil, consubstanciado no artigo 337 do Código de Processo Civil, §º 2, “a”.²¹⁵

Esta metodologia não é transponível, todavia, tal qual concebida, para o processo coletivo. Não é possível identificar uma ação coletiva mediante verificação de similaridade entre partes, causa de pedir e pedido. Essa opinião, entretanto, não é

²¹⁵ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

VI- litispendência;

VII – coisa julgada;

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º A ação será idêntica a outra quando possuir as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

unânime, havendo aqueles que defendam, mesmo que subsidiariamente, a teoria da identidade usada no processo individual. Tal é o entendimento de Leonel:

“A previsão codificada aplica-se subsidiariamente ao processo coletivo, sendo as demandas coletivas identificadas pelos três elementos das ações. Mas há aqui peculiaridades, com desdobramentos concretos na dinâmica processual, cumprindo tratar do elemento subjetivo – partes – e dos elementos objetivos – causa de pedir e pedido na identificação de demandas coletivas”.²¹⁶

Entende-se que, nem subsidiariamente, é possível pensar em aplicação do critério de identificação adotado no processo individual para a tutela coletiva. As formas de identificação de espécie de ação individual e das espécies de ações coletivas são distintas e até mesmo opostas.

Para Leonel, as partes autoras serão iguais ainda que institucionalmente distintas. O que vale é a posição jurídica tutelada pelo sistema em poderem ocupar a sujeição ativa. Isto é, as ações serão idênticas se forem propostas, como ação popular pelo cidadão ou como ação civil pública pelo ministério público, desde que a causa de pedir e os pedidos sejam exatamente os mesmos. As partes autoras se equivalem pela sua condição jurídica de poderem atuar em favor daquele direito; para serem idênticas, não é necessário que tenham a mesma figura institucional.

“Exemplificando: se o Ministério Público propõe demanda ambiental e idêntica ação é ajuizada por uma associação, embora haja diversa identidade dos autores no aspecto físico ou institucional, haverá identidade de partes no aspecto referente à posição jurídica de ambos na ação coletiva. As ações serão idênticas, verificando-se a litispendência ou coisa julgada, conforme a situação concreta. O mesmo pode ocorrer entre uma ação popular e uma ação civil pública, ambas propostas com as mesmas circunstâncias de fato e de direito e com os mesmos pedidos: não obstante a primeira tenha sido aforada pelo cidadão e a segunda pelo Ministério Público ou outro legitimado, haverá identidade de condição jurídica dos autores, e as ações serão idênticas (especialmente para fins de identificação de situação de litispendência ou coisa julgada)
(...)

Em síntese: no processo coletivo a identidade de condição jurídica (e não a identidade física ou institucional) é que importa para a verificação da ocorrência da repetição de ações coletivas. Se estivermos diante de duas ações coletivas que contêm a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ainda que os responsáveis pelas proposituras sejam ‘fisicamente’ ou ‘institucionalmente’ distintos, a hipótese será de litispendência”.²¹⁷

²¹⁶ LEONEL, Ricardo de Barros, *op.cit.*, p. 285.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 285-288.

A posição de parte da doutrina, então, conquanto adaptando a figura da identidade de partes, sustenta que, havendo igualdade entre os pedidos e a causa de pedir em duas ações coletivas, elas serão idênticas.

A Lei de Ação Civil Pública, artigo 2º, § único²¹⁸, enuncia que a propositura de ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

Trata-se de enunciado que, a um só tempo, denuncia que: i) segundo esse diploma, a ação coletiva não se classificará – como igual a outra ação coletiva – em função de causa de pedir ou objeto; de modo que, ii) há outro critério, que não do objeto, que não da causa de pedir, para classificação de ação coletiva. Este dispositivo apenas enuncia regra de prevenção.

Não é fora de propósito lembrar que a causa de pedir é o motivo fático-jurídico (causas de pedir remota e próxima, respectivamente) pelo qual se vai a juízo. O pedido é o que, concretamente, em termos de tutela jurisdicional, se requer ao juiz.

Não obstante o respeito que merecem tais posições, discorda-se dos autores que, adaptando e permitindo interpretação ampla na determinação da parte, exigem somente as mesmas causas de pedir e os mesmos pedidos para identificar como iguais duas ações coletivas.

Alguns exemplos nos permitirão justificar, ao final, este entendimento. O primeiro deles, com os mesmos legitimados.

Suponha-se uma demanda coletiva – civil pública – para não permitir por parte da empresa demandada (promotora do evento) a realização de rodeio, no Município de Ribeirão Preto, no ano de 2023, hospedando-se a causa de pedir em supostos maus tratos aos animais. A ação é proposta em desfavor da empresa que promoverá a festa, evento privado com objetivo de lucro e que tem registro no órgão competente para a sua realização. A causa de pedir são os supostos maus tratos. O Ministério Público não obtém a tutela provisória liminar neste processo que cancelaria o evento para o ano de 2023.

²¹⁸ Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único: A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001).

O mesmo Ministério Público, então, com a mesma causa de pedir, os alegados maus tratos aos animais, distribui nova ação coletiva. Desta vez, escolhe como parte contrária o Município de Ribeirão Preto e não mais a empresa que realizará o evento; seu pedido, pois, será igualmente diverso: em vez de requerer a proibição da empresa para realizar o rodeio, pede tutela jurisdicional em desfavor do Município para que ele fique impedido de conceder o documento administrativo – alvará de funcionamento – que autorizaria a empresa a realizar o evento.

Perceba-se que são duas ações com causas de pedir aparentemente idênticas (supostos maus tratos aos animais) e que levarão a resultados igualmente similares (a não realização do rodeio), mas com dois pedidos diferentes: (i) para não permitir a organização do rodeio; e ii) para não conceder alvará para a realização do evento); na condição de réus, as partes são também diversas: a empresa promotora do evento e o Município. O resultado almejado é o mesmo, todavia.

Neste outro exemplo, os legitimados são diversos. O Ministério Público propõe ação civil pública em desfavor de usina de cana de açúcar que, supostamente, emite poluentes acima do permitido; quer o fechamento da empresa enquanto não regularizar a situação. A ação é julgada improcedente. Um determinado cidadão, em dia com suas obrigações eleitorais e com a mesma pretensão, resolve propor uma demanda popular em desfavor do Município, não mais contra a usina. Seu objetivo é compelir o Município a revogar o alvará de funcionamento daquela empresa por haver, supostamente, provocado danos lesivos ao meio ambiente.

Imagine-se, agora, que a associação de pais e mestres de determinada escola pública ajuíze ação contra a diretora da escola para não colocar sal na merenda das crianças. A causa de pedir é o risco à saúde das crianças. A ação, em desfavor da diretora, é julgada improcedente. Um pai de aluno daquela mesma escola resolve, então, levando-se em conta o conceito aqui adotado (de que o autor individual pode ajuizar ação coletiva), demandar contra o Estado para impedir que a Secretaria da Educação envie feijão para aquela escola, alegando que o produto faz mal às crianças. Os autores e os réus são distintos, a causa de pedir é idêntica e os pedidos são diversos.

Em mais uma hipótese, o Ministério Público ajuíza ação civil pública em desfavor de expositores de arte para impedir a exposição de homens nus no museu estadual no qual, com autorização do Estado, realizarão a atividade. A causa de pedir é risco de

menores fiquem expostos em ambientes insalubres. Não se dá liminar. O Ministério Público ajuíza, então, ação em desfavor do Estado com objetivo de fechar o museu naquele final de semana ante o risco de menores fiquem expostos a esse tipo de arte, supostamente insalubre.

Todas as ações aventadas serão coletivas, pois o resultado de cada uma delas ultrapassará o campo subjetivo das partes envolvidas no processo. A utilizar-se o conceito tradicional, mesmo adaptando-se para igualar partes institucionalmente diferentes, jamais haveria identidade de ações coletivas. Todas seriam diferentes umas das outras, mesmo com resultados finais, se forem julgadas procedentes, aparentemente equivalentes; e, se julgadas de maneira diversa, com consequências diametralmente diferentes – por exemplo, uma pode mandar proibir um rodeio; outra pode determinar sua realização, havendo, pois, conflitos lógicos e práticos.

Por isso, a identificação entre as ações coletivas não está no nome e tampouco na utilização dos conceitos tradicionais do processo individual (partes, pedido e causa de pedir). A identificação está hospedada no que é a problematização maior deste trabalho, na interpretação do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir. Não é, veja-se, no pedido e na causa de pedir; é apenas no resultado. Com efeito, é possível a adoção de pedidos diferentes, mas com resultados equivalentes, o que, inexoravelmente, transformará as ações em demandas iguais – com as consequências daí resultantes.

É bem verdade que a tutela coletiva tem por objeto, entre outros tantos, o que nos parece incontestável, evitar atomização de discussões, diminuir o número de demandas que tratem do mesmo tema e manter similaridade, evitando contradição entre demandas que eventualmente sejam semelhantes.

Não é possível conciliar o conceito da tríplice identidade de ações oriundo do processo individual com um eventual critério de identificação de ações coletivas, sob pena de desvirtuar seu objeto maior que é reduzir o número de demandas repetitivas. Os critérios hão de ser distintos, como aqui se propõe. As demandas coletivas serão idênticas dependendo-se apenas do resultado a ser obtido, a ser alcançado com o conteúdo da sentença. Se ambos os resultados forem similares (atingindo os mesmos interessados e o mesmo objeto) as ações serão idênticas. Pretende-se evitar, de todo modo, decisões conflitantes, diferentes, que ensejarão disputas de ordem prática.

Entre os casos aventados, imagine-se o do rodeio: determinado juiz julga improcedente a ação em desfavor da empresa, por não vislumbrar maus tratos aos animais, permitindo a realização do evento; outro magistrado julga procedente a demanda em desfavor do Município, concedendo tutela para proibir concessão de alvará para a realização da montaria na cidade. Não há nada que identifique as ações de maneira a permitir que não haja decisão conflitante entre elas, dado que o conceito, para identificar uma ação coletiva, não pode ser o mesmo adotado para uma ação individual.

Mendes também sustenta identidade, apesar da tentativa de evitar decisões conflitantes, a partir da conjugação do pedido e causa de pedir como similares:

“Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em sentido estrito, conta, como característica fundamental, com a indivisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam – material ou logicamente – a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizando a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e, por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares? Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva em razão da presença da litispendência”.²¹⁹

O jurista tem doutrina tangenciando conceito de ação coletiva a partir do binômio causa de pedir e pedido, fugindo da classificação do processo individual, mas, ainda, é certo, sem afastar possibilidade multiplicação de ações coletivas iguais.

O projeto de Código de Processo Coletivo, n.º 5139/2001, em seu artigo 5º²²⁰, adotou também conceito diverso do aqui defendido.

A identificação da subespécie de ação coletiva, para evitar repetição de demandas desta natureza, respeitando-se entendimentos em sentido contrário, e sabendo do risco da posição adotada, passa pelo resultado a ser alcançado, dependendo, pois, da igualdade

²¹⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *op.cit.*, 2014, p. 273.

²²⁰ Art. 5º. A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos.

desse elemento: o resultado a ser proporcionado pelo conteúdo da sentença. Se atingir os mesmos interessados e o mesmo objeto, o resultado será idêntico.

A causa de pedir é, igualmente, elemento estranho à identificação da ação coletiva; não se trata de expediente essencial para identificar ação coletiva. Basta, para isto, o resultado que o conteúdo pode ofertar.

Para justificar o que se alega, embora usado sem o sentido que o autor original quis empregar no texto, novo exemplo (de empresa demandada pelo Ministério Público por fazer uso de propaganda enganosa com uso de marca famosa; mas também pela sua concorrente por fazer uso de propaganda enganosa pelo uso da sua marca; o pedido será retirar a propaganda do ar, com causas de pedir distintas), utilizando-se do que fora adotado por Didier, calcado no escólio de Antônio Gidi:

“Supondo a hipótese de uma publicidade enganosa, onde o anunciante pratica falsidade ideológica ao levar o consumidor a confundir o seu produto como outro de uma marca famosa, o autor afirma que ‘diversas pretensões podem surgir e diversas ações (civis e criminais; individuais e coletivas) podem ser propostas em função desse ato ilícito’. Na hipótese acima construída, por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas, uma e outra, com fundamentos jurídicos de direito material diversos”.²²¹

Neste caso utilizado como exemplo, discordando ousadamente dos ilustres doutrinadores, embora uma das ações tenha sido ajuizada por um autor individual, outra por um legitimado extraordinário, estaremos diante de duas ações coletivas porque terão resultados coletivos idênticos – atingirão o mesmo objeto além das partes constantes da relação processual.

Ademais, ambas serão iguais porque terão resultados também iguais: a retirada da placa de publicidade da empresa. É certo que a causa de pedir é diversa: na ajuizada pela empresa, a causa de pedir é o uso ilegal de marca; na outra, também coletiva, é propaganda enganosa. Os resultados, todavia, serão equivalentes.

Reconhece-se o perigo da posição aqui adotada no sentido de prejudicar alguma parte que, desavisadamente, não vier a ter conhecimento do processo, no qual, certamente, poderá intervir como interessada ou até mesmo como parte.

²²¹ DIDIER JUNIOR; ZANETTI JUNIOR. *op.cit.*, p. 85.

Não à toa, a fim de evitar o prejuízo a particulares, o sistema processual atual, veiculado pelo Código de Processo Civil de 2015, reforça condutas ao julgador no sentido de evitar decisões conflitantes, o que sustenta ainda mais a posição aqui adotada: a identificação de uma ação coletiva estará na observação do resultado a ser alcançado.

Basta verificar, para isso, o texto do artigo 55, no parágrafo terceiro, do Código de Processo Civil²²²: serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórios, caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles. É o norte dado pelo legislador: não se quer decisões conflitantes, o que se evidencia, ainda mais, pela parte final do dispositivo: eventuais processos, mesmo que não tenham conexão, mas ante o risco de decisões contraditórias, serão reunidos. O que reforça decisivamente que identificar o processo coletivo a partir do seu resultado é caminho que diminuirá o risco de decisões contraditórias, cumprindo assim o roteiro adotado pelo legislador.

A promoção da publicidade é, além do mais, uma obrigação do juiz, o qual, ao aplicar o ordenamento jurídico, deverá atender princípios de razoabilidade, proporcionalidade, publicidade e eficiência.²²³ Ao juiz, então, é obrigatório fazer cumprir o princípio da publicidade, de modo que, havendo demanda cujo resultado seja coletivo, será necessário dar publicidade aos que podem intervir ou participar. Realizar audiência pública também é providência que nos parece razoável quando a decisão puder atingir uma gama significativa de partes. Em outras palavras, levando-se em conta que o processo coletivo é identificado pelo resultado, quando perceber a amplitude que este pode atingir, ao juiz será obrigatório dar publicidade daquela demanda, de maneira a evitar decisões contraditórias e de forma a permitir que todos os legitimados participem do processo.

O mesmo Código de Processo Civil incumbiu ao juiz, havendo demandas individuais repetitivas, a obrigação de informar os legitimados à propositura de ação civil pública. É o que se verifica do artigo 139, X, do Código de Processo Civil.²²⁴ Por analogia,

²²² Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

²²³ Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²²⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

pela exigência legal, que é também incumbência do judiciário, havendo demanda cujo resultado atinja uma gama metaindividual de partes, informar igualmente os entes legitimados. Seja pela incumbência do juiz ante demandas individuais repetitivas, seja pelo princípio da publicidade, ao qual, nos termos da legislação, está jungido.

Não fosse tudo isso suficiente, ao juiz será possível, nos termos do artigo 357, § 3º²²⁵, do Código de Processo Civil, em decisão de saneamento e organização do processo, designar audiência para, ante a complexidade de causa, e em cooperação com as partes, sanear o feito. Oportunidade em que, para evitar decisões ao final contraditórias, poderá convidar a todos os que, pela decisão, serão prejudicados, a participarem e intervirem na demanda.

É arriscado, é certo, defender posição segundo a qual o processo coletivo se identificará a partir do seu resultado. Na hipótese de Antônio Gidi, por exemplo, a empresa que fizer uso de marca de outra será demandada pelo Ministério Público por propaganda enganosa ao consumidor e pela empresa concorrente, dona da marca, pelo equívoco comercial.

Os resultados da demanda – retirar a propaganda do ar – serão os mesmos, mas a causa de pedir será diversa. Como os resultados serão os mesmos, ainda que com causas de pedir diversas, as ações são iguais. É certo que a empresa concorrente, se não participar do processo, ficará sob os efeitos daquela demanda, mas é igualmente certo que o sistema procura evitar decisões contraditórias e, mais certo ainda, que ao juiz será obrigatório dar ciência a essa empresa da existência da demanda para que dela participe, autorizando que traga também todas as suas argumentações e a suas prováveis causas de pedir (talvez diversas das trazidas pelo Ministério Público).

Não se pode ignorar que o direito contempla um sistema no interior do qual há um código: lícito ou não-lícito. Ao sugerir providências, como as apontadas acima – despacho

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

²²⁵ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: §3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

saneador, intimar Ministério Público em caso de demandas repetitivas, por exemplo – está-se trabalhando com possibilidades inseridas dentro do sistema, consideradas lícitas. Não se está trabalhando com proposições inseridas de fora do sistema, no ambiente; não se quer que o juiz adote regras religiosas, morais ou mesmo de ordem econômica, mas, apenas, dentro daquelas previstas no próprio sistema, maneje-as para que, ao final, o sistema cumpra sua efetiva função de estabilizar relações sociais.

Por tudo isso, como conclusão, reitera-se que a ação coletiva será identificada pelo seu resultado, pela providência final a ser alcançada, ainda que sejam partes, pedido, causas de pedir e/ou nomes de ações diversos.

Sustenta-se que a identificação de uma ação, se coletiva ou individual, depende dos seus efeitos: se atingir apenas às partes da relação processual, se trata de ação individual; se atingir outras partes, além das presentes na discussão formalizada pelo processo, é ação coletiva.

Entre as ações coletivas, elas serão identificadas não pelo nome, pelos autores, pelos pedidos e/ou pela causa de pedir; o que determinará sua identificação será seu resultado final; se desse resultado final surgir, ou se puder vir a ser, decisão conflitante com outra demanda, é porque se trata de ação idêntica, respeitando-se os efeitos próprios decorrentes de identidade de ação (litispendência e coisa julgada).

Não se pode ignorar, no meio de todo este contexto, a posição classificatória, para ações coletivas, adotadas pelos Tribunais superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n.º 1.726.147, a pretexto de analisar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – o qual cancelou classificação de ação coletiva a partir do tripé do processo individual, partes, causa de pedir e pedido –, em posição bastante similar à aqui pretendida, determinou que a identidade de ações se dará a partir da identificação dos possíveis beneficiários do resultado da sentença, do pedido e da causa de pedir:

“Apreciando a questão, o TJSP, por maioria, apesar de reconhecer a existência de duas outras ações coletivas propostas por entidades associativas de defesa do consumidor, com os mesmos pedidos e causa de pedir, afastou a litispendência por entender terem sido interpostas por pessoas jurídicas diversas, sem risco de execução dúplice. É o que se depreende do seguinte excerto do acórdão (e-STJ, fls. 200/201): A ação civil coletiva prevista no art. 81, § único, II, da lei consumerista, a assim como a civil pública prevista no inciso anterior, constitui poderoso mecanismo de solução de conflitos de caráter geral, possibilitando, inclusive, a redução das demandas individuais com o mesmo objeto e o

consequente desafogo do Poder Judiciário. A sentença aí proferida, se de procedência, ostenta condenação genérica (art. 95), exigindo que os interessados individualmente promovam a liquidação e execução respectivas (art. 97). São pessoas diferentes e não há o menor risco de se repetir a execução de um mesmo crédito porque o devedor, por certo, deduzirá impugnação convincente. É nesse sentido o voto do Min. Teori Zavascki no julgamento do CC 47.731, designado relator para o Acórdão. Anote-se, de resto, que se acentua a ideia de que, nas ações coletivas, as entidades associativas não figuram exatamente como substitutos processuais, mas como legitimadas autônomas para a condução do processo.

No entanto, esta Corte Superior firmou o entendimento de que, nas ações coletivas, por se tratar de substituição processual por legitimado extraordinário, não é necessária a presença das mesmas partes para configuração da litispendência, devendo somente ser observada a identidade dos possíveis beneficiários do resultado das sentenças, dos pedidos e da causa de pedir”.²²⁶

O mesmo Superior Tribunal de Justiça em outras oportunidades já adotou a mesma posição de classificar a ação coletiva a partir dos beneficiários do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir. Registra-se mais um:

“Com efeito, em suas razões recursais, o Ministério Público do Estado de Pernambuco aduz: É que, apesar da existência de identidade de pedido e de causa de pedir reconhecida no acórdão recorrido, a completa falta de semelhança entre as partes litigantes, nos referidos processos, impede o reconhecimento da litispendência. Na espécie, a ação popular foi ajuizada pelo cidadão Joaquim Pinto Lapa Filho contra a pessoa física do Prefeito de Carpina - Manuel Severino da Silva - e contra a Câmara Municipal, enquanto que a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público de Pernambuco em desfavor do Município de Carpina e da NOVA - Negócios, Veículos, Peças e Serviços. Ltda. Como se observa, não há qualquer identidade de partes, seja no polo ativo ou no polo passivo das referidas relações jurídicas processuais. Contudo, a tese do recorrente não prospera, pois contrária à doutrina e jurisprudência consolidada desta Corte, consoante a qual, nas ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no polo ativo da demanda, ainda que se trate de litispendência entre ações coletivas com procedimentos diversos, como a Ação Civil Pública (procedimento regulado pela Lei 7.347/1985; Ação Popular (procedimento regulado pela Lei 4.717/1965); pelo Mandado de Segurança (procedimento regulado pela Lei 12.016/2009); pela Ação de Improbidade Administrativa (procedimento regulado pela Lei 8.429/1992), etc.”.²²⁷

²²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.726.147/SP da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de agosto de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101405983&dt_publicacao=21/05/2019. Acesso em 03 de agosto de 2023.

²²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial n.º 1.505.359/PE da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 30 de novembro de 2016. Disponível em <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1470467&tipo=0&nreg=201401433209&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161130&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 03 de agosto de 2023.

É fora de dúvida que, para o Superior Tribunal de Justiça, a identidade de uma ação coletiva não se dará a partir dos mesmos critérios que são adotados no processo individual – partes, pedido e causa de pedir. Ao largo disso, para o Superior Tribunal de Justiça, a classificação das ações se dará a partir da identificação dos beneficiários da sentença.

A tese de sustentação deste trabalho passa, em parte, perto do entendimento do Tribunal. Não se defende que a identificação de ação coletiva se dê a partir apenas da identificação dos beneficiários, mas, ao contrário, do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

Assim, com efeito, embora no caso da propaganda enganosa – alhures trazido, da ação promovida pelo Ministério Público (em função de propaganda enganosa veiculada pelo concorrente da fábrica de refrigerante) – os beneficiários serão os consumidores; mesmo assim, contrariando a premissa do Superior Tribunal de Justiça, essa ação será a mesma daquela promovida pela fábrica de refrigerante contra seu concorrente porque os conteúdos das sentenças podem produzir os mesmos resultados – ainda que os beneficiários não sejam efetivamente os mesmos.

É indubitoso, todavia, que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento que afasta a classificação da ação coletiva a partir do tripé do processo individual. O que se verifica, também, no presente trabalho – refuta-se a classificação da ação individual para determinar o que é uma ação coletiva. A ação coletiva não depende, pois, de quais são os beneficiários, mas, sim, para que seja identificada com outra ação coletiva, da aferição de qual será seu possível resultado.

5.3 – Princípio da Igualdade e sua Importância Para Classificação da Ação Coletiva a Partir do Resultado

Um prédio tem janelas, portas, pastilhas, vitrôs e, além disso, em alguns casos, jardim. O edifício possui também pilares. A supressão de portas, pastilhas ou alteração de plantas do jardim não irão colocar a estrutura do prédio em risco; alterar qualquer pilar, contudo, poderá colocar em risco todo o edifício.

Faz-se um paralelo com sistema jurídico. Os decretos, instruções normativas, leis ordinárias, medidas provisórias, leis complementares e até as regras constitucionais – que

não são cláusulas pétreas – são os vitrôs, as janelas e as portas do sistema. São alteradas sem que o sistema seja colocado em risco. Os princípios representam, num paralelo, os pilares do prédio; se contrariados, colocam em risco todo o sistema. Princípio é, então, um mandamento nuclear do sistema; é norte, é pilar. Humberto Ávila, através de metáforas, traduz bem esse conceito: “são vigas mestras do ordenamento, assim como os pilares para um edifício, o leme para o barco, os pais para os filhos e o poder para o Estado”.²²⁸

Princípio é, então, um norte, um mandamento nuclear a partir do qual as regras e normas fixadas no sistema hão de se orientar. O que se estende ao direito processual.

O processo deve respeitar, sempre, os princípios – mandamentos nucleares – que povoam nosso sistema. Ricardo Barros Leonel não hesita em afirmar que uma das finalidades do sistema processual é respeitar os princípios constitucionais processuais: “A visão mais maleável das regras processuais – desde que respeitados os princípios constitucionais do processo, cuja observância é a finalidade última do sistema processual – se justifica em vista dos resultados a alcançar”.²²⁹

O processo deve, assim e em última análise, garantir e servir de instrumento para o cumprimento dos princípios que orientam nosso sistema. Estes princípios encontram-se hospedados no texto constitucional; o operador do direito, em toda e qualquer análise, não pode se descuidar, se afastar, da missão de observar, no trato do processo, os princípios constitucionais. Scarpinella faz uma ilustração sobre a necessidade de aplicar, em nível de processos, como fundamento nuclear, os princípios constitucionais. Para isso, faz um exercício metafórico de uma comunidade na qual não houvesse Código de Processo; nela, é indubitoso, o processo se guiaria exclusivamente pelo texto constitucional:

“Para ilustrar a importância e o alcance deste primeiro grupo de normas para as finalidades enunciadas no parágrafo anterior, basta supor que não existisse nenhuma lei sobre direito processual civil no Brasil. Nem o Código de Processo Civil, nem a farta legislação processual civil extravagante, nem, tampouco, normas estaduais ou infralegais as mais variadas. O que haveria nesta suposição seria a Constituição Federal, tal qual ela vige no Brasil de hoje. Pela ausência de quaisquer normas de direito processual civil em nível infraconstitucional, as autoridades competentes convocariam os especialistas

²²⁸ ÁVILA, Humberto. Princípios e Regras e Segurança Jurídica. In: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 1, janeiro/março 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 205-206.

²²⁹ LEONEL, Ricardo Barros. Aluísio Gonçalves de Castro. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 146.

para elaborá-las e, mais especificamente, para decidir como o Poder Judiciário atuaria para desempenhar sua finalidade primeira, que é a de resolver conflitos, pacificando a sociedade e o próprio Estado. Quando os especialistas comessem a se questionar como o Estado-juiz se manifestaria em cada caso concreto, isto é, como seria o ‘processo’, eles deveriam levar em conta necessariamente os princípios constitucionais do processo civil. Nenhuma norma infraconstitucional poderia se desviar daquele corpo de normas que a Constituição reserva para o ‘dever-ser’ do próprio processo. O processo a ser elaborado não poderia, por exemplo, desprezar o contraditório, a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a publicidade, a economia e a racionalidade de seus atos, e assim por diante”.²³⁰

O princípio é, assim, um mandamento nuclear; o princípio se encontra contemplado, é fora de dúvida, no texto da Constituição Federal. Os princípios hão de orientar o andamento do processo.

Não será possível, nem é necessário, tangenciar todos os princípios do direito, mas é de veras relevante tangenciar o princípio da igualdade, tão caro ao sistema do direito e absolutamente necessário ao processo civil.

É certo que, nessa matéria, o processo há de ser instrumento para efetivação do direito material, mas, mesmo assim, sem se descuidar do necessário respeito ao princípio da igualdade

O mandamento da isonomia denuncia, inicialmente, uma necessidade: de dar às partes, aos litigantes, paridade de condições para debater em juízo, de modo que os sujeitos do processo possam se defender e se manifestar da mesma maneira. É o que nos ensina, novamente, Scarpinella:

“A isonomia ou igualdade deve ser entendida no sentido de que o Estado-juiz (o magistrado, que o representa) deve tratar de forma igualitária dos litigantes. Seja dando-lhe igualdade de condições de manifestação ao longo do processo, seja criando condições para que esta igualdade seja efetivamente exercida. É tradicional descrever o princípio da isonomia com o nome, bastante eloquente do significado da norma, ‘paridade ou igualdade de armas’. Esta forma de tratar do princípio evidencia bastante bem a necessidade de oferecimento de iguais oportunidades aos litigantes ao longo do processo. Não há como conceber, nestas condições, instrumentos processuais não uniformes, não iguais, não equivalentes, para as partes”.²³¹

²³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil São Paulo: Saraiva, 2011. p. 129.

²³¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil São Paulo: Saraiva, 2011. p. 165.

Em matéria processual, por certo, o processo deve garantir que as partes sejam detentoras das mesmas prerrogativas. O que denuncia, sem sombra de dúvidas, respeito ao princípio da igualdade.

O processo deve procurar garantir que as partes, as mais diversas, ainda que em processos distintos, não sejam alvos de entendimentos jurídicos diferentes. Em outras palavras, se David litigar contra o Estado é razoável que David obtenha o mesmo provimento jurisdicional que João – o qual litigou, sobre o mesmo objeto, com o mesmo Estado. Não se pode permitir, em nome do princípio da igualdade, decisões diversas em análises de objetos semelhantes.

O processo coletivo não é diferente; deve respeitar, necessária e indispensavelmente, o princípio da igualdade, evitando, por certo, que tenhamos pronunciamentos diversos acerca de uma mesma matéria.

É que, com efeito, a diversidade de decisões judiciais sobre um mesmo tema criará, nas palavras de Mendes, uma anomalia da função jurisdicional:

“Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. E, sob o prisma do ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia. A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do poder judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia a função jurisdicional deixa de cumprir sua missão de pacificar as relações sociais. As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminarem as disfunções supramencionadas, na medida em que concentram a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias”.²³²

A aplicação do princípio da igualdade, em matéria de processo civil, para além de dar garantia que as partes recebam tratamento isonômico no curso procedimental do debate, contempla também necessidade de evitar que se tenham decisões contraditórias acerca de um mesmo tema.

²³² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª edição. 2014. p. 43.

O Supremo Tribunal Federal apreciou, em 2021, a constitucionalidade do artigo 16 da Lei n.º 7.347/85²³³, o qual fixava limitador dos efeitos da coisa julgada para os limites territoriais do órgão prolator da decisão judicial. O pretório excelso, consoante ementa abaixo, não hesitou em declarar a inconstitucionalidade da lei que fixou a limitação.

“Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 DA LEI 7.347/1985, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.494/1997. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS. 1. A Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção aos interesses difusos e coletivos, não somente constitucionalizando-os, mas também prevendo importantes instrumentos para garantir sua efetividade. 2. O sistema processual coletivo brasileiro, direcionado à pacificação social no tocante a litígios meta individuais, atingiu status constitucional em 1988, quando houve importante fortalecimento na defesa dos interesses difusos e coletivos, decorrente de uma natural necessidade de efetiva proteção a uma nova gama de direitos resultante do reconhecimento dos denominados direitos humanos de terceira geração ou dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade. 3. Necessidade de absoluto respeito e observância aos princípios da igualdade, da eficiência, da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional. 4. Inconstitucionalidade do artigo 16 da LACP, com a redação da Lei 9.494/1997, cuja finalidade foi ostensivamente restringir os efeitos condenatórios de demandas coletivas, limitando o rol dos beneficiários da decisão por meio de um critério territorial de competência, acarretando grave prejuízo ao necessário tratamento isonômico de todos perante a Justiça, bem como à total incidência do Princípio da Eficiência na prestação da atividade jurisdicional. 5. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS DESPROVIDOS, com a fixação da seguinte tese de repercussão geral: “I - É inconstitucional a redação do art. 16 da Lei 7.347/1985, alterada pela Lei 9.494/1997, sendo ripristinada sua redação original. II - Em se tratando de ação civil pública de efeitos nacionais ou regionais, a competência deve observar o art. 93, II, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). III - Ajuizadas múltiplas ações civis públicas de âmbito nacional ou regional e fixada a competência nos termos do item II, firma-se a prevenção do juízo que primeiro conheceu de uma delas, para o julgamento de todas as demandas conexas”. (RE 1101937, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08-04-2021, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-113 DIVULG 11-06-2021 PUBLIC 14-06-2021)”.²³⁴

O Supremo Tribunal Federal declarou, então, a inconstitucionalidade do dispositivo que restringia os efeitos da coisa julgada ao âmbito territorial do órgão

²³³ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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.

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.101.937/SP do pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347432583&ext=.pdf> <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448446/false>. Acesso em 03 de agosto de 2023.

prolador da decisão judicial. Para declarar a inconstitucionalidade, a alegação sustentada tangenciava, em parte, o princípio da igualdade. A prevalecer a possibilidade de a decisão se restringir territorialmente, haveria desrespeito à isonomia, eis que, com efeito, imagine-se uma decisão que proíba o consumo de cigarros – pensando-se na década de 1990 – em ambientes fechados; se ficar limitada ao Município de São Paulo, onde se deu a decisão, haverá evidente ausência de isonomia entre bares de São Paulo e outros nos quais se pode consumir, localizados, por exemplo, no Guarujá.

O pretório não hesitou em demonstrar a insatisfação de julgamentos distintos para pessoas que estejam em situações semelhantes, o que, a prevalecer o texto do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, fatalmente aconteceria. Vide transcrição de parte do julgado a demonstrar a necessidade trazida pelo acórdão em buscar-se o princípio da igualdade e de evitar decisões conflitantes em situações fáticas similares:

“A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, porque o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, como ocorre na presente hipótese. O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, como, infelizmente, ocorreu com a nova redação do artigo 16 da LACP. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, o Poder Judiciário, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social ou mesmo por meros e irrazoáveis critérios territoriais. A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Como justificar que titulares de direitos difusos ou coletivos, somente por serem pertencentes a um grupo determinado ou determinável de pessoas, não possam ser alcançadas pelos efeitos erga omnes de decisão judicial”²³⁵.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.101.937/SP do pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15347432583&ext=.pdf> <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448446/false>. Acesso em 03 de agosto de 2023. p. 39.

O Tribunal enuncia que todos os cidadãos em situações idênticas têm direito a tratamento igual diante da lei, o que, nas palavras de Niklas Luhmann, é a generalização congruente de expectativas normativas.

É fora de dúvida que o Supremo Tribunal Federal defendeu e usou o princípio da igualdade a pretexto de afastar a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada. Os efeitos da coisa julgada não de se orientar pelo objeto debatido em juízo, não pela circunscrição territorial do órgão prolator.

Neste trabalho pretende-se construir um critério para a identificação de ações coletivas, o qual fuja dos parâmetros que se pautam pelos três elementos do processo individual: partes, causa de pedir e pedido.

Quer-se demonstrar que a ação promovida pelo particular, vizinho a um bar, para impedir que o estabelecimento funcione para além das vinte e três horas é idêntica à ação promovida pelo Ministério Público para cassar o alvará do mesmo bar para além do mesmo horário. Ambas ações, porque atingem outras partes que não apenas aquelas constantes do processo, são coletivas. As duas ações, porque os resultados que pretendem produzir – o não funcionamento após as vinte e três horas de um estabelecimento comercial – são iguais, são idênticas – embora não compartilhem dos mesmos elementos.

Este critério de classificar as ações a partir do resultado, não buscando o conceito do Código de Processo Civil para ações individuais, privilegia, pois, o princípio da igualdade; é que, com efeito, pautar-se pelo critério do resultado evitará decisões contraditórias.

No exemplo proposto, em que duas ações distintas objetivam o mesmo fim – o não funcionamento de determinado bar após as vinte e três horas – a não utilização do critério do resultado para a sua classificação poderá levar a decisões conflitantes. O Ministério Público poderá não obter êxito em seu propósito, enquanto que o vizinho poderá lograr sucesso e conseguir alcançar seu objetivo. Serão duas decisões absolutamente diversas, ocasionando insegurança jurídica, notadamente para o estabelecimento comercial.

Em uma das ações intervêm o Ministério Público e o bar, na outra, as partes são o vizinho e o mesmo bar; ambas têm como causa de pedir a perturbação do sossego público; o Ministério Público pede que o Município não conceda alvará para funcionamento após

as vinte três horas e o vizinho pede que o bar seja impedido de funcionar depois deste mesmo horário. É evidente que estas duas ações podem produzir os mesmos resultados, sendo, assim, idênticas, embora sejam diversos seus elementos de ação – partes, causa de pedir e pedido.

Permitir que as ações sejam classificadas por critérios diversos daqueles que se orientam pelo resultado é permitir, obliquamente, que partes experimentem decisões distintas, mesmo diante de situação idêntica, o que contrariará, pois, o tão necessário e indispensável princípio da igualdade.

A possibilidade de que ações que objetivam os mesmos resultados, mas que são formalmente distintas, transitem pelo poder judiciário permite que uma mesma parte receba manifestações distintas deste mesmo poder.

Haverá desrespeito ao princípio da igualdade, uma vez que os que demandarem individualmente serão se submeterão às garantias próprias da segurança jurídica, coisa julgada ou litispendência; já aquele que demandar em processo coletivo não estará albergado por estes fenômenos, criando ambiente de desigualdade dentro do sistema do direito.

O critério classificatório de ações judiciais, atualmente previsto no Código de Processo Civil, é regra consolidada em nível de legislação infraconstitucional; não por outra razão, o Supremo não tem posição consolidada sobre uma efetiva classificação de ação coletiva.

É indubitoso, de outro lado, porque coisa julgada é elemento previsto na Constituição, que não raro o pretório é provocado a tratar deste tema. Contemporaneamente, foi provocado a apreciar a inconstitucionalidade do dispositivo que, alterando redação original²³⁶ do artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, modificou-o para limitar os efeitos da coisa julgada à circunscrição territorial do órgão prolator.²³⁷

²³⁶ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²³⁷ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, 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. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997).

Em sua análise, o Supremo Tribunal Federal trabalhou com alguns conceitos jurídicos que devem se pulverizar para todo o sistema, isto é, a pretexto de declarar inconstitucional o dispositivo que limita os efeitos de coisa julgada ao espaço territorial do órgão prolator da decisão (assim, se o juiz proibir que seja consumido tabaco em avião, a proibição não ficaria limitada à comarca do órgão julgador), o Supremo Tribunal Federal sustentou que as decisões judiciais hão de procurar a igualdade, a paridade, a equidade, de modo a evitar decisões conflitantes, destoantes, desequilibradas, desarrazoadas.

O Supremo Tribunal Federal, assim, no julgado do recurso extraordinário n.º 1.101.937, sustenta que o objetivo da ação coletiva é evitar a molecularização de demandas repetidas, afastar possibilidade de, por isso mesmo e o que seria indesejável, gerar conflitos de coisas julgadas, razão pela qual declarou inconstitucional dispositivo que tinha por desejo limitar os efeitos da coisa julgada aos limites da circunscrição territorial do órgão prolator da decisão:

“A interpretação literal e isolada do dispositivo pode induzir conflitos de entendimento, visto que a limitação territorial dos efeitos da decisão acaba estimulando o ajuizamento de diversas ações sobre o mesmo tema. Seria uma indesejável pulverização de demandas que bem poderiam ser julgadas de forma uniforme e célere por meio da ação civil pública. Aliás, a interpretação desejada pelos recorrentes caminha contra o princípio da isonomia de forma direta. O princípio da igualdade perante a lei (art. 5º, caput, CF) impõe que tal garantia seja igualitária não apenas em sua formulação abstrata, mas que seja unívoca, coesa e consistente em sua interpretação, o que deve ser observado também no julgamento dos processos coletivos. E esta Suprema Corte deve zelar por este princípio máximo do Direito, que é a igualdade, a isonomia. Deve protegê-la no seu sentido formal, mas também no material. Para duas situações exatamente análogas, a se permitir a aplicação isolada do dispositivo legal, poderemos ter não só uma, mas duas, três, quiçá as vinte e sete ou talvez até mais ações civis públicas (como bem sustentado pelo Dr. Sarrubo), com idêntica causa de pedir e pedidos. Cada uma delas poderá ser julgada de forma distinta. E os direitos nelas tutelados, conquanto sejam idênticos, ora serão protegidos, ora violados. Isso levaria, para além de uma pulverização indesejável de ações, a outro grave problema: haveria diferentes coisas julgadas sobre o mesmo objeto litigioso”.²³⁸

²³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.101.937/SP do pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448446/false> Acesso em 03 de agosto de 2023.

O propósito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso em referência, não era analisar a rigor o conceito de ação coletiva tampouco apreciar, entre duas delas, quais são os critérios de efetiva identificação entre duas demandas coletivas.

Não se pode ignorar, todavia, o norte, a orientação oferecida pelo pretório excelso. A análise dos critérios de demandas coletivas deve tangenciar, assim, o afastamento do indesejável conflito entre coisas julgadas, a igualdade e, também, a molecularização de demandas coletivas.

A necessidade de afastar eventuais conflitos de coisa julgada deve contemplar classificação de ação coletiva jamais a partir do tripé do processo individual, mas, a rigor, levando em conta inclusive a necessidade de garantir expectativas normativas em detrimento de incertezas, a ação coletiva deve se pautar em razão dos resultados que os conteúdos das sentenças podem produzir.

O mesmo se indica acerca da necessidade de refutar a atomização de demandas coletivas; afastar a indeterminação do número de ações coletivas só será viável se, de outro ponto, a identificação de ações coletivas se der a partir de critérios próprios de processo coletivo em interpretação fundamentalmente constitucional, evitando-se a classificação própria do processo individual.

Destarte, em suma, os critérios adotados para classificação de ações coletivas, seja taxativamente no Superior Tribunal de Justiça, seja reflexamente no Supremo Tribunal Federal, afastam os critérios do processo individual – partes, causa de pedir e pedido. Procuram, pois, embora não classificando exatamente como se faz neste trabalho, evitar repetições de ações coletivas e conflitos práticos de sentenças que veiculem os mesmos conteúdos. Tudo em nome da necessária, indispensável e inacabada busca pelo princípio da igualdade.

5.4 – Critérios para Aferir o Resultado da Ação Coletiva

O estudo sustenta que a ação coletiva é assim considerada, de modo objetivo, a partir das partes que pode atingir; se ultrapassar as partes do processo, é ação coletiva; se adstrita às partes do processo, é ação individual. A despeito de seu nome ou de quem a propõe.

O presente trabalho, nada obstante, traz um critério de classificação específico para as ações coletivas, de modo a parametrizá-las, identificá-las entre si. Trata-se do critério de resultado.

É indispensável considerar, todavia, uma métrica, uma mecânica, para estabelecer-se o que é resultado. Aliás, novamente, lembra-se de Lourival Vilanova para o qual é necessário entender sistema “quando elementos se relacionam sob uma referência comum”.²³⁹ Isto é, no critério que classifica ação a partir do resultado é necessário fixar o que, em termos de resultado, é comum – no sentido de ser igual a outro resultado.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que este trabalho tangencia um conceito de sistema construído por Niklas Luhmann. Para ele, sistema depende de código, o que, no direito, seria lícito ou não lícito, jurídico ou não jurídico.

A partir desta premissa, é necessário fixar um critério do que é o resultado pretendido em uma demanda para que outra demanda seja identificada a partir do mesmo resultado. Isto é, dito de outro modo, é preciso identificar efetivamente qual o resultado pretendido em uma ação para, a partir deste critério, uma ação possa ser declarada idêntica a outra.

Reafirma-se que toda ação, ajuizada por particular, ou por algum legitimado, pode ser coletiva, bastando para isso que atinja outras partes para além do processo. Evidentemente, tal fato precisa ser certificado no processo. O juiz deve fazê-lo, identificando a ação como coletiva – aquela que atinge outras partes que não apenas as do processo, ainda que ajuizada por particular – no despacho saneador a ser dado logo no início do debate processual, consoante reclama o código de processo civil sobre a possibilidade deste despacho.

O despacho saneador é uma espécie de providência a esclarecer – depois de ultrapassados eventuais obstáculos processuais sobre vícios – os pontos controvertidos existentes no processo.

O despacho saneador resolverá as questões processuais pendentes, delimita questões de fato, define ônus da prova, delimita questões de direito e designa, se

²³⁹ VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas do Direito Positivo*, São Paulo: Noeses, 2005. p. 173.

necessário, audiência de instrução; é o que professa o artigo 357 do Código de Processo Civil:

“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;
II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373 ;
IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;
V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento”.

O juiz, então, no despacho saneador, poderá delimitar todas as questões de direito e de fato, fixando, evidentemente, qual resultado a demanda – em termos fático-jurídicos – poderá produzir. É o despacho saneador que esclarecerá qual o resultado a ser alcançado nessa demanda.

É possível, ainda, no despacho saneador, que o juiz designe audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, consoante prescreve o artigo 357, § 3º, do Código de Processo Civil:

“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

Assim, havendo alguma dificuldade de delimitação do objeto, será lícito ao julgador designar audiência para, em conjunto com as partes, sanear o feito. O que, evidentemente, delimitará o resultado a ser alcançado, e, por via de consequência, a identidade dessa ação – para ser comparada com outra.

É o despacho saneador que irá identificar se a ação é coletiva. Não se olvida que, consoante artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰, todas as ações serão legítimas a tutelarem os direitos previstos neste diploma: os difusos (sujeitos indeterminados, objeto indivisível e ligados por circunstâncias fáticas – direito de respirar o ar puro, por exemplo); coletivos (sujeitos determinados, ligados por relação jurídica base, objeto indivisível – direito dos acionistas de anular assembleia da Petrobras, por

²⁴⁰ 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.

hipótese); e individuais homogêneos (aqueles de origem comum, que continuam a ser individuais, mas que podem ser tutelados coletivamente – cobrança equivocada de todos os consumidores na conta de luz).

Não se ignora, igualmente, consoante texto constitucional, que a lei não poderá excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito, de modo que, também por isso, qualquer ação, distribuída por quem quer que seja, pode ser coletiva .

Assim, o despacho saneador irá aferir tudo isso de modo a identificar a ação como uma demanda de natureza coletiva. É certo, abrindo um parêntesis, que a ação será identificada, de início, como coletiva – em detrimento da individual.

É igualmente correto que, a rigor, uma ação proposta por um particular pode também ser coletiva, desde que, fora de dúvida, o seu resultado possa atingir outras partes que não aquelas do processo. O vizinho que ajuíza ação contra uma igreja, para impedir seu funcionamento, está a ajuizar uma ação coletiva. O que, é evidente, será determinado no despacho saneador.

É possível também, embora o direito individual não esteja prejudicado – o que garantirá a qualquer vizinho pedir indenização a título individual em desfavor do bar, a despeito de não se permitir nova ação para fechar o estabelecimento (ação coletiva) – que o juiz publique edital de modo a autorizar, por se tratar de ação coletiva, que outras figuras possam aderir ao processo. É o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”.

Assim, é certo, uma vez certificado se tratar de ação coletiva, quem quer que seja o proponente, é possível publicar edital para legitimar a participação de outras partes interessadas para intervirem nos autos. A ação proposta individualmente, mas que é coletiva, será assim certificada em despacho saneador; e, de outra via, ao juiz é legítimo publicar edital para permitir que outros interessados atuem na discussão processual.

Não é necessário identificar apenas se a ação é coletiva ou individual, mas, para além disso, é necessário também identificar quais ações, entre as coletivas, serão idênticas entre si.

A ação coletiva será idêntica a outra a partir do seu resultado, o que é lícito defender a partir de algumas premissas constitucionais – especialmente a da segurança jurídica. É lícito defender esse critério também, ademais, a partir da função necessária a um sistema – generalizar congruentemente expectativas normativas.

Não se ignora, novamente, que o Código de Defesa do Consumidor, um dos pilares do microssistema do processo coletivo, positivou três categorias de direitos coletivos: difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Identificar o que pode ser o resultado de uma ação coletiva, de modo a assemelha-la a outra, deve escorar-se nessa premissa: verificação de qual é o tipo de direito objeto dessa ação – difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Esta identificação, do que é uma ação coletiva, e de sua identificação, parametrização, com outra ação igualmente coletiva, sem qualquer dúvida, deve ser feita pelo magistrado no despacho saneador, consoante prescreve o Código de Processo Civil. Este despacho determinará qual será o resultado da ação, de modo a identificá-la.

Ao juiz, então, dada a distribuição de uma ação, é necessário em despacho saneador, fixar se: i) se a ação é coletiva – a despeito de nome ou de quem a ajuíza ; e, ii) quais são os direitos tutelados neste processo – e quais são os seus possíveis resultados – de modo a identificar se, entre as ações coletivas, há identidade integral.

É o despacho saneador, pois, o momento no qual irá se identificar se é ação coletiva e qual direito é por ela tutelado, o que, é certo, vai parametrizar, desde logo, o resultado que pode ser alcançado. Este resultado, uma vez identificado, é o que irá orientar sobre qual ação coletiva estamos nos referindo.

Essa classificação, feita em despacho saneador, é evidente, sendo uma decisão, pode ser atacada por uma das partes – em recurso, via agravo – acaso uma delas não se sinta confortável com o balizamento do tipo de ação que se pretende como coletiva.

É o despacho saneador, todavia, que determinará qual ação será coletiva.

5.5 – Consequências da Classificação da Ação Coletiva

A mesma classificação do despacho saneador, identificando a ação coletiva, trará algumas consequências especialmente atinentes à litispendência e à coisa julgada.

É que, a partir dessa classificação, haverá a efetiva identidade do que é a ação coletiva (se é ação coletiva, e seu possível resultado) parametrizando, neste particular, qual tipo de ação e sempre a partir do seu resultado; e assim sendo, verificando-se que é igual a outra, a ação será atingida pelos fenômenos da litispendência ou da coisa julgada.

O despacho saneador deverá identificar, a rigor, qual é o resultado a ser alcançado com aquela ação coletiva, orientando todas as consequências.

A importância de se definir critérios e paradigmas são as consequências às quais se chega a partir destes mesmos elementos.

À guisa de exemplo, se em uma sala de aula optarmos por fixar o critério do sexo para a divisão dos alunos, teremos, evidentemente, duas turmas: uma masculina e uma feminina. Caso o critério definido seja a cor da roupa, é igualmente certo que haverá os mais variados grupos – os de roupa branca, roupa preta, roupa azul e roupa amarela, etc.

O critério de classificação a partir do resultado da ação gerará também as mais variadas – e diferentes, é claro, se comparadas com outros critérios – consequências. Haverá, evidentemente, uma diminuição do número de ações coletivas.

Por hipótese, imagine-se o evento de um rodeio e a adoção deste critério de classificação em função do resultado da ação. O Ministério Público ajuíza ação para proibir a sua realização; a Associação de bairro promove ação para vedar a realização do evento; um cidadão ajuíza ação popular para que o Município casse o alvará de funcionamento do mesmo evento. Todas as ações produzirão os mesmos resultados, de modo que todas essas ações serão coletivas.

É certo que, para o mesmo caso, se fosse adotado o critério do processo individual, partes, causa de pedir e pedido, como elementos aptos a identificar uma ação, os três exemplos acima constituiriam ações diferentes, não resultando em litispendência ou em coisa julgada; mas, a rigor, pelo critério do resultado, as ações serão iguais.

Em um outro exemplo, imagine-se que o MC Donald's ajuíze ação contra o Burger King por propaganda enganosa, por usar as cores amarela e vermelha na divulgação de um sanduíche, objetivando retirar a propaganda da televisão; essa ação será idêntica a eventual ação promovida pelo Ministério Público, em desfavor do mesmo Burger King e que igualmente pretenda retirar a propaganda do ar. O resultado é o mesmo, o que deve ser aferido em despacho saneador, o que, em ambos os processos, deverá permitir a participação de demais interessados.

A despeito das variadas consequências, especialmente de não permitir proposituras de ações coletivas iguais, ainda que com partes, causas de pedir e pedido distintos, o critério de se identificar a partir do resultado não prejudicará eventuais direitos individuais. É o que professa o artigo 103, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

O Código de Defesa do Consumidor, assim, procurou trabalhar de modo a diferenciar os direitos individuais dos coletivos, garantindo-se, em caso de coisa julgada de ação coletiva, a manutenção do direito do particular.

Em outras palavras, imagine-se que o vizinho de dada igreja venha ajuizar ação para impedir o seu funcionamento para além do horário fixado no alvará; a ação é julgada improcedente. É ação coletiva, de modo que outro vizinho não poderá ajuizar ação, objetivando o mesmo resultado; mas é igualmente certo que este vizinho, se sofre danos individuais pela manutenção do funcionamento da igreja, problemas de perturbação, dificuldade para o sono, poderá ajuizar para requerer indenização a ser paga pela entidade religiosa

Neste sentido, então, em que pese que o critério de identificação de ação coletiva seja o resultado, o que faz com que ações mesmo aparentemente diversas – em função de

partes ou causa de pedir – sejam diferentes, é igualmente correto afirmar que os direitos individuais estarão preservados.

Destarte, classificar a ação coletiva a partir do resultado traz, a rigor, consequências variadas: i) a ação, mesmo proposta por particular, mas que pode atingir outras partes além daquelas que estão no processo, é coletiva; ii) ações coletivas serão identificadas entre si a despeito de partes, causa de pedir e pedido; mas, iii) lembra-se sempre que o direito individual de requerer indenização está preservado.

5.6 – Há uma Função Efetiva no Sistema Processual Coletivo

O processo coletivo, sabe-se, tem como maior objetivo evitar repetição de demandas. O sistema do direito tem, de outro lado, consoante teoria de Niklas Luhmann, função de estabilizar relações sociais (“generalização congruente de expectativas normativas”) e é contemplado por um código, o binômio lícito ou não-lícito, que o diferencia do ambiente, do entorno.

A ação coletiva é, de outro lado, aquela cujo resultado atinge outras partes que não apenas aquelas constantes do processo, e cuja identificação, entre elas, ao largo de se orientar pelo critério do processo individual, parte do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

Desafio que se impõe na análise do processo coletivo em um conjunto de regras como o nosso é verificar se o critério de classificação atende à função do direito de estabilizar as relações sociais.

A função do sistema do direito, assim, longe de criar incertezas, é gerar e garantir expectativas. As incertezas hão de se transformar em expectativas. É o que, repisando passagem anterior, esboça Luhmann.

“A modalização diz respeito diretamente ao problema da certeza e da incerteza, a saber, à questão sobre como alguém pode se comportar no caso de uma desilusão. Não são de modo algum todas as expectativas que contêm uma regulamentação antecipada do caso da desilusão. A maioria das expectativas cotidianas são suficientemente correntes e seguras, de tal modo que não se precisa ter nenhum pensamento ulterior. No entanto, se a evolução sociocultural cria ocasiões para colocar a expectativa em meio a uma incerteza esperável, então isso tem uma reação sobre as próprias expectativas. Elas não

podem ser pura e simplesmente deixadas no incerto. Não se pode responder à presença de mais incerteza no sistema simplesmente por meio de mais incerteza que a expectativa. Ao contrário, é necessária uma dotação adicional de forma, que diga respeito ao modo da expectativa. (...). Assim, em procedimentos técnicos e, antes de tudo, em votações sociais, já se pode criar atualmente uma certeza para o fato de que, no caso da desilusão, não nos encontramos aí desesperados, nem somos expostos tampouco como pessoas que não conheciam o mundo e que tinham alimentado pura e simplesmente expectativas falsas”.²⁴¹

O sistema serve para garantir expectativas e diminuir incertezas, criar ambiente – não no sentido técnico – de segurança e tranquilidade.

Algumas premissas são fundamentais: i) o sistema do direito se diferencia do seu entorno a partir de um código, lícito ou ilícito; ii) o mesmo sistema do direito tem a função de garantir a realização de expectativas normativas; iii) a ação coletiva é aquela que atinge partes para além daquelas previstas no processo; e, iv) a identificação de ação coletiva depende do resultado que o conteúdo pode produzir.

Busca-se analisar se, à luz do que se tem hoje em termos de conjunto de regras jurídicas, dos códigos de licitude previstos no arcabouço legal, o sistema do direito – especialmente naquilo que envolve o processo coletivo – atende efetivamente sua função.

É especialmente importante aferir isto (da função do sistema do direito) porque, é certo, está-se diante de um sistema e, neste particular, não há outra alternativa a ele senão cumprir sua função de estabilizar as relações sociais.

Para isso, veja-se, precisa-se fazer uma análise holística do microssistema do processo coletivo.

Imagine-se, novamente, que José, vizinho à igreja, e descontente com os horários de funcionamento da entidade religiosa, resolva ajuizar ação para proibir seu funcionamento após as vinte e três horas. As partes são José e a Igreja. A causa de pedir é a perturbação do sossego público. O pedido é impedir o funcionamento da igreja após as onze horas da noite. A ação é julgada improcedente; a igreja vence a causa.

O Ministério Público resolve, de outra mão, ajuizar ação similar para pedir que seja proibido o funcionamento da mesma igreja em função de perturbação do sossego da comunidade. As partes são o Ministério Público e a Igreja. A causa de pedir é a

²⁴¹ LUHMANN, Niklas. *op.cit.*, 2016b. p. 364.

perturbação do sossego público. O pedido é obstruir a atividade da igreja após as vinte e três horas. A ação é julgada procedente; a igreja perde a demanda.

É certo que são ações que tratam do mesmo objeto, o funcionamento da igreja, ajuizadas por pessoas diferentes. É igualmente indubitável, a rigor, a despeito de quem as ajuizou, mas porque são ações que ultrapassarão o grau de individualidade dos demandantes, que se trata de ações coletivas.

Problema surge na análise dos fenômenos processuais da litispendência e da coisa julgada ou, em outras palavras, para afirmar-se se as ações são – ainda que ajuizadas por um particular e pelo Ministério Público – idênticas entre si.

Para o critério do processo individual, de identificação a partir do tripé partes, causa de pedir e pedido, as duas ações não serão idênticas, mas, seja pelo critério do objeto (adotado por Aluísio Gonçalves Mendes), seja pelo critério que se tenta adotar por aqui – de classificar as ações a partir do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir – as ações serão, sim, idênticas.

Traz-se outro exemplo dentro do qual não há apenas diferença de partes, mas também de pedidos, mas cujos resultados serão igualmente os mesmos. Pense-se numa prova de rodeio realizada na cidade de Sertãozinho, Estado de São Paulo.

A associação de proteção aos animais resolve ajuizar uma ação civil pública em desfavor de empresa que promove provas de rodeio para proibir a realização de evento dessa natureza no ano de 2023. A causa de pedir são os supostos maus tratos aos animais. O pedido é proibir a prova de rodeio no ano de 2023. A ação é julgada improcedente.

O Ministério Público, ante a decisão, resolve tomar outro caminho. Ajuíza ação em desfavor do Município de Sertãozinho para requerer ao judiciário provimento jurisdicional para que não se conceda alvará de funcionamento ao rodeio, sob o pretexto de haver efetivamente maus tratos aos animais. As partes são o Ministério Público e o Município de Sertãozinho. A causa de pedir são os maus tratos aos animais. O pedido é proibir a concessão de alvará para rodeio em Sertãozinho. A ação é julgada procedente; o Município não pode conceder alvará para a realização do rodeio.

Perceba-se que, a rigor, são partes diferentes, pedidos distintos, havendo identidade apenas na causa de pedir, de modo que, bem por isso, é certo, numa primeira

análise, que as ações são diversas. Mas, note-se, o resultado que o conteúdo da sentença pode alcançar é exatamente o mesmo, sendo, a rigor, duas ações absolutamente idênticas.

Exemplo que também leva à reflexão é aquele, já enunciado neste trabalho, envolvendo demanda sobre propaganda enganosa. Imagine-se que o “Burger King”, lanchonete de “fast food”, está a fazer propaganda de um lanche chamado, é uma ficção, “Big Burger Mac”; o “MC Donald’s” ajuíza ação para retirar essa propaganda da mídia, dado que seria propaganda enganosa por se tratar de lanche cuja titularidade é do segundo. Neste caso, a causa de pedir é a lesão ao “MC Donald’s”, e o pedido é a retirada da propaganda do ar. Imagine-se um pedido julgado, neste caso, procedente.

Imagine-se, de outro lado, que o Ministério Público, percebendo que há propaganda enganosa ao consumidor, realizada pelo “Burger King”, induzindo se tratar de produto próprio do “MC Donald’s”, resolve também ajuizar uma ação para retirar da mídia a tal propaganda enganosa. As partes são o Ministério Público e “Burger King”. A ação tem como causa de pedir a lesão ao consumidor – não ao “MC Donald’s” – e o pedido é para retirar propaganda do ar. A ação é julgada improcedente.

Perceba-se que, embora com partes distintas, causas de pedir diferentes (lesão ao “MC Donald’s” e propaganda enganosa ao consumidor, respectivamente) os resultados a serem alcançados com ambas as ações são os mesmos. As ações são idênticas.

Há caminhos procedimentais razoáveis – com o despacho saneador, com edital de intimação de interessados, com citação de Ministério Público ou de partes envolvidas, para permitir que todos, querendo, participem da discussão processual. Este, todavia, não é o ponto a ser estudado.

O que interessa ao presente trabalho é a função do sistema de criar e generalizar expectativas normativas.

É possível classificar as ações coletivas, dado que não há regulação própria, a partir das premissas hospedadas no sistema, sendo lícito fazê-lo, portanto, do que se vê em relação aos processos individuais. Assim, é possível classificar as ações coletivas a partir do tripé partes, causa de pedir e pedido – como se faz no processo individual. É indubitável, todavia, que este critério permitirá variação, multiplicação, de ações iguais, mas com partes diferentes. Isto é, dentre os exemplos citados, duas ações ajuizadas – uma

pelo Ministério Público e outra por um particular, ambas para proibir o funcionamento da igreja – serão diferentes porque ambas foram distribuídas por pessoas diversas.

Utilizando-se o critério do processo individual, ainda, é possível dizer que a ação promovida pela associação em desfavor da empresa de rodeio para proibir a realização de provas com animais não será idêntica à ação promovida pelo Ministério Público para proibir que o Município conceda alvará para a realização do mesmo evento. É que, com efeito, as ações serão distintas porque, além de partes diferentes, os pedidos também não são iguais.

É possível adotar ainda um critério para identificar ações coletivas a partir do seu objeto, mas, mesmo assim, é certo, em alguns casos, pode-se ter decisões conflitantes envolvendo um mesmo contexto. Referimo-nos ao exemplo envolvendo uso de marca alheia: o caso em que o “Burger King” anuncia produto sugerindo a marca do “MC Donald’s”. O segundo, ao ajuizar ação contra o primeiro, pretende reparação de danos – sendo este o objeto. O Ministério Público pode ajuizar ação contra o “Burger King” para, não em nome da outra lanchonete, mas em nome de uma regra de direito difuso, requerer retirada da propaganda – o objeto, aqui, a rigor, é propaganda enganosa, diferente da primeira demanda.

Todos estes exemplos, porém, tratam de ações cujos resultados serão os mesmos, gerando as mesmas consequências.

Volta-se à função de qualquer sistema de direito: generalizar expectativas normativas.

Permitir-se, pois, que ações não sejam classificadas como coletivas em função, primeiro, de atingirem outras partes – ignorando-se nome ou autor – resultará na possibilidade de diversas ações, com os mesmos objetivos, tramitarem no poder judiciário – dado que o critério de classificação de ação coletiva passaria por quem a ajuizou ou, então, de outro lado, pelo seu nome.

Quer-se apenas registrar que a ação coletiva será aquela que ultrapassar, qualquer que seja o nome, qualquer que seja o autor, a individualidade das partes. Adotar conceito diverso é permitir que sejam classificadas como diferentes as ações ajuizadas por Ministério Público e por particular, mesmo que ambas objetivem fechar uma igreja vizinha à propriedade do sujeito. O que, em vez de generalizar expectativas, resultará em

incertezas – especialmente para o réu, para igreja – não cumprindo a função do sistema do direito.

Estabelecido isso, é igualmente certo que, de outra via, superada a diferença entre ações individuais e ações coletivas, as ações coletivas precisam de um critério de identificação entre si.

Uma ação coletiva se identifica com outra não a partir do tripé do processo individual, partes, causa de pedir e pedido; permitir e legitimar apenas este critério, é indubitoso, levará, repisa-se, a um número indeterminado e indiscriminado de ações coletivas – sendo difícil identificá-las. O critério de classificação deve observar o resultado que o conteúdo da sentença pode gerar.

Adotar critério diverso, embora dentro da licitude, código necessário ao sistema jurídico, deslegitimará a função do ordenamento – aquela de generalizar expectativas normativas.

Permitir classificar ação coletiva a partir de critério diverso – do processo individual ou do objeto – é legitimar que duas ações iguais – ambas pretendendo proibir realização de prova de rodeio, por exemplo – sejam consideradas ações diferentes. É permitir, assim, que o sistema não gere expectativas normativas ao realizador do evento, dado que ele poderá ser demandando, se o critério não for o resultado do conteúdo, de formas variadas – por uma associação ou pelo Ministério Público – com objetivos idênticos.

Quer-se, assim, demonstrar que a adoção de outro critério – que não aquele do resultado – inibe e descaracteriza a classificação da função de sistema, dado que a função de estabilização de expectativas normativas não será atingida.

5.7 – Projetos Legislativos Acerca de Processo Coletivo

Sustentou-se, ao longo deste trabalho, que a ação será coletiva a partir do seu resultado, isto é, em outras palavras e em um primeiro momento, diferencia-se ação coletiva da individual a partir dos atingidos – se ficar restrita a apenas às partes do processo, é ação individual; se atingir outros, que fora do processo, é ação coletiva. Este

é o critério de aferição do que é ação coletiva, afastando-se do arcabouço classificatório; para se identificar uma ação coletiva, os legitimados ou nome da ação pouco revelam.

Assim, a ação será coletiva, mesmo que ajuizada por um particular, se, a rigor, seus resultados venham a atingir outras pessoas que não apenas aquelas lotadas no processo. A ação será coletiva ainda que não carregue o nome de ação popular ou de ação civil pública – o critério de distinção é o que a demanda pode atingir.

Para se chegar a estes resultados, partiu-se do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor²⁴² adjudicado ao indispensável artigo 5º, XXXV, do texto constitucional.²⁴³

Em um segundo instante, procurou-se identificar as ações coletivas entre elas, de modo a se verificar quando duas ou mais ações serão idênticas. Procurou-se defender que, para conclusão de coisa julgada ou litispendência, não se pode adotar o critério de identificação fixado para o processo individual – a partir de partes, causa de pedir e pedido.

Sustentou-se, ademais, que a ação coletiva será identificada com outra ação coletiva a partir do resultado que pode produzir – a despeito de nome da ação, de quem a propôs, partes, causa de pedir ou pedido. O que se fez, especialmente, a partir da necessidade de estabelecer segurança ao sistema, calcando-se, especialmente, no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.²⁴⁴

É indubitoso que, também, o sistema do direito precisa garantir a função de generalizar congruentemente – entre todos da comunidade – as expectativas normativas – premissa teórica de Niklas Luhmann. O sistema do direito não pode gerar incertezas, mas garantir expectativas.

Bem por isso, então, a ação ajuizada por João para inibir o funcionamento do bar que lhe é vizinho após as vinte e duas horas, pois o estabelecimento não cumpre o seu

²⁴² 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.

²⁴³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁴⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

alvará, será uma ação coletiva – eis que seu resultado atinge outras partes que não apenas aquelas localizadas dentro do processo.

A ação ajuizada pela associação de bairro em desfavor do mesmo bar, vizinho a João, para impedir seu funcionamento para além do horário permitido, também será uma ação coletiva, eis que seu resultado, igualmente, atingirá outras partes para além daquelas previstas no processo.

É possível ainda o ajuizamento de ação, por parte do Ministério Público, em desfavor do Município, para que este venha a cassar o alvará deste estabelecimento para funcionamento após o horário das vinte e duas horas. Essa ação também é coletiva porque, evidentemente, atinge outras partes além das lotadas no processo.

As três ações serão iguais – o que se sustenta a partir das premissas segundo as quais deve-se garantir a segurança de expectativas normativas, no primado da segurança jurídica lotado na Constituição Federal (art. 5º, XXXVI) e no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

Nada obstante, lembra-se que o Código de Processo Civil, lei voltada especialmente para os processos individuais, criou critério para identificar as ações a partir do primado destes processos: partes, causa de pedir e pedido.

Não há, no Código de Processo Civil, tampouco no sistema do processo coletivo, critério para identificar as ações coletivas. Seria desejável, embora não exista, uma lei especificamente voltada para o processo coletivo.

Existem os mais variados projetos legislativos para definir uma codificação de processo coletivo, os quais, todavia, não acolhem os conceitos aqui entabulados, isto é, de diferenciar ação coletiva da ação individual, a despeito do nome e de quem a ajuíza, a partir do seu resultado: se ultrapassar as partes do processo, seja ajuizada por um particular ou por um legitimado, qualquer que seja o nome a ela dado, de acordo com a conclusão deste trabalho, é ação coletiva.

Este trabalho procura identificar também as ações coletivas entre si – as conclusões fixadas neste estudo identificam as ações coletivas a partir do seu resultado, de modo que, quando o resultado for o mesmo, ainda que haja nomes, partes ou causas de pedir distintas, as ações serão idênticas.

Os resultados sugeridos neste trabalho, porém, não encontram eco ou ressonância nos projetos legislativos de textos regulamentadores de processo coletivo.

O projeto de desenho legislativo n.º 5.139/09²⁴⁵, por exemplo, trabalha a ação coletiva a partir de legitimados específicos para propositura da demanda. É certo que o projeto, já rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça, aumentou o rol dos atuais legitimados, mas, ainda assim, manteve o critério de legitimidade extraordinária, de modo a autorizar o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, a Ordem dos Advogados do Brasil, entidades sindicais, partidos políticos e associações civis a ajuizarem demandas coletivas. É o que prescreve o artigo 6º do projeto n.º 5.139/09:

“Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros”.

Perceba-se, assim, que o projeto não cuidou de diferenciar ação coletiva da ação individual a partir das partes que irão atingir, mas, novamente, afirma que as ações coletivas serão aquelas que forem ajuizadas por entes legitimados; o projeto, se transformado em código, não alçaria as ações promovidas por particulares, ainda que possam atingir terceiros, à condição de ações coletivas.

Além de não fixar que as ações serão coletivas a depender de quem possam atingir, conceituando como ação coletiva mesmo aquela ajuizada por um particular, por um único

²⁴⁵ BRASIL. Projeto de Lei n.º 5.139/09. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL%205139/2009>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

indivíduo, o mesmo projeto não cuidou de fixar os critérios para distingui-las – as ações coletivas – umas das outras.

O projeto n.º 5.139/09 sustenta ainda que a ação coletiva induzirá litispendência se houver mesmo pedido, mesma causa de pedir e também os mesmos interessados. É o que enuncia o seu artigo 5º:

“Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver”.

Assim, em que pese uma ação coletiva ser igual a outra em função de apresentar os mesmos interessados, em razão do resultado que pode produzir, o critério ainda não nos parece adequado uma vez que continua a proclamar que para que uma ação coletiva seja igual a outra serão necessários também o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Este critério, hospedado no projeto de Código de Processo Civil Coletivo de 2009, não evitará a indesejável possibilidade de o Ministério Público ajuizar a um só tempo ação contra o Município para a não concessão de alvará para a realização de festa de rodeio, e, de outro lado, ação contra a empresa de rodeio para a não realização da festa. São pedidos diferentes que têm, a rigor, causas de pedir iguais, partes diferentes, mas que objetivam resultados absolutamente idênticos.

O § 1º do artigo 5º do referido projeto n.º 5.139/09, todavia, trazia uma possibilidade relevante: na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, para aferir a identidade das ações, ao julgador caberia considerar preponderantemente o bem jurídico a ser protegido: “§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido”.

Dessa forma, como o julgador haveria de analisar a identidade da ação a partir preponderantemente do bem jurídico a ser protegido seria possível, sem sombra de dúvidas, identificar as ações a partir do seu resultado – do bem jurídico a ser tutelado. O que dependeria, por certo, de aferição do juiz.

Este projeto de 2009, todavia, não foi aprovado em nível legislativo. Constitui-se apenas em um projeto.

É fora de dúvida que, consoante aquilo que se analisou neste trabalho, o sistema do direito faz acoplamentos com o sistema político, buscando, para dentro de si, institutos

que estão no ambiente. Este acoplamento ocorre no processo legislativo e se faz através de projetos que, uma vez aprovados, se transformam em lei.

Para além do projeto não aprovado de 2009, há também o de n.º 4.441/2020²⁴⁶, atualmente em trâmite nas casas legislativas brasileiras. A propositura, semelhante à de 2009, não diferencia a ação coletiva da ação individual a partir do resultado; novamente, este projeto elenca legitimados para a propositura de ação civil pública, inovando com a inclusão das comunidades indígenas:

“Art. 6. São legitimados para a propositura da ação civil pública:
 I – o Ministério Público;
 II – a Defensoria Pública;
 III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
 IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei;
 V – as associações civis que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos protegidos por esta lei, sendo indispensável a prévia autorização estatutária ou assemblear;
 VI – as comunidades indígenas ou quilombolas, para a defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos”.

O projeto em referência, de 2020, mantém a dinâmica atual de definir ação coletiva a partir de quem a propõe e não de conceituá-las a partir dos atingidos por seus resultados, ainda que hajam sido demandadas por um particular.

Portanto, o projeto não classifica como coletiva uma ação proposta por particular, mesmo que seu resultado atinja a outras partes além daquelas que a integram, voltando a legitimar apenas os entes nele mencionados para a propositura da chamada ação civil pública. A inclusão das comunidades indígenas ou quilombolas como entes legitimados é sua principal aportação ao tema.

Não há, neste projeto de 2020, classificação de ação coletiva a partir do objeto, a partir do resultado. Nele, a identificação de uma ação coletiva com outra se realiza a partir da causa de pedir, do pedido e, adicionalmente, dos atingidos. É o que enuncia o artigo 8º do referido projeto: “Art. 8º Uma ação civil pública induzirá litispendência para outra

²⁴⁶ BRASIL. Projeto de Lei n.º 4.441/2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

ação civil pública ou ação coletiva que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e grupo protegido, ainda que diferentes os autores ou o tipo de procedimento”.

O projeto adota, então, critério parecido com do processo individual, exigindo identidade de causa de pedir e pedido, mas afastando necessidade de identidade de partes – apenas dos interessados.

Novamente, em que pese um sentido de evolução no projeto, afastando a necessidade de igualdade de partes, ainda assim será possível, com a exigência de similaridade de causa de pedir e pedido, a existência de duas ações idênticas – apenas supostamente diversas – tratando do mesmo tema. Lembra-se aqui da ação promovida pelo Ministério Público contra o empresário para proibir a realização de rodeio e da ação promovida pelo mesmo órgão contra o Município para a não concessão do alvará para a realização do mesmo evento.

Este projeto de 2020 inclui o desejo do legislador em ver julgadas em conjunto, embora sem reconhecer sua similaridade, ações cujas decisões possam ser conflitantes: “Art. 9º As ações civis públicas decorrentes do mesmo conjunto de fatos ou que possam gerar decisões conflitantes ou contraditórias devem ser reunidas no juízo preventivo”.

Embora tentando evitar decisões conflitantes, o projeto mantém um critério de classificação que permite que duas ações coletivas tratem de um mesmo tema – bastando que uma seja ajuizada por um particular e outra seja ajuizada por um legitimado.

Há ainda um outro projeto, de n.º 1.641/2021²⁴⁷, o qual segue o parâmetro dos anteriores – elenca legitimados específicos para a propositura de ação coletiva, não considerando a possibilidade de que uma ação coletiva também possa ser proposta por particular:

“Art. 7º. São legitimados para a propositura da ação civil pública:
I – o Ministério Público;
II – a Defensoria Pública;
III – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
IV – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por esta lei;
V – as associações civis, agindo por substituição processual, que incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos direitos protegidos por esta lei,

²⁴⁷ BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.641/2021. Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

independentemente de prévia autorização estatutária, assemblear ou individual dos associados;
VI – os sindicatos, para a defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria;
VII - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções, estas para danos locais ou estaduais;
VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional;
IX - as comunidades indígenas, quilombolas e os povos tradicionais para defesa em juízo dos direitos dos respectivos grupos”.

O projeto de 2021 determinou, também, que uma ação coletiva se identificará com outra a partir de causa de pedir, pedido e interessados: “Art. 9º A primeira ação coletiva distribuída induzirá litispendência para qualquer outra ação coletiva que tenha o mesmo pedido, causa de pedir e grupo protegido, ainda que diferentes os autores ou o tipo de procedimento”.

Uma ação coletiva será identificada como igual a outra desde que haja similaridade de pedido, causa de pedir e grupo protegido, afastando-se do critério de identificação do processo individual apenas pela desnecessidade de similaridade de partes. Se uma ação coletiva para ser igual a outra depende exclusivamente da igualdade de causa de pedir, de pedido e de grupo, sendo estes os termos dos projetos de lei referidos, aquela ação promovida pelo Ministério Público contra a empresa de rodeio, objetivando a não realização do evento, será diversa daquela promovida pelo mesmo órgão contra o Município para a não concessão de alvará de funcionamento e que tem por meta o idêntico objetivo de proibir o mesmo torneio.

Não há, em todas as propostas legislativas, qualquer semelhança com a concepção apresentada neste trabalho que defende fortemente que a identificação das ações coletivas seja realizada a partir de seu resultado – ainda que não haja qualquer similaridade entre os pedidos, as partes e as causas de pedir.

Os projetos que tratam do tema do processo coletivo, e que devem ser respeitados, não trazem como premissa nenhum dos pressupostos adotados neste trabalho, para o qual uma ação coletiva não depende de seu autor ou de seu nome, mas, daqueles a quem atinge. Se o rol de atingidos elencar indivíduos ou instituições para além das partes que a constituem, esta será uma ação coletiva; se, ao contrário, se restringirem às partes elencadas no processo será uma ação individual.

CONCLUSÃO

Nenhum trabalho científico é efetiva e definitivamente findo, reclamando, a todo tempo, revisão e continuidade dos estudos que, em um primeiro momento, o orientaram e as conclusões às quais se chegou.

Assim, não se pretende aqui concluir nada de modo dogmático e tampouco definitivo, apenas oferecendo, ao final do estudo, os pensamentos derradeiros aos quais se chegou.

Para isso, deve-se rememorar as problematizações a todo tempo enfrentadas neste texto: i) a necessidade de classificar as ações coletivas, diferenciando-as das individuais; e, ii) a partir dessa diferenciação, tentar encontrar um critério para, entre elas, classificar as ações coletivas.

O caminho percorrido para tentar encontrar um critério razoável de classificação tangenciou a necessidade de aprofundar-se sobre os conceitos hospedados nas teorias de sistemas. Destarte, as conclusões sobre os critérios classificatórios de ações coletivas adotam referenciais teóricos tendentes a analisar conceitualmente os sistemas.

À guisa de exemplo, o que se procurou demonstrar ilustrativamente a todo instante referendou a possibilidade de duas ações, mesmo com partes, pedidos e causas de pedir diferentes, versarem sobre o mesmo objeto e alcançarem o mesmo resultado. O estudo se preocupou com situações bastante corriqueiras de processos coletivos no cotidiano judiciário brasileiro.

Imagine-se a ação número um, ajuizada por Pedro em desfavor de um bar – de nome “Requinte” – do qual é vizinho. O estabelecimento dedicado ao entretenimento mantém horário de funcionamento para além das vinte e três horas – horário permitido no alvará – gerando inconvenientes os mais diversos para Pedro. O cidadão pretende no judiciário obstruir o funcionamento do bar para além do horário permitido pela autoridade administrativa. Assim, temos como partes Pedro e o bar “Requinte”, com causa de pedir calcada no funcionamento para além do horário regular e pedido para que o bar encerre suas atividades dentro do horário fixado em alvará.

Esta ação será, evidentemente, coletiva. Com efeito, ela ultrapassa a subjetividade individual das partes que estão no processo ou, em outras palavras, o resultado desta ação

não ficará restrito a Pedro e o bar, mas, ao contrário, atingirá toda a comunidade que, doravante, não terá mais o bar em funcionamento fora do horário (em caso de procedência) ou terá a continuidade do barulho resultante da atividade do estabelecimento (em caso de improcedência). Toda a vizinhança será atingida, tratando-se de resultado que não fica restrito ao processo. A ação, portanto, é coletiva.

Imagine-se, mais, que a associação de moradores do mesmo bairro onde Pedro reside resolve ajuizar ação em desfavor do mesmo bar “Requinte”, com objetivo idêntico ao de Pedro; ou seja, garantir, no poder judiciário, que o estabelecimento não funcione para além do horário permitido no alvará. As partes, neste caso, serão a associação de bairro e o bar “Requinte”, a causa de pedir é o funcionamento bar para além do horário permitido e o pedido é para que o bar encerre suas atividades dentro do horário autorizado pelo município.

Esta ação é também, evidentemente, coletiva. É que, a rigor, a sentença a ser prolatada não terá seu resultado restrito à associação de bairro e ao Bar “Requinte”, mas, ao contrário, irá atingir outras inúmeras partes que não apenas aquelas presentes ou lotadas no processo. A ação é coletiva, assim, diferenciando-se da individual em função das partes que pode atingir.

A classificação adotada, de tratar ações promovidas por particulares como coletivas – a depender do objeto evidentemente, e de conceituar ações coletivas independentemente do nome que ostentam, encontra, é indubitoso, respaldo em nosso sistema legal.

O amparo legal está lastreado a partir do artigo 5º, XXV, da Constituição Federal²⁴⁸; garante-se, neste dispositivo, o princípio da inafastabilidade do poder judicial, de modo que tudo aquilo que é levado ao poder judiciário reclama apreciação.

Para além da Constituição Federal, justifica-se a classificação das ações coletivas a despeito de nome ou de quem faz a propositura, em função do que dispõe o Código de

²⁴⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Defesa do Consumidor – redação do artigo 83²⁴⁹, de acordo com a qual todas as espécies de ações são capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos disciplinados pela norma.

A conclusão inicial tangencia, então, a necessidade de abstrair, de ignorar, para classificar uma ação coletiva, tanto a nomenclatura eventualmente atribuída a ela (ação civil pública, ação popular, ação de obrigação de não fazer), quanto quem é o seu autor, pouco revelando se é promovida pelo Ministério Público, por uma associação de bairro ou por um cidadão qualquer. O que determinará a classificação da ação coletiva é seu resultado: se este ultrapassar a individualidade das partes envolvidas no processo, se tratará de ação coletiva; se ficar restrito às partes constantes do processo, a ação será considerada individual.

Imagine-se, ainda dentro deste contexto de exemplos, uma outra demanda: um bar de nome “Beer”, localizado no mesmo bairro, que cumpre rigorosamente seu alvará até as vinte e três horas. O bar “Beer” se sente lesado com a conduta do bar “Requinte” de ultrapassar o horário de funcionamento, gerando concorrência desleal entre os estabelecimentos comerciais. O estabelecimento supostamente lesado resolve propor ação contra o bar “Requinte”, requerendo que o judiciário determine que o mesmo encerre suas atividades dentro do horário fixado no alvará. A causa de pedir não é, neste caso, o funcionamento fora do alvará, mas, sim, a concorrência desleal perpetrada pelo bar “Requinte”.

A ação, percebe-se, é de natureza coletiva. Se julgada procedente, o bar “Requinte” deverá encerrar suas atividades dentro do horário fixado em lei. Se a demanda não for acolhida, o bar poderá continuar funcionando para além do horário estabelecido no documento administrativo. Em quaisquer dos cenários, a ação atingirá outras partes para além daquelas lotadas no processo, toda a comunidade de vizinhos, razão pela qual a demanda será classificada como coletiva.

Em um primeiro momento concluiu-se pela distinção da ação coletiva para o processo individual a partir das partes que poderão atingir: se individual, ficará adstrita àqueles que são parte do processo; se puder atingir outras partes, que não apenas as previstas no processo, a ação será coletiva.

²⁴⁹ 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.

Superada a necessária diferenciação entre ação coletiva e ação individual, o trabalho procurou analisar e construir um critério de classificação para identificar, assemelhar, igualar, entre elas, as ações coletivas.

O estudo não ignorou que, por força do princípio constitucional da inafastabilidade do poder jurisdicional e da regra inserida no Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 83, todas as ações se prestam a defender os interesses que versem sobre direitos coletivos, de modo que, reforçando a conclusão, pouco revelam o nome ou o autor da ação para determinar que uma demanda seja considerada coletiva.

Para encontrar uma solução para as ações coletivas, o caminho percorrido tentou fazer uso significativo daquilo que se convencionou chamar de teoria de sistemas. Lembra-se, especialmente, das ideias que foram chanceladas por Niklas Luhmann: sistema é o que se diferencia do seu entorno, do seu ambiente, a partir de uma codificação; o mesmo sistema se opera a partir de programas e, ao final, tem sempre uma função definida.

O sistema do direito se materializa a partir de uma codificação própria, lícito ou não-lícito, tendo programas particulares, leis, jurisprudências, decretos, regulamentos e, entre outros tantos, instruções normativas e, fundamentalmente, possui como uma função própria generalizar expectativas normativas em detrimento de incertezas.

A título de distinção, o sistema político trabalha com código de situação, oposição, esquerda, direita, liberal ou intervencionista. Seus códigos são políticas públicas: “mais médicos”, “bolsa família”, “minha casa, minha vida”, o “Prouni”, entre outros tantos. Sua função é garantir o desenvolvimento do país, diminuir a desigualdade, oferecer condições dignas à comunidade.

O sistema do direito é ambiente do sistema político; o sistema político, com codificação diversa, é entorno do sistema do direito. Eles, por vezes, se comunicam, naquilo que chamamos de acoplamento estrutural. Exemplo: o fato de ser proprietário de bicicleta, atualmente, não enseja necessidade de recolher impostos; se o legislador quiser, todavia, pode buscar este fato no ambiente e fazer sua inserção no sistema do direito.

Buscou-se neste trabalho classificar as ações coletivas entre elas. É indubitoso que, em se tratando do sistema do direito, a classificação inicial deve partir de um

quadrante de licitude, eis que, neste sistema, a codificação parte deste cenário – lícito ou ilícito.

A partir desta necessidade de usar o código lícito ou ilícito, jurídico, não-jurídico, mostra-se legítimo conceituar as ações coletivas, entre elas, a partir do já conhecido tripé do processo individual: partes, causa de pedir e pedido.

Questiona-se, todavia, para conclusão, se isto irá cumprir a função do sistema do direito de generalizar expectativas normativas? A resposta à qual se chegou neste trabalho, a rigor, é negativa; a utilização do conceito próprio do processo individual para classificar ações coletivas não irá generalizar expectativas normativas, mas, ao contrário, gerará uma porção maior de incertezas.

Explica-se utilizando-se do caso de um dos exemplos trazidos; as ações ajuizadas em desfavor do bar “Requinte”, ora promovidas por seu vizinho, ora pela associação de bairro e ora pelo seu concorrente, o bar “Beer”; todas as ações alcançarão, ou pretendem alcançar, os mesmos resultados – fazer com que o bar encerre suas atividades no horário, por trivial que seja, determinado pelo alvará; mas, porque são ações cujas partes são diversas e, no caso da ajuizada pelo concorrente a causa de pedir também é distinta, as ações – pelo critério do processo individual (partes, causa de pedir e pedido) – não serão idênticas.

A manter-se critério próprio do processo individual para a classificação de ações coletivas, é indubitoso que, em muitas circunstâncias, haverá ações iguais, mas que serão consideradas diversas por terem partes ou causas de pedir distintas. Na hipótese aventada, a ação ajuizada pelo vizinho não será igual à promovida pela associação de bairro.

De outro lado, não se pode olvidar, o sistema do direito busca generalizar expectativas normativas, de modo que, embora seja lícito adotar o critério do processo individual para classificar ação coletiva, esta função ficará desvirtuada.

Assim, o trabalho afastou a classificação do processo individual para identificar ações coletivas, eis que, a rigor, mantidos aqueles parâmetros, o sistema não refutará ações que sejam iguais, porque pelos critérios do processo civil individual elas não serão semelhantes.

O estudo, assim, fundamentando-se na necessidade que tem o sistema do direito de cumprir sua função, chegou a outro critério para classificar a ação coletiva, qual seja:

elas devem ser classificadas segundo o resultado que o conteúdo da sentença pode produzir.

A ação coletiva, ademais de ser a que atinge outras partes além daquelas que estão localizadas no processo, adota critério próprio de classificação para aferição de quais ações serão efetivamente iguais – como, analogamente, se faz no processo individual que determina a igualdade verificando se são as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. No processo coletivo, para aferir o que é efetivamente igual, idêntico, adota-se o critério de resultado.

É o resultado que o conteúdo da sentença pode produzir que caracteriza uma ação coletiva como igual a outra, de modo que, no caso dos exemplos trazidos, todas as ações, sem exceção, serão iguais porque, em última análise, podem produzir os mesmos resultados.

Há elementos normativos que evidenciam, inclusive, um norte dado pelo legislador para fugir do tripé do processo individual. A ideia de estabelecer uma classificação que tipifica a ação coletiva a partir do resultado, conquanto não majoritária, encontra respaldo também na legislação; não se trata de classificação que busca apenas adotar como referencial as ideias de um ou mais pensadores, mas, também, parte de instrumentos legais.

Não se ignora, primeiro, o artigo 55, § 3º, do Código de Processo Civil²⁵⁰, o qual estabelece que ações que possam gerar contradição não devessem ser conjuntamente julgadas; ainda que tenham partes, causas de pedir ou pedidos diferentes, mesmo que não haja identidade ou conexão entre elas, existem ações que reclamam julgamento conjunto para evitar decisões contraditórias,

É um norte legal a sustentar a possibilidade de classificar as ações coletivas segundo o seu resultado.

²⁵⁰ Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Não é só o artigo 55, § 3º, do Código de Processo Civil, a estabelecer necessidade de classificar a partir do resultado. O artigo 2º, § único, da Lei n.º 7.347/85²⁵¹, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, fixou regra segundo a qual a propositura de ação que tenha mesmo objeto de outra prevenirá jurisdição daquele que já tiver na presidência da primeira.

Não é evidentemente regra cogente a conceituar ação coletiva a partir do seu resultado, mas, novamente, estabelecer prevenção de julgador a partir do objeto – não a partir de partes, causa de pedir ou pedido – é fator indicativo da possibilidade de sustentar que a ação coletiva se orienta pelo seu resultado.

Finalmente, classificar as ações coletivas a partir do seu resultado e não dos elementos da ação individual é prestigiar também o necessário e indispensável princípio da igualdade.

Com efeito, permitir que ações formalmente distintas tramitem pelo poder judiciário objetivando os mesmos resultados é permitir que uma ou mais partes recebam manifestações conflitantes. É desrespeitar o princípio da igualdade, eis que, enquanto aqueles que se submetem ao processo individual têm as garantias próprias da segurança jurídica, coisa julgada ou litispendência, aquele que demandar em processo coletivo não estará albergado por estes fenômenos, criando ambiente de desigualdade dentro do sistema do direito.

O critério de classificação de ação coletiva parte, portanto, do resultado que o conteúdo da sentença pode produzir, de modo que, ao final, em resumo, chegou-se às seguintes conclusões: i) a ação coletiva é aquela que atinge partes para além daquelas lotadas no processo; ii) não é possível orientar-se pelo critério do processo individual – partes, causa de pedir e pedido – para verificar se uma ação coletiva é idêntica a outra; iii) o critério a ser adotado, pautado na teoria sistêmica, e na função do direito de generalizar expectativas normativas, é o resultado que o conteúdo da sentença pode produzir; iv) se o critério do processo individual prevalecer na classificação do processo coletivo, as ações, as mais idênticas possíveis em função do resultado que podem produzir, serão consideradas distintas em função de serem diversas as suas partes ou causas

²⁵¹ Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto.

de pedir; v) os conceitos aqui formulados partem também de premissas legais: artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 55, § 3º, do Código de Processo Civil, e artigo 2º da Lei de Ação Civil Pública.

Finalmente, consideradas todas as hipóteses, todas as regras e leis e todos os conceitos aqui elencados e analisados, é certo e evidente que manter para as ações coletivas o mesmo critério de classificação adotado para o processo individual, ignorando-se o resultado a que as mesmas possam chegar, ensejará afronta direta ao princípio da igualdade.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Introdução ao Direito. Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. 5º Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2017.
- ALVIM, Teresa Arruda. **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade**. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ARANALDE, Michel Maya. **Reflexões sobre os sistemas categoriais de Aristóteles, Kant e Ranganthan**. Brasília: Ciência da Informação, v. 38, n. 1, p. 86-108, jan./abr. 2009.
- ARAÚJO, Cícero; WAIZBORT, Leopoldo. **Sistema e evolução na teoria de Luhmann**. São Paulo: Lua Nova, Revista de Cultura e Política. 1999.
- ARAÚJO, Mateus Perigrino. **Análise Econômica do Direito e Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Almedina, 2022.
- ARISTÓTELES. **Metafísica** vols. I, II, III, 2ª edição. Ensaio introdutório, tradução do texto grego, sumário e comentários de Giovanni Reale. Tradução portuguesa Marcelo Perine. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Princípios e Regras e Segurança Jurídica**. In: Revista de Direito do Estado. Ano 1, nº 1, janeiro/março 2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e Construção do Novo Modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. Causa de pedir e pedido no processo civil**. José Roberto dos Santos Bedaque e José Rogério Cruz e Tucci (Coord.). São Paulo: RT, 2002.

BINDER, Alberto. **Iniciación al proceso penal acusatorio** (Para auxiliares de la Justicia). Buenos Aires: Publicaciones del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (Inecip), 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª ed. Atualizada. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

_____. **Constituição (1891)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

_____. **Constituição (1934)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

_____. **Constituição (1947)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

_____. **Constituição (1967)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Constituição (1969)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

_____. **Constituição (1988).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Código de Defesa do Consumidor (1990)** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Código de Processo Civil (1973).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm >. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Código de Processo Civil (2015).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Lei de Ação Civil Pública (1985).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Lei nº 9.494/1997, alterando a Lei de Ação Civil Pública (1997).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Lei de Ação Popular (1965).** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Lei nº 10.519/2009**, dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências. (2002). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10519.htm. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Lei nº 12.651/2012**, dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. (2012)

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2012/lei/112651.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em 14 de junho de 2023.

_____. **Projeto de Lei n.º 5.139/09.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL%205139/2009>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

_____. **Projeto de Lei n.º 4.441/2020.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1927512>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

_____. **Projeto de Lei n.º 1.641/2021.** Disponível: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2001406>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 82424/RS** do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 126292/SP** do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 17 de maio de 2016. ≤Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur348283/false>>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus n.º 151430/DF** da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 11 de dezembro de 2019. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur416874/false>>. Acesso em 03 de dezembro de 2022.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial n.º 1.505.359/PE** da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 30 de novembro de 2016. Disponível em https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.exe/ITA?seq=1470467&tipo=0&nreg=201401433209&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161130&formato=PDF&s_alvar=false. Acesso em 03 de agosto de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.525.327/PR** da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 1º de março de 2019. Disponível _____ em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1784720&num_registro=201500375558&data=20190301&formato=PDF. Acesso em 03 de agosto de 2023.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.726.147/SP** da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 21 de agosto de 2019. Disponível _____ em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201101405983&dt_publicacao=21/05/2019 . Acesso em 03 de agosto de 2023.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 1.101.937/SP** do pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 14 de junho de 2021. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur448446/false>. Acesso em 03 de agosto de 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Direito processual coletivo e direito processual público**. v. 2. t. III. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: procedimento ordinário e procedimento sumário**. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 103

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: procedimento ordinário e procedimento sumário**. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 104

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. (15ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 31ª edição. 2003.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Jus Podivum, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 11ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. 3ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Que é isto, o direito?** São Paulo: Stiliano, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de Sistema no Direito – Uma Investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação: as categorias de pessoa, espaço e tempo**. São Paulo: Ática, 1996.

FREITAS, Hudson Couto Ferreira. **Teorias do Direito: do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. v. I., Petrópolis: Vozes, 2014,

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O processo coletivo refém do individualismo**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes (Coordenador); DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador geral). **Coleção Repercussões do Novo CPC**. v. 8. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal** – Coleção estudos de direito processual Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GIDI, Antônio. **A CLASS ACTION como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007.

_____. **Acciones colectivas em Peru**. Revista de Processo. São Paulo. v. 205. p. 181. 2012. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. Revista de Processo. São Paulo. v. 14. p. 25. 1979. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. In: _____; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). **O Direito Processual Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. O processo – estudos e pareceres. 2ª ed. São Paulo, DPJ, 2009, p. 256-265. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada nas ações coletivas**. O processo – estudos e pareceres. 2ª ed. São Paulo: DPJ, 2009, p. 266-278. Republicado: Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014c.

_____. **Da Coisa Julgada.** In. _____ NERY JUNIOR, Nelson. WATANABE, Kazuo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos Autores do Anteprojeto. v. II. 10ª ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GUANDALINI JUNIOR, Walter. **Teoria dos Sistemas Jurídicos.** São Paulo: Editora Intersaberes, 2020.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito.** Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Petrópolis: Vozes, 1997, v. 2.

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade de Julgar.** Tradução: Fernando Costa Mattos. 2ª reimpressão. Bragança Paulista: Vozes, 2019.

_____. **Crítica da Razão Pura.** Tradução: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Mourão. 5ª edição. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUNZLER, Caroline Morais. **A Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.** Estudos de Sociologia, Araraquara: 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo.** 4ª ed. rev., ampl. e atual. De acordo com o CPC de 2015. São Paulo: Malheiros, 2017.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A hermenêutica jurídica de Gadamer.** Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 145, jan./mar, Brasília: 2000.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os Grandes Sistemas Jurídicos.** Tradução: Marcela Varejão. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2022.

_____. **Sistema e Estrutura no Direito – Volumes 1, 2 e 3.** Tradução Luca Lamberti. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Introdução a Teoria dos Sistemas.** 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **O direito da sociedade.** Tradução de Saulo Krieger. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2016a.

_____. **Sistemas Sociais. Esboço de uma Teoria Geral.** 3ª edição, Petrópolis: Vozes, 2016b.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada: Teoria das Ações Coletivas.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. **Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum.** v. 2. 2º ed. São Paulo: RT, 2016.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos.** Tradução: Luciano Cavini Martorano. 3ª. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2017.

_____. **O Capital. Crítica da Economia Política.** Livro 1, volume 2. Tradução: Reginaldo Sant'Anna. 35ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito.** 9ª. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2022.

MATURANA, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana.** Tradução: Cristina Magro e Victor Paredes. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

MATURANA, H. & VARELA, F. **De máquinas e seres vivos – Autopoiese: A organização do vivo.** Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007a.

_____. apud J.A. Jolowicz. *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: English law.* p. 223. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro; Watanabe, Kazuo (Organizadores). **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e Pontos Sensíveis. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.

_____. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional.** 4ª ed., rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *apud* VILLONE, Massimo. La collocazione istituzionale dell'interesses difuso”, in La Tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, p. 73. **A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”.** Revista de Processo. v. 28, São Paulo. p. 7 – outubro de 1982. Republicado: **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade.** Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. **A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos.** Revista de Processo. São Paulo. v. 39, 1985, p. 55. Republicado: **Processo Coletivo: do surgimento à atualidade.** Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

_____. **Ainda e sempre a coisa julgada.** Doutrinas Essenciais de Processo Civil. v. 6, p. 679. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Marco Antônio. **A Epistemologia de Maturana.** Bauru: Ciência & Educação, v. 10, n. 3, 2004.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. **Fontes do Direito Tributário.** São Paulo, Noeses, 2006.

NEVES, Fabrício Monteiro. RODRIGUES, Léo Peixoto. **A Sociologia de Niklas Luhmann.** Petrópolis: Vozes, 2017.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica. Uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro.** São Paulo: Martins Fontes, 2018.

_____. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis.** São Paulo: Saraiva, 1988.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PACHUKANIS, Evgeni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução: Paula Vaz de Almeida. 1ª. ed. São Paulo: Editora Boitempo, 2017.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos**. São Paulo: Editora VMF Martins Fontes, 2012.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5ª. ed. 10ª tiragem. São Paulo: Saraiva jur, 2017.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Niklas Luhmann: a sociedade como sistema**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class actions. Ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. **A Náusea**. Tradução: Rita Braga. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

STORY, Joseph. **Commentaries on Equity Jurisprudence, as Administered in England and America**. Fourth Edition, Revised, Corrected and Enlarged. Boston: Charles C. Little & James Brown, 1846.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STUTCHKA, Piotr. **O papel revolucionário do Direito e do Estado. Teoria Geral do Direito**. Tradução de Paula Vaz de Almeida. 1ª Ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.

TALAMINI, Eduardo. **A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador Geral); ZANETTI JUNIOR, Hermes (Coordenador). **Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. WAMBIER, Luiz Rodrigues **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 108

TEUBNER, Gunther: **O direito como sistema autopoiético**. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkians ade pres, 1989.

THEODOR JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – v. I. Teoria Geral do Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento. Procedimento Comum**. 56ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**. Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Brasília. 2000. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm . Acesso em 27 de junho de 2023.

_____. Apresentação. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

VASAK, Karel. **A 30-year Struggle: The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights**. The Unesco Courier. Southern Africa at grips with racismo, Paris, p. 29, nov. 1977. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0007/000748/074816eo.pdf#nameddest=48063>. Acesso em 27 junho de 2023.

VERBIC, Francisco. **Tutela colectiva de derechos en Argentina. Evolución histórica, legitimación activa, ámbito de aplicación y três cuestiones prácticas fundamentales para su efectiva vigencia**. Processo Coletivo: do surgimento à atualidade. Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e Justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas do direito positivo**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2005.

VITORELLI, Edilson. **Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador Geral); ZAN-

ETTI JUNIOR, Hermes (Coordenador). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **O STJ, os limites territoriais da coisa julgada na ação civil pública e o foro competente para o ajuizamento das respectivas indenizatórias individuais: o restabelecimento do que nunca poderia ter sido alterado, ou ainda, juízes vs. Legislador**. *Revista de Processo* – v. 204 – p. 283 – fev. 2012. Republicado: Organizadores: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman Benjamin, Teresa Arruda Alvim Wambier e Vincenzo Vigoriti, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**, in *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sávio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro (Organizadores). **Relação entre demanda coletiva e demandas individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Lógico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp 1994.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**, in *As garantias do cidadão na justiça*, coord. Sávio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. In: Grinover, Ada Pellegrini; Mendes, Aluísio Gonçalves de Castro (Organizadores). **Relação entre demanda coletiva e demandas individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.