

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO ADQUIRIDO COLETIVO

Letícia Lourenço Pavani

Presidente Prudente/SP
2008

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

DIREITO ADQUIRIDO COLETIVO

Letícia Lourenço Pavani

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Msc. Marcelo Agamenon Goes de Souza.

Presidente Prudente / SP
2008

DIREITO ADQUIRIDO COLETIVO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

PROF. MSC. MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA

Orientador

Examinador

Examinador

Presidente Prudente/SP

2008

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao meu Deus, digno de toda honra, glória e de todo louvor! Dono da vida, que me deu forças e capacidade para concluir este trabalho.

Ao André, meu grande amor, marido, amigo, incentivador, companheiro de todas as horas. Por toda ajuda e compreensão, sem você não conseguiria. Te amo querido.

À minha mãe por seu amor incondicional, esforço e incentivo para que eu cursasse uma faculdade, pelo exemplo de garra e coragem, minha eterna gratidão.

Aos meus irmãos queridos, Lincon e Thaís. A todos os familiares e amigos que são essenciais para minha vida.

Agradeço ao meu orientador pelos ensinamentos transmitidos para a elaboração deste trabalho, que mesmo com a carreira profissional e discente, reservou tempo e disposição para me auxiliar.

Agradeço, em especial, ao Dr. Luiz Antonio Miguel Ferreira, mui digno Promotor de Justiça, que me estima com sua presença na banca examinadora. Que me transmitiu, durante um ano e meio de estágio, os ensinamentos que me serão valiosos não apenas na minha vida profissional. Que com seu exemplo de postura ética, me fez compreender o que é exercer o múnus jurídico com dignidade, consciência e esmero.

“Entrega o teu caminho ao Senhor, confia Nele, e o mais Ele fará”.

Salmos 37:5

RESUMO

O presente trabalho analisa algo novo neste ramo tão vasto que é o do Direito, de modo que procura comprovar a existência de Direitos Adquiridos Coletivos que foram reconhecidos em acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça. A pesquisa tem por objetivo abordar a conceituação e configuração dos institutos de modo individualizado, que apesar de serem diversos, são homogêneos. Analisa-se as peculiaridades para a tutela jurisdicional de direitos massificados, que são regidos por um sistema próprio formado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, que regulamenta de forma específica, entre outros elementos da ação, a legitimidade ativa, interesse processual, litispendência e coisa julgada. Este sistema processual, chamado de Processo Coletivo, analisado em sua espécie comum, implica na diminuição de demandas no poder judiciário, evita decisões conflitantes a respeito de um mesmo caso, acesso à justiça e economia processual. Além da análise do acórdão mencionado, utiliza-se de pesquisa doutrinária para enfrentar as divergências do instituto Direito Adquirido, cuja existência, é essencial para a segurança jurídica e guarda relação direta para que haja um Estado Democrático de Direito.

Palavras – chaves: Direito Adquirido. Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo. Processo Coletivo.

ABSTRACT

The present work analyzes something new in this so vast branch that it is of the Right, in way that it looks to prove the existence of Acquired Rights Collective that had been recognized in the sentence pronounced by the Prominent Court of Justice. The research has for objective to approach the conceptualization and configuration of the justinian codes in individualized way, that although to be diverse, they are homogeneous. It is analyzed the peculiarities for the jurisdictional guardianship of groups rights, that they are prevailed by a proper system formed by the Code of Defense of the Consumer and for the Law of the Public Civil action, that it regulates of specific form, it enters other elements of the action, the active legitimacy, interest in court pleading, pendency and considered thing. This procedural system, called Collective Process, analyzed in its common species, implies in the reduction of demands in the judiciary power, conflicting decisions regarding one same case, access to justice and procedural economy. Beyond the analysis of the mentioned sentence, it is used of doctrinal research to face the divergences of the Acquired Right institute, whose existence, is essential for the legal security and keeps direct relation so that it has a Democratic State of Right.

Keywords: Acquired right. Diffuse, Collective and Individual right Homogeneous. Collective process.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	08
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADQUIRIDO	09
2.1 Universal.....	09
2.2 Brasil.....	11
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS COLETIVAS	13
4. CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO	14
4.1 Teoria dos Direitos Adquiridos.....	14
4.2 Teoria do Efeito Imediato.....	17
4.3 Conceito.....	18
5. CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES	26
5.1 Interesse Público e Interesse Privado.....	26
5.2 Interesse Coletivo em Sentido Amplo.....	27
5.2.1 Interesses difusos.....	29
5.2.2 Interesses coletivos em sentido estrito.....	31
5.2.3 Interesses individuais homogêneos.....	32
6. DIREITO ADQUIRIDO COLETIVO	34
6.1 Aspectos Processuais – Considerações Gerais.....	36
6.1.1 Principais Ações Utilizadas Para Tutelar os Interesses Coletivos.....	38
6.1.2 Legitimidade Ativa.....	38
6.1.3 Interesse Processual.....	42
6.1.3 Litispendência e Coisa Julgada.....	43
7. CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordou a possibilidade do Direito Adquirido pertencer não só a uma única pessoa, mas a toda uma coletividade.

A escolha do tema se deu quando o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou a apelação cível n.º 097.863.0/2-00, interposta pelo Ministério Público em face do Município de Presidente Prudente, onde reconheceu a existência do instituto, o que intrigou a autora que viu nesta novidade a oportunidade de explorar algo antes nunca visto.

A organização do texto buscou em um primeiro momento situar o leitor do contexto histórico dos institutos, para somente depois abordar os aspectos conceituais e o tema principal de modo aprofundado.

Para tanto, utilizou-se dos métodos dedutivo, haja vista a busca da aplicabilidade do instituto no caso concreto, e o método histórico, posto a necessidade de se averiguar a origem do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Os recursos utilizados foram pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais.

Em razão de ser algo novo, o trabalho esbarrou em limitações por não haver trabalhos específicos, de forma que a principal fonte para apoiar a existência do instituto foi o estudo do acórdão que reconheceu a existência do Direito Adquirido Coletivo. A análise de dados baseou-se em elementos individualmente concebidos, ou seja, direito adquirido, e interesses coletivos em sentido lato.

O objetivo do trabalho foi suscitar a discussão deste tipo de direito, e analisar peculiaridades quanto a sua configuração e tutela jurídica, já que por ser tema revestido de tantas facetas, é impossível de ser esgotado.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ADQUIRIDO

2.1 Universal

Rubens Limongi França¹ identifica três fases percorridas pelo direito adquirido no tempo e no que chama de povos cultos, sendo a primeira fase a embrionária, passando logo após pela fase pré-científica e por fim pela fase científica, sendo que apenas na última foi aprimorada a idéia do princípio da irretroatividade das leis e o necessário respeito ao direito adquirido.

Na fase embrionária encontram-se o Direito Arcaico, que compreende o sistema mesopotâmico e egípcio até o Direito Romano no período posterior a Lei das XII Tábuas. Já a fase pré-científica abrange o Direito Romano, que é iniciado com os Veteres e com Legislação Republicana dos séculos III e II a.C., e finda com a morte de Justiniano em 565 d.C., abrangendo ainda o Direito Intermediário e Moderno.

Todavia, é na fase científica que ocorre a sedimentação do direito adquirido que se dá principalmente pela contribuição doutrinária, por isso, merece detalhamento pormenorizado.

A grande contribuição desta fase vem da doutrina, destacando-se a Francesa, Germânica e Italiana, que apresentam maior sistematização que a dada pela legislação, resultando na criação da chamada Teoria Clássica, também chamada de Teoria dos Direitos Adquiridos, que será oportunamente analisada. Ainda nesta fase, surgem oposições a este posicionamento, na tentativa de substituir seus preceitos, porém nada que pudesse abalá-lo, que volta a ser a majoritariamente adotado.

Destaca-se, quanto a Doutrina Alemã a contribuição de Lassalle², autor da obra a Teoria Sistemática dos Direitos Adquiridos, com publicação

¹ FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 9.

² Idem, 47.

anterior a 1880, em que lhe foi atribuída a primeira obra a adotar como critério para a solução dos problemas com direito intertemporal, o Direito Adquirido.

Não se poderia deixar de comentar o Direito Italiano e a Obra de Gabba³, que predominou na matéria durante todo século XIX, e apesar de ter sua teoria criticada, é lembrado até hoje, servindo de base para a formulação de novos parâmetros que visam substituir os por ele formulados.

Assinalou que o progresso da civilização é que serve de parâmetros para que o legislador possa formular conceitos, sendo arraigado popularmente que “as leis não devem retroagir”⁴ e ainda, “a razão e o verdadeiro limite da retroatividade das leis consistem unicamente no respeito ao Direito Adquirido”.⁵

Abordou a necessidade de respeitar tal princípio não apenas quanto a um ou outro ramo legislativo, mas quanto a todas as leis, seja qual for a sua natureza, posto que na época, majoritariamente só era reconhecido o princípio da irretroatividade das leis no ramo de direito penal.

Todas as leis, observa, têm por escopo e efeito conferir direitos aos cidadãos; todas, portanto, devem respeitar certas balizas no atuares sobre as conseqüências dos fatos e relações jurídicas postas em ato, anteriormente a esta atuação.⁶

É importante salientar a existência de outra corrente doutrinária quanto a origem histórica do direito adquirido, que é defendida por Fustel de Coulanges, repetida por Gaetano Pace⁷, que identifica fases distintas, a saber: a negativa, a da retroatividade como regra e a da irretroatividade com regra. Porém, analisando a evolução da matéria não há na história qualquer indício de que não eram respeitados os direitos adquiridos, assim a retroatividade das leis não era a regra, pelo contrário, constituía exceção que deveria ser necessariamente expressa de modo inequívoco.

³ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p.49.

⁴ Ibidem, p. 50.

⁵ Ibidem, p.50.

⁶ Ibidem, p. 50.

⁷ Ibidem, p. 6/7

2.2 Brasil

O desenvolvimento sobre o assunto no Brasil se deu em três fases, a primeira anterior ao seu próprio descobrimento, como abaixo será especificado, uma segunda fase, já no Brasil Independente e anterior ao Código Civil de 1916, e por fim, a que se dá até os dias atuais.⁸

A primeira fase se inicia em 1139, quando Portugal emerge como nação, e recebeu do Direito Canônico a idéia de Direito Adquirido.

Ainda nesta fase, em um segundo período chamado de Unicidade Jurídica⁹, na época das Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, verifica-se que existe a irretroatividade como regra, porém a mesma poderia ser mitigada face à ordem pública.

Quanto a segunda fase, esta se inicia em 07 de setembro de 1822, com o “grito da Independência”, o que culminou na necessidade de um regime jurídico próprio, que apenas se deu com o Código Civil de 1916 que em seu artigo 1807 revogou a lei que dispunha sobre a vigência das leis portuguesas no território ora independente.

Salienta-se que a Constituição de 1824 dispunha sobre o princípio da irretroatividade, inclusive quanto a leis civis, mas sua consagração apenas adveio com a Constituição da República, de 1891, graças ao projeto de Rui Barbosa.

Quanto aos anteprojetos do Código Civil de 1916, que culminou na aprovação do projeto desenvolvido por Clóvis Beviláqua, a maioria manifestava o necessário respeito ao direito adquirido.

A última fase vem da Constituição de 1934 que eleva o Direito Adquirido “à categoria de critério de natureza constitucional”¹⁰. Porém, com a promulgação da Lei de Introdução ao Código Civil iniciou-se uma fase de grande

⁸ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p.81.

⁹ Ibidem, p. 289.

¹⁰ Ibidem, p. 291.

confusão, posto que seus conceitos romperam com as “tradições sobre o caráter fundamental do princípio da irretroatividade das leis”¹¹, de modo que até mesmo a Corte Suprema confundisse os preceitos de direito adquirido e fatos consumados.

Ora, fato consumado não tem qualquer relação com direito adquirido, posto que não mais haverá qualquer afronta a direito já consumado, pois não se realiza atos para o seu exercício, em razão de que o seu iter já se encontrar exaurido.

Tal dispositivo foi revogado, passando a adotar a redação dada pela Constituição de 1946, porém deixou seqüelas de modo que parte dos doutrinadores tais como Arnaldo Wald, Campos Batalha e Godofredo Telles Junior adotam a Doutrina das situações jurídicas.¹²

Todavia, não obstante alguns autores posicionarem-se pelo negativismo, a maioria da doutrina retorna às tradições, adotando como norte a Doutrina Clássica, sendo que a jurisprudência pátria, apesar de ainda haver uma confusão, também a adota.

Por fim, a Constituição de 1988 relaciona o direito adquirido de modo literal e expresso, inserido no Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que no artigo 5º, inciso XXXVI, dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

¹¹ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p.292

¹² Ibidem, p. 293.

3 FASE HISTÓRICA DAS TUTELAS COLETIVAS

A preocupação pelos interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas não é recente. Historicamente, Gregório Assagra de Almeida¹³ identifica dois posicionamentos quanto a preocupação com a tutela de grupos.

O primeiro, que aduz que as tutelas de grupos são originadas nas cortes medievais inglesas, do século XII, onde membros de um vilarejo questionaram a administração das terras nos feudos, ou mesmo disputa entre fiéis quanto aos pagamentos realizados a título de dízimo nas paróquias, ou corporações que questionaram impostos que foram exigidos pela autoridade.

No entanto, predomina o segundo posicionamento, que defende que a primeira manifestação se deu com as ações de classes do direito norte-americano, denominadas de *class actions*, que também que têm raízes nas cortes medievais inglesas. Hugo Nigro Mazzili defende tal corrente:

Pelo Bill of peace, o autor de uma ação individual requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, para que a questão fosse tratada de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.¹⁴

No Brasil a discussão é recente, teve início em 1970 com as lições de Mauro Capelletti, que demonstrou as peculiaridades existentes quando há a discussão judicial de interesses de grupos.

A primeira norma que sistematizou a defesa de interesses coletivos foi a Lei nº 7347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, e mais tarde o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90.

¹³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual**. – São Paulo: Saraiva, 2003. p. 38.

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 46.

4 CONCEITO DE DIREITO ADQUIRIDO

Trata-se de um dos assuntos mais complexos do direito. A doutrina e a jurisprudência empenham-se em criar um sistema jurídico a fim de disciplinar a matéria, porém, muitas são as divergências, e até hoje não se chegou a um consenso.

Como já fora vislumbrado no apanhado histórico, a evolução do tema passou por diversas fases, marcadas por divergências doutrinárias a respeito do tema frente à problemática da retroatividade das leis. Não obstante, o ordenamento brasileiro foca-se em duas delas, na Teoria dos Direitos Adquiridos, desenvolvida por Gabba em sua obra “Teoria da Retroatividade das Leis”, e outra chamada “Teoria do Efeito Imediato”, na perspectiva de Paul Roubier.

4.1 Teoria dos Direitos Adquiridos

Também chamada de Teoria Clássica, seus fundamentos são baseados nos efeitos que os fatos jurídicos exercem sobre as pessoas, no que diz respeito a superveniência que uma lei nova exerce em situações já consolidadas.

A respeito da construção realizada por esta teoria, merece destaque as considerações de José Eduardo Martins Cardozo, lembrado por Lilian Barros de Oliveira Almeida:

De forma sintética, poderíamos dizer que os defensores desta corrente têm, como alicerce de todas suas reflexões, a idéia de que as novas leis não devem retroagir sobre aqueles direitos subjetivos que sejam considerados juridicamente como adquiridos pelo seu titular. Ou em outras palavras: ao ver destes, a questão da irretroatividade das leis tem assento na premissa fundamental que afirma a impossibilidade de uma lei vir a desrespeitar ‘direitos adquiridos’ sob o domínio de sua antecedente.¹⁵

¹⁵ ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **O direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da incidência de contribuição previdenciária sobre os inativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8405>>. Acesso em: 08 jan. 2008.

Foi em Gabba que a doutrina brasileira baseou-se para aferir qualquer juízo de valor quanto a problemática da retroatividade das leis, posto que vigorava o pensamento que a lei não poderia retroagir sob pena de criar injustiças, porém, este doutrinador quebrou com este paradigma, sistematizando que a lei poderia sim retroagir, desde que, respeitasse os direitos adquiridos.

Necessário, pois, analisar o conceito desenvolvido por Gabba, trazido por Roque Antônio Carraza, a respeito do que entende constituir um direito adquirido:

É adquirido cada direito que: a) é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova em trono do mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império ocorre o fato do qual se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.¹⁶

Socorre-se às considerações lançadas por Vicente Ráo, para compreensão de todos os elementos do conceito proposto:

Analisando-se essa definição, os seguintes elementos constitutivos dela se destacam e assim se demonstram:

- a) o direito adquirido é conseqüência de um *fato* e esta palavra tanto designa o *acontecimento* independente da vontade do titular do direito, quando o *ato* que desta vontade resulta e a exterioriza, pois a um e outro, revestidos dos requisitos legais, são geradores de direitos;
- b) a tais *fatos*, ou *atos*, a lei em vigor ao tempo em que se produzem, deve atribuir o efeito jurídico de criar um direito subjetivo, uma *facultas agendi*;
- c) para que o *direito* possa surgir desses *fatos* ou *atos*, preciso é que eles se hajam *verificado*, isto é, que se apresentem *perfeitos* e *acabados*, segundo a lei então em vigor;
- d) necessário é, ainda, que, sempre de acordo com a lei do tempo, o direito assim nascido se haja, imediatamente, incorporado ao patrimônio de um titular, o que significa não constituírem direitos adquiridos as simples possibilidades, ou faculdades jurídicas abstratas, nem as simples expectativas de direito;
- e) mas, entenda-se, no patrimônio do respectivo titular se incorporam, não só os direitos que podem ser desde logo exercidos, como também os dependentes de *termo*, ou de *condição suspensiva*, não alterável a arbítrio de outrem;
- f) e, por fim, a norma superveniente deve respeitar esse direito e os respectivos efeitos que se verificaram sob o seu império.¹⁷

¹⁶ CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21 ed. – São Paulo: Malheiros, 2005, p. 840.

¹⁷ RAO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5 ed.. – São Paulo: RT, 1999, p. 371/373.

Em suma, constata-se que Gabba já identificava a necessidade de que o direito estivesse integrado ao patrimônio do sujeito, excluindo, portanto, a chamada expectativa de direito, que “é a mera possibilidade ou esperança de adquirir um direito, por estar na dependência de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”.¹⁸

Ainda, considera como adquirido não apenas o direito de plano exercitável, como também o direito que depende de termo ou condição suspensiva para tanto, posto que completado o prazo esperado, considera a existência do direito desde o início.

Clóvis Beviláqua, lembrado por Vicente Ráo, justifica que a proteção jurídica, neste caso se dá “porque embora dependente de um acontecimento futuro e incerto, o direito condicional já é um bem jurídico, tem valor econômico e social, constitui elemento do patrimônio do titular”¹⁹.

Gabba defendia não constituir direito adquirido matéria que diz respeito a leis de ordem pública, que terão aplicação imediata, além de que o direito adquirido só o é se emanado de uma lei ou norma jurídica vigente ao tempo em que o direito se produz.

Tal doutrinador, comentado por Antônio Jeová da Silva Santos, justifica sua teoria na necessidade de certeza e segurança jurídica, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Parece-nos que o problema fundamental é o da irretroatividade como elemento de segurança da ordem jurídica. A certeza que tem o indivíduo de que o Poder Legislativo, que lhe assegurou um direito em virtude de uma lei, direito que se incorporou ao seu patrimônio, não será eliminado, violado, modificado por lei posterior, é que dá ao problema sua base e, também, sua finalidade. As leis retroagem quando prejudicam os direitos adquiridos. O fenômeno jurídico, o fenômeno das instituições jurídicas, é dar às leis sua fundação criadora e renovadora, a ligar o passado ao futuro. Mas a função inovadora não deve sacrificar os direitos dos indivíduos.²⁰

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 11 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005, p. 191.

¹⁹ RAO, Vicente. Ob. cit. p. 372/373.

²⁰ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Direito intertemporal e o novo código civil: aplicações da lei 10.406/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

Conclui-se, portanto, que o alicerce da doutrina dos direitos adquiridos está na necessidade do Estado proporcionar certeza e segurança jurídica aos seus jurisdicionados, e ainda, tal pensamento tem sua idéia central ligada à retroatividade das leis, que deve respeitar os direitos adquiridos.

4.2 Teoria do Efeito Imediato

A teoria de Paul Roubier surgiu a par das críticas formuladas à teoria dos Direitos Adquiridos de Gabba, dentre elas, a formulada em razão de conceber como direito adquirido apenas os de caráter patrimonial, excluindo-se os direitos não suscetíveis de valor econômico, como por exemplo, os direitos da personalidade.

Todavia, o próprio Gabba apresenta diversas exceções²¹ à aplicação de sua própria teoria, já que, devido a complexidade das relações jurídicas, não há como aplicar uma única fórmula que se encaixe a todos os casos concretos.

É neste contexto que Paul Roubier formula distinção entre efeito da retroatividade da lei e efeito imediato da lei nova.

Tal teoria diferencia os fatos pretéritos, dos pendentes e dos futuros. Com uma fórmula simples, delimita o problema da chamada retroatividade das leis, de modo que se a lei quer regular fatos passados, há retroatividade; já quanto aos fatos pendentes, isola-se os fatos já aperfeiçoados antes da norma, que se atingidos, haverá retroatividade, daquelas posteriores, que se a lei nova pretender regular, incidirá com efeito imediato; quanto aos fatos futuros, não há maiores complicações, já que não haverá retroatividade.

Em suma, haverá retroatividade apenas quando a lei pretender regular os fatos pretéritos, e aqueles pendentes, na parte aperfeiçoada anteriormente à vigência da lei.

²¹ Tais exceções podem ser encontradas na obra FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.49/76.

Paul Roubier, comentado por Antônio Jeová da Silva Santos, enumera o que considera fato pendente:

a) as situações jurídicas que estavam em curso de constituição, no momento em que interveio uma nova lei modificando suas condições de constituição; b) as situações jurídicas em curso de efeitos, para sua eficácia futura, no momento da intervenção de uma lei nova modificando os efeitos dessas situações; c) as situações jurídicas em curso de efeitos, para sua eficácia futura, no momento da intervenção de uma lei nova modificando suas condições de extinção; d) as situações de puro fato, de caráter duradouro, que não tinham produzido sob a lei anterior a constituição (ou a extinção) de uma situação jurídica e que estavam ainda em curso no momento da intervenção de uma nova lei que lhe dá esse poder.²²

Por isso não há retroatividade quando a norma incidir sobre o fato pendente no que diz respeito a parte posterior que a lei nova quer regular, está incidirá com um efeito imediato.

Quando o legislador pretender que a lei regule os fatos futuros e os fatos pendentes, em relação às sua parcela posterior, dirá que a lei terá efeito imediato.

De um modo geral, através da teoria de efeito imediato, a lei nova não atinge os fatos passados, nem seus efeitos, limitando-se aos fatos futuros e as partes posteriores dos fatos pendentes, tendo por limite o respeito ao direito adquirido.

4.3 Conceito

No artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, está disciplinado que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Já no texto constitucional é possível verificar a influência da Teoria dos Direitos Adquiridos, de Gabba, em que se admite a retroatividade da lei,

²² SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Direito intertemporal e o novo código civil: aplicações da lei 10.406/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

desde que respeitado os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Estes institutos estão conceituados no artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil, modificada pela Lei nº 3.238/57.

A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º - Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º - Consideram-se direitos adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º - Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Esta conceituação adveio da combinação entre o artigo 3º da Lei de Introdução de 1916, que adotava a Teoria Clássica defendida por Gabba, e o original artigo 6º da Lei de Introdução de 1942, que proposto de acordo com a Teoria de Roubier.

Observa-se a influência destas duas correntes doutrinárias no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que no caput do artigo 6º da LICC onde prevê que “a lei em vigor terá efeito imediato e geral”, temos a teoria de Roubier, já a influência de Gabba pode ser verificada além do texto constitucional, na conceituação legal de direito adquirido, formulada pelo § 2º do mesmo diploma legal.

A doutrina pátria critica o conceito proposto pelo legislador, de modo que cada autor propõe o seu próprio,²³ visando complementá-lo e aperfeiçoá-lo.

Analisar-se-á, todos os elementos propostos pela doutrina, através do conceito formulado por Rubens Limongi França:

É a conseqüência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; conseqüência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto.²⁴

A primeira observação lançada por França²⁵ é que os demais conceitos trazidos pelo mesmo dispositivo legal, quais sejam, de ato jurídico perfeito e coisa julgada, os mesmos que compartilham da proteção constitucional do inciso XXXVI do artigo 5º, são despiciendos, já que direito adquirido é amplo, de modo que os demais institutos dele são decorrentes. Flávio Tartuce²⁶ compartilha desta mesma linha de raciocínio, seguida também por Maria Helena

²³ “Clóvis Beviláqua considera, para que o direito possa ser exercido pelo titular, ou por seu representante, dois elementos: a) que se tenha originado de um fato jurídico de acordo com a lei do tempo, em que se formou ou produziu; b) que tenha entrado para o patrimônio do indivíduo, converteu a definição legal na seguinte: ‘Direito adquirido é um bem jurídico, criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as prescrições da lei então vigentes, e que, de acordo com os preceitos da mesma lei, entrou para o patrimônio do titular’. Acham-se no patrimônio, os direitos que podem ser exercido, como, ainda os dependentes de prazo ou de condição pré-estabelecida, não alterável a arbítrio de outrem.” (apud TENÓRIO, Oscar. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 202). Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o instituto: “Entende-se adquirido o direito, consolidado, quando o direito derivado da disposição legal concessiva não tenha outra razão de ser, outra significação lógica, outro conteúdo racional, senão exata e precisamente perlongar-se no tempo, cristalizadamente, pois o dispositivo legal atributivo do direito perderia sentido se não fosse para esse fim” (apud CARRAZZA, Curso de ... p. 840). José Afonso da Silva vincula o conceito à direitos subjetivo: “Para compreendermos um pouco melhor o que seja o direito adquirido, cumpre lembrar o que se disse acima sobre o direito subjetivo: é um direito exercitável segundo a vontade do titular e exigível na via jurisdicional quando seu exercício é obstado pelo sujeito obrigado à prestação correspondente. Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada. [...] Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se no seu patrimônio, para ser exercido quando convier” (SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. – São Paulo: Malheiros, 2006. p 434). Alexandre de Moraes consigna: “De difícil conceituação, o direito denomina-se adquirido quando consolidada sua integração ao patrimônio do respectivo titular, em virtude da consubstanciação do fator aquisitivo (requisitos legais e de fato) previstos na legislação” (MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2006. P.302). Por fim, Carlos Maximiliano propõe “Se chama adquirido o direito que se constitui regular e definitivamente e a cujo respeito se completam os requisitos legais e de fato para integrar no patrimônio do respectivo titular, quer tenha sido feito valer, quer não, antes de advir norma posterior em contrário” (²³ Apud Moraes, p. 303).

²⁴ FRANÇA, R. Limongi. Op.cit., p. 296.

²⁵ Ibidem, p.296.

²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. São Paulo: Método, 2006. V.1. p. 75

Diniz no que diz respeito ao ato jurídico perfeito, que segundo ela, garante o direito adquirido.²⁷

Quanto ao alcance da expressão patrimônio, assim como Gabba, Manuel A. Domingues de Andrade²⁸ entende que esta deve ser interpretada como o conjunto das relações jurídicas, portanto os direitos e obrigações, efetivamente constituídas com valor econômico, atinente tanto à pessoa física como a jurídica, tanto de direito público como de direito privado.

Não compactua do mesmo entendimento Elival da Silva Ramos:

O vocábulo “patrimônio” não ostenta aqui seu sentido técnico jurídico habitual de conjunto de bens e direitos de natureza econômica, como já assinalava o próprio Gabba, significando, na verdade, o conjunto de direitos, de conteúdo econômico, político, social, moral, etc., vinculados ao indivíduo ou entidade de que ele participe de um modo particularmente próximo e intenso.²⁹

Há ainda uma sistematização quanto a noção das expectativas de direito, que não se estende à noção de direito adquirido, pois “dependem de um requisito legal ou de um fato aquisitivo específico”³⁰ para se aperfeiçoarem, pertencem às faculdades abstratas, posto que as faculdades concretas, que são “aquelas que já passaram para o patrimônio moral ou material do sujeito”³¹, estas sim, estão inseridas no conceito de direito adquirido.

Os chamados Direitos a termo, tanto inicial como final, também estão inseridos no campo do Direito Adquirido, assim como os direitos sob condição, seja ela resolutiva ou suspensiva.

Quanto aos direitos a termo, é necessário conceituá-lo para melhor elucidação, Clóvis Beviláqua, lembrado por Limongi França define termo “como o dia no qual tem de começar ou de extinguir-se a eficácia de um negócio jurídico”.³²

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.187.

²⁸ Apud DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.191.

²⁹ RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182

³⁰ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p.269.

³¹ Idem, p.269.

³² FRANÇA, R. Limongi. Op.cit., p. 230.

O conceito trazido pelo legislador, abarca tanto o termo inicial como o termo final, posto que este pode ser exercido de pronto, extinguindo-se pelo advento do termo estabelecido.

Verifica-se que não há maiores problemas quanto a aquisição do direito pelo termo inicial, posto que o próprio Código Civil, em seu artigo 131, disciplina que “o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito”.

Esta regra também pode ser aplicada às chamadas obrigações periódicas, que guardam uma correlação com os direitos a termo, de modo que àquelas também são passíveis de ser objeto do direito adquirido.

Quanto aos direitos sujeitos a condição, estes são conceituados pelo legislador no artigo 121 do Código Civil, em que “considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

A condição pode ser suspensiva ou resolutiva. Entende-se por condição suspensiva aquela “cujo modo de atuar difere a eficácia do ato até a realização do evento futuro e incerto,”³³ já condição resolutiva é aquela que “não obstante a vigência do ato, faz com que este se resolva com a verificação do evento”³⁴

A expressão “inalterável a arbítrio de outrem” contida no conceito legal significa que não se trata de direito potestativo, ou seja, aquele que depende da vontade de apenas uma das partes.

Importante asseverar, que equivocada é a noção de que o direito adquirido apenas serve para obstar a retroatividade da lei, é necessário focar outro aspecto, conforme assevera Roque Antônio Carrazza:

Como vemos, o direito adquirido não apenas obstaculiza a retroatividade da lei nova, mas, por impedir também a projeção de efeitos imediatos e futuros desta, garante a ultratividade da lei velha.

³³ Ibidem, p. 231

³⁴ Ibidem, p.231

Melhor dizendo, impede que a lei nova, mesmo incidindo para o futuro, desconstitua situações consolidadas sob a égide da lei velha. [...] ³⁵

Portanto, o direito adquirido garante a chamada ultratividade da lei velha, que regulará as situações que se deram quando da sua vigência, independente da entrada em vigor de uma lei nova.

Outra questão a ser abordada é a relação existente entre o Direito Adquirido e as leis de ordem pública. Como visto quando da análise das teorias existentes acerca do tema, Gabba defendia que não constituía direito adquirido as matérias relativas a ordem pública, Roubier entende que esta fórmula deve ser ignorada:

A idéia de ordem pública não pode ser posta em oposição ao princípio da não-retroatividade da lei, pelo motivo decisivo de que, numa ordem jurídica fundada na lei, a não-retroatividade das leis é ela mesma uma das colunas de ordem pública... A lei retroativa é, em princípio, contrária à ordem pública; e se excepcionalmente o legislador pode comunicar a uma lei a retroatividade, não conviria imaginar que, com isso, ele fortalece a ordem pública; ao contrário, é um fermento de anarquia que ele introduz na sociedade, razão por que não ser usada a retroatividade senão com a mais extrema reserva. ³⁶

Verifica-se que em contraposição à Doutrina dos Direitos Adquiridos, Roubier defende que nem mesmo as leis de ordem pública podem retroagir de modo a regular os fatos já aperfeiçoados em momento anterior à vigência da mesma.

Em toda doutrina, é possível identificar três posicionamentos acerca do tema, o primeiro de que as leis de ordem pública têm efeito retroativo, um segundo de que as leis de ordem pública tem efeito imediato, e o terceiro de que as leis não devem atingir os direitos adquiridos.

Na jurisprudência o tema não é livre de divergência, encontram-se posicionamentos tanto no sentido de que a ordem pública é suprema e deve ser

³⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 841

³⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva. Op.cit., p. 40.

respeitada, quanto ao respeito aos direitos adquiridos mesmo quando em contraposição ao bem comum.³⁷

Diante deste cenário, como encontrar um critério para solucionar a questão? Enfrenta esta problemática, R. Limongi França, que conclui ser impossível adotar apenas um posicionamento, posto que todos são conciliáveis entre si, e tenta traçar critérios para aplicar uma ou outra orientação.

Feitas estas considerações, três perguntas devem ser respondidas, pelo menos em seus lineamentos fundamentais: 1ª) Quando uma norma de ordem pública tem efeito retroativo?; 2ª) Quando o seu efeito é imediato? e 3ª) Quando não deve atingir o Direito Adquirido?³⁸

Em resposta a esta problemática dispõe:

- a) Ainda que se cuide de matéria ligada aos mais altos interesses públicos, não pode haver retroatividade se a lei não for expressa, a esse respeito.
- b) As leis de Ordem Pública, em princípio, têm efeito imediato só encontrando barreiras nas partes anteriores dos efeitos dos fatos passados.
- c) O critério para se saber quando uma lei de ordem Pública não deve atingir o Direito Adquirido, quer retroativa, quer imediatamente é o de que o fundamento da Ordem Pública, para desconhecer o Direito Adquirido, não pode ir a ponto de atingir os casos em que esse desconhecimento geraria o desequilíbrio social e jurídico.³⁹

De fato, assiste razão ao doutrinador em reconhecer a dificuldade de se traçar uma única fórmula a ser aplicada a todo e qualquer caso concreto. Suas ponderações são plenamente aplicáveis às situações com que se ocupa a ciência do Direito Intertemporal.

Ainda resta mais um tema árduo a ser combatido, o direito adquirido apenas não limita o poder constituinte originário, ou também o poder constituinte derivado? As garantias do direito adquirido apenas se dirigiriam à lei ordinária?

³⁷ FRANÇA, R. Limongi. Op. cit., p.255/256.

³⁸ Ibidem, p.258.

³⁹ Ibidem, p.298.

Inegável que os princípios do direito adquirido e da irretroatividade das leis obrigam os legisladores, e na aplicação ao caso concreto, também obrigam aos juízes e órgãos administrativos.

O fato do legislador ordinário disciplinar o instituto não lhe retira o caráter de proteção constitucional, tanto que está disciplinado pela Lei de Introdução ao Código Civil, mas sua previsão constitucional está abarcada pela limitação material do artigo 60, § 4º, VI, da Constituição Federal, por ser cláusula pétrea, já que está disposto no capítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Com efeito, não há que se falar que o constituinte derivado não estaria vinculado a este princípio, já que a Constituição não dirige-se a apenas uma ou outra espécie normativa, aplicando-se seja à uma emenda ao seu texto, ou à uma lei a lhe complementar.

Assim sendo, porque não vincular o Direito Adquirido ao texto de uma lei ordinária, ou qualquer que seja? Diante desta situação, não há como afirmar que apenas o poder constituinte originário encontra-se livre de qualquer limitação imposto pelo princípio da irretroatividade das leis e do respeito ao Direito Adquirido.

5 CLASSIFICAÇÃO DOS INTERESSES

Para compreender a expressão coletivo, é necessário discorrer a respeito do que Hugo Nigro Mazzili chama de “várias categorias de interesses”⁴⁰, a fim de delimitar o alcance da expressão.

5.1 Interesse Público e Interesse Privado

A primeira noção que se tem de interesse público é aquele que abrange o interesse de todos, que aproveita toda a coletividade. Não obstante, o Estado agindo em prol do interesse comum, atinge interesses individuais, e mais, muitas vezes, através de seus governantes não o faz propriamente visando o bem comum, mas interesses próprios.

Neste segundo aspecto, Hugo Nigro Mazzilli, esclarece que “o interesse público consiste na contraposição do interesse do Estado ao interesse do indivíduo”.⁴¹

Por óbvio, nesse sentido, o interesse privado será o contrário, de modo que haverá uma “contraposição entre os indivíduos, em seu inter-relacionamento”.⁴²

Ricardo de Barros Leonel⁴³ apresenta outra conceituação aos interesses privados, identificando seu aspecto disponível, e de equivalência com outros interesses de mesma natureza, em razão da aplicação dos princípios da autonomia da vontade e igualdade de partes.

Além do alcance supra, a expressão interesse público passa a ter diversas conotações, posto que também utilizada para indicar os chamados interesses difusos, e ainda aqueles inerentes a uma comunidade, coletividade, de modo que não são de interesse do Estado, porém também não são individuais.

⁴⁰ MAZZILLI, A defesa dos interesses... p.45.

⁴¹ Ibidem, p.45.

⁴² Ibidem, p.45.

⁴³ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. São Paulo: RT, 2002. p. 93

Devido a este aspecto, é que divide-se o interesse público em dois aspectos, um primário e outro secundário.

O interesse público primário é aquele que visa o bem comum, aproximando-se do conceito de interesse supra ou metaindividual e o secundário no interesse Estatal. Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁴, nos comentários trazidos por Ricardo de Barros Leonel, defende que caso os interesses públicos primários e secundários entrem em conflito, o primeiro deve prevalecer em detrimento do segundo.

Importante assinalar que devido às estruturas das sociedades serem cada vez mais diversificadas e complexas, os interesses não coincidem, gerando conflitos, de modo que há posicionamento doutrinário que nega a existência de um bem comum.⁴⁵

5.2 Interesse Coletivo em Sentido Amplo

As expressões interesse trans, supra ou meta individual, bem como interesse coletivo em sentido lato, têm sido utilizadas como sinônimas. Este grupo de interesse está situado em uma área cinzenta, posto que não pode ser considerado como interesse público, tampouco se enquadra como interesse individual. Neste contexto, tais direitos podem ser conceituados como sendo aqueles interesses de grupos de pessoas reunidas por uma mesma relação jurídica ou fática.

Conforme já analisando na origem histórica, a preocupação com os interesses de grupos e sua tutela jurídica foi iniciada com a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7347/85, porém foi o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, em seu artigo 81, que conceituou os direitos ou interesses⁴⁶ transindividuais.

⁴⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

⁴⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit., p.47.

⁴⁶ As expressões direitos e interesses são empregadas indistintamente, assim como ocorre na própria Carta Magna, em seus artigos 5º, inc. LXX, b; e 129, inc. III.

O legislador utilizou-se de três critérios para fazê-lo, sendo o primeiro subjetivo, atribuindo a titularidade do interesse, se pertencem a sujeitos determináveis ou não; outro objetivo, em que busca aferir se o direito é divisível ou indivisível, e por fim quanto a origem do mesmo, qual a natureza que os liga a mesma relação jurídica.⁴⁷ Neste sentido, Hugo Nigro Mazzilli:

a) Se o que une **interessados determináveis**, com **interesses divisíveis**, é a **origem comum da lesão** (p. ex., os consumidores que adquirem produtos fabricados em série com o mesmo defeito), temos interesses **individuais homogêneos**; b) se o que une **interessados determináveis** é a circunstância de compartilharem a mesma **relação jurídica indivisível** (como os consumidores que se submetem à mesma cláusula ilegal em contrato de adesão), temos **interesses coletivos em sentido estrito**; c) se o que une **interessados indetermináveis** é a **mesma situação de fato**, mas o dano é **individualmente indivisível** (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos **interesses difusos**. (grifo nosso).⁴⁸

Não obstante ser o Código de Defesa do Consumidor que define tais conceitos, o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública estende-os além das relações de consumo, alcançando a todas as formas que necessitem de tutela coletiva.

Quanto ao alcance da indivisibilidade verificada no conceito dos interesses coletivos em sentido estrito e nos interesses difusos, Antônio Gidi⁴⁹, inspirado por Barbosa Moreira, explica que esta se caracteriza pela impossibilidade de atribuir a cada titular do direito uma quota divisível, já que a satisfação ou lesão ao direito atinge a todos os interessados.

Importante ressaltar as críticas de Nelson Nery Junior⁵⁰ às tentativas doutrinárias de se enquadrar matérias a determinados interesses, como uma fórmula que não sofre alterações, tais como, matéria ambiental pertence aos interesses difusos, consumidor, é interesse coletivo.⁵¹

⁴⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.485.

⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit., p.48/49.

⁴⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit., p. 483.

⁵⁰ *Ibidem*, p.482.

⁵¹ *Ibidem*, p.482.

Assim, não será a matéria que irá determinar em qual categoria transindividual deverá se enquadrar o interesse, mas “o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação”.⁵²

Demonstra tal afirmativa tomando como exemplo o acidente com o *Bateau Mouche IV*⁵³, fenômeno que comporta tutelas jurisdicionais de todos os interesses, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O acidente com o ‘Bateau Mouche IV’, que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associações das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia, a fim de compelir a empresa proprietária da embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes.⁵⁴

Adiante, analisar-se-á, pormenorizadamente, cada categoria de interesses.

5.2.1 Interesses difusos

O legislador conceituou tal interesse no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

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;

De sua redação, extraí-se que os interesses difusos são pertencentes a grupos indetermináveis, que são unidos por vínculos fáticos, e possuem natureza indivisível.

⁵² *Ibidem*, p.482.

⁵³ Acidente ocorrido no Rio de Janeiro em 31 de dezembro de 1988. Durante a comemoração do réveillon, a embarcação com 150 (cento cinquenta) passageiros naufragou na Bahia de Guanabara, o que ocasionou 55 (cinquenta e cinco) vítimas fatais, devido à super lotação e falta de equipamentos de segurança.

⁵⁴ Apud LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 100.

Para esclarecer tal conceito, socorre-se aos exemplos mais corriqueiros na doutrina, como o relacionado ao meio ambiente saudável.

Observa-se que a titularidade deste direito pertence a pessoas indetermináveis, já que os sujeitos não podem ser identificados individualmente⁵⁵, por óbvio, pois o direito ao meio ambiente sustentável e são, pertence a todos, e se este for degradado em determinado lugar, atingirá diretamente os habitantes desta região, que são unidos apenas pelo fato de residirem no mesmo lugar.

Tal circunstância é mutável tanto no tempo quanto no espaço, posto que alguns sujeitos podem passar a residir em outro lugar, ou mesmo, ter interesses antagônicos.⁵⁶

Ainda, tal direito é indivisível e não pode ser quantificado. Não há como atribuir o direito a cada sujeito, tanto que o resultado da tutela jurisdicional não visa o interesse individual, não apenas por sua característica subjetiva, posto que pertence a sujeito indetermináveis, mas pela própria indivisibilidade do interesse, de modo que eventual indenização será destinada a um fundo a ser utilizado na *reparação do interesse lesado*, que no exemplo supra, não pertence apenas aos atuais moradores, mas também aos futuros.⁵⁷

Quanto a origem do interesse, o fato de o legislador consignar que este é estabelecido por um liame fático, não significa que não haja nenhum liame jurídico, mas que, a lesão decorre diretamente da relação fática e não da jurídica em si.

Hugo Nigro Mazzilli esclarece que os interesses difusos revestem-se de peculiaridades, de modo a dar margem a novas características:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria de tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes) e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses

⁵⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 488.

⁵⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Op. cit., p.105.

⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit., p. 49.

transindividuais reciprocamente conflitantes, como os que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).⁵⁸

Verifica-se as novas facetas que podem se revestir os interesses difusos, de modo que não pode ser considerado sinônimo de interesse público, e que nem sempre será o mesmo interesse que da comunidade ou do Estado, o que ressalta mais uma característica, o da conflituosidade de interesses, facilmente identificados nos exemplos supra.

5.2.2 Interesses coletivos em sentido estrito

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II, conceitua esta classe de interesses da seguinte forma:

Art. 81 [...]

Parágrafo único – [...]

I – [...]

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;

Conforme os critérios do Código de Defesa do Consumidor, quanto ao aspecto subjetivo, os interesses coletivos em sentido estrito são pertencentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas, quanto ao aspecto objetivo são indivisíveis, assim como os interesses difusos, já em relação ao aspecto origem, os titulares deste direito estão ligados por uma relação jurídica base, que segundo a doutrina, é prévia, posto que não decorre da relação jurídica surgida com a lesão ou ameaça de lesão.⁵⁹

Através destas considerações, merecem atenção dois elementos novos, o aspecto subjetivo e a origem do interesse em comento, que são distintos dos interesses difusos.

⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op.cit., p.51.

⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit., p. 490.

A titularidade aqui reúne classe, grupo ou categoria de pessoas determináveis, que conforme advertência de Hugo Nigro Mazzilli é sim fruto de uma relação fática, porém a lesão não decorrerá desta relação, mas da “relação jurídica viciada”⁶⁰ que une o grupo.

O exemplo do grupo de pessoas vítimas de uma cláusula ilegal em um contrato de adesão é esclarecedor, posto que se proposta uma ação civil pública que vise a nulidade de tal cláusula tutela interesse de pessoas determináveis, que estão ligadas por relação jurídica comum, devendo o resultado ser análogo a todo grupo, posto que tais interesses são indivisíveis.

5.2.3 Interesses individuais homogêneos

É conceituado pelo inciso III, do parágrafo único do artigo 81 do Código de defesa do Consumidor como “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Como nos interesses difusos, os interesses individuais homogêneos têm por origem circunstâncias de fato comum, porém possuem por titulares, assim como os interesses coletivos em sentido estrito, sujeitos determináveis, e é a única categoria de interesses cujo o objeto é divisível.

Para melhor elucidar tal categoria de interesses, socorre-se ao exemplo trazido por Hugo Nigro Mazzilli⁶¹, em que identifica a existência de tais direitos na situação de pessoas que compraram veículos com o mesmo defeito em série advindos do mesmo lote. Desta forma, são pessoas individualizadas, que estão unidos por esta circunstância de fato comum, com direito divisível e distinguível entre seus titulares a receber a reparação devida.

Gregório Assagra Almeida⁶² assinala que tais interesses são considerados coletivos de modo accidental, posto que trata-se de uma pluralidade de direitos individuais homogeneamente considerados, que estão unidos por

⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 52.

⁶¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.54.

⁶² ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit., p.492.

origem comum. Consubstancia esta afirmativa nos ensinamentos de Antonio Gidi, que no mesmo sentido afirma que “não há direito individual homogêneo, mas direitos individuais homogeneamente considerados”.⁶³

É necessário estabelecer uma correlação entre a causa de pedir destes indivíduos, que não deve subordinar-se a apenas uma origem fática comum, como também jurídica.

Neste sentido, Antonio Gidi, comentado por Gregório Assagra de Almeida.

Acertadamente Kazuo Watanabe alerta que a origem comum não significa, necessariamente, uma ‘unidade factual e temporal’, quer dizer, não é preciso que o fato gerador seja um único e o mesmo para todos os direitos individuais. O fundamental, acrescenta Arruda Alvim, é que sejam situações ‘juridicamente iguais’, ainda que se constituam como ‘fatos diferenciados no plano empírico, tendo em vista a esfera pessoal de cada uma das vítimas ou sucessores’.⁶⁴

É certo, porém, que a complexidade do tema faz com que a noção não seja corretamente difundida na jurisprudência pátria, que se equivoca ao identificar os institutos disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor.⁶⁵

⁶³ Ibidem, p.492.

⁶⁴ Ibidem

⁶⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op.cit., p. 493.

6 DIREITO ADQUIRIDO COLETIVO

Após a análise dos institutos, que são objeto do presente tema, quais sejam, do Direito Adquirido e da Tutela Coletiva que em sentido lato corresponde a expressão Direito Transindividual, surgem dúvidas a respeito de sua existência, já que toda a exposição focou o aspecto individual de cada um deles.

Diante disto, seria possível a existência de um direito adquirido coletivo?

Para responder tal questão, traz-se à tona um caso prático, ocorrido em Presidente Prudente-SP, quanto ao transporte escolar gratuito que foi instituído pelo Decreto Municipal n.º 11.948 de 22 de maio de 1998 que instituiu o Programa Catraca Livre.

Este programa, de autoria do então Prefeito Municipal Mauro Bragado, cujo mandato perdurou de 1997 a 2000, visava dar efetividade ao direito à educação de crianças e adolescentes, garantindo o direito ao transporte escolar gratuito aos estudantes que dele necessitassem, estendido também a alunos de classes ou escolas especiais para as pessoas com deficiência. Para tanto, o estudante deveria comprovar a matrícula em escola que ministrasse ensino gratuito no município, a falta de vaga em escola próxima à sua residência, e deveria residir a mais de 1.000 (mil) metros da instituição de ensino, conforme a redação do decreto.⁶⁶

Com o advento de novas eleições e a assunção do cargo pelo Prefeito Agripino de Oliveira Lima Filho (2000-2007), em 15 de outubro de 2001, foi editado o decreto municipal nº 15029/2001 (em anexo), que revogou o benefício aos estudantes, acabando com o programa Catraca Livre. Posteriormente, editou-se um novo Decreto Municipal nº 15039/2001 (em anexo), que estabeleceu novas exigências para se obter o benefício agora denominado de passe social.

⁶⁶ Texto em anexo.

O Ministério Público, através da Promotoria de Justiça da Infância e da Juventude, visando tutelar os interesses dos estudantes da cidade, como corolário ao direito à educação, garantido constitucionalmente, ajuizou ação civil pública em face do Município de Presidente Prudente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁶⁷, ao apreciar a questão, assim manifestou-se:

Ação Civil Pública visando o oferecimento de transporte escolar gratuito a alunos cadastrados no Centro de Controle Operacional – Serviço previsto na CF, em lei federal e na LOM que vinha sendo executado regularmente, mas que foi restringido por Decretos – Possibilidade Jurídica do Pedido – Exame do mérito fundado no art. 515, §3º, do CPC – Reconhecimento da Obrigação e do direito adquirido coletivo e da aplicação do não retrocesso social – Apelo provido para julgar-se ação procedente, rejeitada a preliminar. [...]

O Ministério Público na brilhante sustentação oral levada a cabo perante esta Câmara, demonstrou, com perfeição, a tese do direito adquirido coletivo no caso concreto, pois a execução regular do transporte já estava incorporada ao patrimônio dos estudantes interessados, sendo aplicável o princípio do não retrocesso social (...) (Grifo nosso).

Não obstante o trânsito em julgado do acórdão supra, o Prefeito Municipal, mais uma vez, na tentativa de limitar o direito ao transporte escolar gratuito, editou os decretos 18.383 de 18 de dezembro de 2006 (em anexo), parcialmente modificado pelo decreto 18.400 de 27 de dezembro de 2006 (em anexo). Em síntese, a nova ordem emanada do Poder Executivo restringe o transporte ao estudante aumentando a distância da residência até a escola (de 1.000 para 1.500 metros de distância). Restringiu, ainda, o ensino que antes era amplo, limitando o favor da lei apenas aos estudantes da rede municipal e estadual de ensino.

A limitação pretendida pelo prefeito Agripino Lima sob o argumento que “a gratuidade distribuída, a todos, sem critérios é contra-senso”⁶⁸, não justifica a afronta ao direito que já estava incorporado ao patrimônio dos estudantes.

⁶⁷ Recurso de apelação cível n.º 097.863.0/2-00 interposto pelo Ministério Público em face do Município de Presidente Prudente (íntegra do acórdão em anexo).

⁶⁸ Considerações do Decreto Municipal 19.383/2006 (íntegra em anexo).

Assim, conforme toda teoria já estudada, o caso destes estudantes será regulado pelo Decreto nº 11.948/1998 que institui o Programa Catraca Livre, garantindo a chamada Ultratividade da lei.

Se de fato, pretender-se regular o benefício concedido aos estudantes, será possível fazê-lo respeitando os direitos já adquiridos, desde que as novas regras valham para o futuro.

Com efeito, estamos diante de um caso prático em que salta a configuração no caso concreto de um Direito Adquirido Coletivo, porém com peculiaridades, posto que o direito adveio de um decreto, que constitui lei em sentido amplo.

A defesa processual deste direito demanda analisar as peculiaridades processuais do caso.

Diante destas considerações, merece análise sistemática cada ponto levantado.

6.1 Peculiaridades Processuais nas Tutelas Coletivas – Considerações Gerais

O primeiro aspecto a ser analisado diz respeito as condições da ação para tutelar interesses massificados, o que traz à tona a discussão a respeito do direito processual coletivo.

Há peculiaridades a serem analisadas principalmente no que diz respeito a legitimidade, interesse de agir, a pluralidade de processos que não induz à litispendência e as particularidades da coisa julgada coletiva.

A efetividade do direito adquirido coletivo foi alcançada com a utilização do chamado Direito Processual Coletivo, já que, conforme já sinalizado, apresenta características próprias em relação ao processo individualmente considerado.

Este novo ramo do direito surgiu com a Constituição Federal de 1988 que em vários momentos manifesta sua preocupação em tutelar os direitos de grupos, e disciplina as ações que majoritariamente cuidam de aspectos

coletivos, como a ação popular (artigo 5º XXXV da CF), o mandado de injunção (artigo 5º, LXIX e LXX), a ação de impugnação de mandato eletivo (artigo 14, §§ 10 e 11), o dissídio coletivo (art. 114, §2º) e a ação civil pública (artigo 129, III). Importante ainda lembrar as ações de controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que apesar do rol restrito de legitimados para ajuizá-las, tutelam o interesse de todos em não ter no ordenamento jurídico uma lei inconstitucional.

A este novo diploma processual aplica-se o conjunto de princípios e garantias inerentes aos outros ramos do processo, como por exemplo, o princípio do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição. É a Constituição que regula a adequação das ações ali disciplinadas, como por exemplo, o *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, entre outros, além de disciplinar a legitimidade de determinadas ações como é o caso da Ação Civil Pública (129 § 1º - 103), por exemplo.

Gregório Assagra de Almeida defende que o objeto do direito processual coletivo é dividido em dois grupos, um comum e outro especial.⁶⁹

O especial seria aquele que possui regras para tutelar o direito objetivo, onde se enquadram as ações de controle concentrado de constitucionalidade, observa-se que aqui não há lide, mas protege-se a Constituição contra as investidas de uma lei em desacordo com suas normas.

Já o comum seria aquele em que o conjunto de regras destina-se a tutelar os interesses subjetivos coletivos em sentido amplo, que dentre outras, destacam-se a ação civil pública e a ação popular, ressaltando ainda a regulamentação trazida pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que diferentemente do ramo especial, serve para tutelar os interesses coletivos de um caso concreto.

A vantagem disto é a diminuição de demandas no poder judiciário por poder se reunir várias lides em uma mesma ação que guardam conexão entre si, o que evita decisões contraditórias a respeito de um mesmo assunto, tudo em

⁶⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit., p. 139/140.

consonância com o princípio da economia processual, e ainda possibilita o acesso à justiça.

6.1.1 Principais ações utilizadas para tutelar os interesses coletivos

Neste tópico ater-se-á à análise das ações que visam tutelar os interesses coletivos dentro do chamado Processo Coletivo Comum. A primeira questão que deve ser enfrentada diz respeito ao que se entende por ação coletiva. Para tanto, socorre-se aos ensinamentos de Gregório Assagra Almeida:

O melhor critério para saber se uma ação é coletiva ou não reside da aferição de seu objeto material. Toda ação que busca a tutela de alguma espécie de direito coletivo (difuso, coletivo em sentido estrito, ou individuais homogêneos), pode ser considerada, pelo menos em tese, como ação coletiva.⁷⁰

Tal autor destaca a existência de duas classes de ações coletivas, aquelas que chama serem “ações constitucionais ambivalentes”⁷¹, por serem possíveis de serem manejados para tutelar tanto os interesses individuais como os coletivos, já que a Constituição não apresenta nenhuma restrição a este respeito, indicando nesta classe o mandado de segurança e o mandado de injunção.

Já a ação popular, a ação civil pública, o dissídio coletivo, a ação de impugnação de mandato coletivo e a ação direta interventiva, são eminentemente utilizadas para tutelar os interesses coletivos.

6.1.2 Legitimidade ativa

Muitos são os posicionamentos doutrinários a respeito da natureza da legitimação ativa nas ações coletivas. Por tratar-se de interesses de grupos, há

⁷⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Op. cit.; p. 271.

⁷¹ Idem.

em um primeiro momento, o entendimento de que a defesa em juízo se daria por legitimação extraordinária que ocorre quando a lei autoriza que o direito seja tutelado por quem não é titular, ou pelo menos que não o é de modo exclusivo.

Uma das formas da legitimação extraordinária se dá com a substituição processual, em que alguém em nome próprio, pleiteia direito alheio, conforme redação do artigo 6º do Código de Processo Civil.

Porém esta não é um posicionamento unânime. Diversas são as correntes que tentam explicar a natureza da legitimidade nas ações coletivas.

Há quem diga, que trata-se de verdadeira legitimação ordinária pelo legitimado também atuar em interesse próprio, como no caso de uma associação civil que ajuíza uma demanda para tutelar seus fins estatutários.⁷²

Porém, certo é que apesar de o legitimado ativo em tese ter interesse no resultado da demanda, por desejar ver a situação jurídica lesada restaurada, trata-se de interesse inerente a cada integrante do grupo lesado, e é este interesse que é alcançado pela imutabilidade da decisão.

Outro posicionamento é que se trata de uma legitimação autônoma, já que o “fenômeno da substituição processual exige substituído certo”⁷³. Refutando este entendimento Mazzilli assinala que a legitimação extraordinária sempre será configurada quando “alguém em nome próprio defenda direito alheio, pouco importa se trate de pessoa certa ou não.”⁷⁴

O posicionamento que parece mais adequado é o primeiro, já que a lei elege verdadeiros substitutos processuais para que atuem em nome próprio em favor de direito alheio.

Os legitimados ativos para a ação civil pública ou coletiva integram-se tanto no Código de Defesa do Consumidor, artigo 5º, como na Lei da Ação Civil Pública, artigo 82, assim como no Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 210.

⁷² MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.61.

⁷³ Ibidem, p. 61

⁷⁴ Ibidem, p.61.

Para propor as ações fundadas em interesses coletivos em sentido lato, são legitimados:

I - o Ministério Público;

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

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

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.⁷⁵

Trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva. Concorrente em razão de todos os legitimados, de modo autônomo e independente, ter interesse de agir. Disjuntiva, por não necessitarem de autorização dos demais legitimados, tampouco formar litisconsórcio para que possam atuar em prol dos interesses coletivos em sentido lato.

No rol de legitimados inserem-se a OAB⁷⁶; o Procon, na defesa dos consumidores; e mais, a Constituição⁷⁷ ainda incluiu neste rol partido político com representação no Congresso Nacional, os sindicatos, entidade de classe ou associação constituída e em funcionamento há um ano, desde que atuem na defesa de seus membros ou associados.

Este rol tem sido elástico tanto pela lei quanto pela jurisprudência pátria, que admite ainda como legitimado ativo o “síndico da massa falida, por comissão de representantes de adquirentes de unidades em condomínios ou incorporações, por condomínio de edifícios de apartamentos”.⁷⁸

Já quanto ao indivíduo, a única hipótese deste manejar uma ação que tenha finalidade coletiva, se dá na ação popular, quando o objeto da ação for o meio ambiente ou o patrimônio cultural.

Da redação do inciso IV do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, acima mencionado, extraí-se dois requisitos para que as

⁷⁵ Artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁶ Artigo 44, I e II do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

⁷⁷ Artigo 5º, LXX, da Constituição Federal.

⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.274.

associações civis possam ajuizar ações coletivas, o primeiro temporal, já que exige que as associações estejam “legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano”. O segundo critério é chamado por Mazzilli de “pertinência temática”⁷⁹, já que os fins da entidade devem estar em consonância com o interesse a ser tutelado na ação.

Quanto ao primeiro requisito, a doutrina entende que este só não é aplicado aos legitimados públicos, de forma que tal exigência alcançaria os sindicatos bem como as fundações privadas.

Contudo, o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, em seu § 1º excetua tal exigência desde que demonstrado o “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

Em relação a pertinência temática, em nenhuma hipótese este requisito pode ser dispensado. Nada impede que tal finalidade esteja prevista de forma genérica, desde que razoavelmente considerada, para não admitir que uma única entidade tutele qualquer tipo de interesse.

Ainda impende questionar se tal requisito é adstrito as associações, ou se também alcança os outros legitimados. Mazzilli a este respeito pondera:

Só não tem sentido exigir pertinência temática do Ministério Público, da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Em vista de sua vocação à defesa de interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*, presume-se que possam, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza. Também não se exige tal pertinência temática dos partidos políticos.⁸⁰

Assim, as associações civis, sindicatos, fundações privadas e entidades da administração pública indireta devem obedecer ao requisito da pertinência temática.

Importante assinalar que o lapso temporal, bem como a pertinência temática exigida, constitui pressuposto processual e não condição da ação (legitimidade de partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido), pois se assim não fosse, não se poderia dispensar o requisito temporal, de modo

⁷⁹ Idem, p. 275.

⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.278.

que incidiria na extinção do processo sem julgamento de mérito⁸¹, devido a carência da ação.

Para que a representação da associação esteja adequada é preciso ainda a autorização expressa para o ajuizamento da ação, que poderá constar no estatuto, ata ou deliberação da assembléia, conforme dispõe o artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, sendo que a exigência imposta pelo parágrafo único⁸² do mesmo artigo, por decisão do STF proferida em sede de mandado de segurança coletivo, não se aplica aos órgãos que tenham jurisdição nacional.⁸³

Caso no decorrer da ação, o legitimado que atua em prol de interesse coletivo venha, por qualquer motivo, a perder a representatividade adequada, em razão das peculiaridades da ação, o artigo 5º, §3º da Lei da Ação Civil Pública, disciplina que “o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a legitimidade ativa”.

6.1.3 Interesse processual

Em linhas gerais, o interesse processual reflete o binômio necessidade e adequação, de modo que o legitimado deve reunir a “adequação entre a necessidade de a instituição recorrer ao Judiciário e a utilidade prática do provimento jurisdicional pretendido”⁸⁴.

Em relação ao Ministério Público, este interesse é presumido, diante da competência que lhe é outorgada pela Constituição Federal, em seu artigo 129. Neste sentido, Mazzilli assinala que “o interesse de agir do Ministério Público é presumido pela própria norma que lhe impõe a atribuição. Quando a lei lhe confere legitimidade para acionar ou intervir, é porque lhe presume o interesse.”⁸⁵

⁸¹ Artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

⁸² “Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”

⁸³ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.279.

⁸⁴ Ibidem, p.334.

⁸⁵ Ibidem, p.333.

Esta presunção também alcança as pessoas jurídicas de Direito Público interno, sendo que os demais legitimados devem comprovar o efetivo interesse processual sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito em razão da carência da ação.

6.1.4 Litispendência e Coisa Julgada

De modo geral, a coisa julgada e a litispendência são institutos semelhantes já que tratam sobre a repetição de ações com as mesmas partes, causa de pedir e pedido, com a diferença que a primeira já tem sentença prolatada da qual não caiba recurso, já em relação à litispendência, ambas as ações estão em trâmite.

O artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, veda a possibilidade de ocorrer litispendência entre as ações coletivas e individuais que visam tutelar os interesses difusos e coletivos.

Tal dispositivo não poderia ser diferente, já que para configurar a litispendência, como já fora dito, necessário que coincidam as partes, causa de pedir e pedido, o que se torna impossível no caso tratado pelo artigo.

O artigo não relaciona os interesses individuais homogêneos, o que poderia resultar na conclusão que entre a ação que tutela estes interesses e uma ação individual poderia gerar litispendência.

Apesar do artigo ensejar esta interpretação, não há como admitir tal hipótese, posto que na situação em análise não coincidem as partes, causa de pedir e pedido que implicam na litispendência. Claro fica que estas ações guardam correlação entre si, o que poderia gerar uma conexão ou mesmo continência das ações, e nunca litispendência já que são ações tratam de objetos diferentes.

Neste sentido é o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli, que assinala que o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, na verdade refere-se ao instituto processual denominado continência, que ocorre o objeto da

ação individual é abrangido pelo da ação coletiva, a fim de evitar decisões contraditórias, esclarecendo as hipóteses em que isto poderia ocorrer.

Mas, para que haja, *a contrario sensu*, a litispendência de que fala o artigo 104 do CDC, ou, mais corretamente, a continência, é condição implícita que: a) na ação individual o lesado esteja postulando reparação daquilo que se dano tenha de comum ou uniforme com o de outros lesado (p. ex., num produto de série, com o mesmo defeito, será comum para os consumidores o custo da substituição ou a indenização pela reposição da peça defeituosa); b) na ação civil pública ou coletiva, o pedido compreenda a reparação dos prejuízos individuais homogêneos de todo o grupo, ou, pelo menos, o reconhecimento de uma lesão de caráter coletivo (em sentido estrito) para todos os integrantes do grupo.⁸⁶

Necessário analisar a situação em que apenas o legitimado ativo é diferente, tendo as demandas a mesma causa de pedir e pedido. Em princípio, poderia concluir que não haveria identidade dos elementos da ação, já que as partes são diferentes. Porém, neste caso a litispendência encontra-se caracterizada, já que as partes neste caso funcionam com legitimação extraordinária, na modalidade substituição processual, e atuam em prol dos interesses da coletividade lesada.

Não induz, todavia, litispendência a propositura de ação civil pública e ação popular devido a redação do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública. Não obstante, a fim de se evitar decisões contraditórias, interessante seria a conexão das duas demandas caso tivessem os mesmos elementos.

Há que se ressaltar o direito de ação que tanto ao cidadão como ao legitimado extraordinário é garantido pela Constituição, de forma que tanto pretensões individuais como coletivas podem ser intentadas perante o Poder Judiciário, bem como, por este devem ser conhecidas diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Portanto, as ações individuais com pedido diferenciado não podem ser obstadas sob o pretexto de haver ações coletivas que tutelam o mesmo interesse, porém o faz de forma menos abrangente.

Superada a análise da configuração da litispendência, passa-se as considerações à respeito da coisa julgada nas ações que tutelam interesses coletivos.

⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 232.

Coisa Julgada está ligada à idéia de imutabilidade do pronunciamento judicial e atende aos anseios da segurança jurídica, assim como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, tudo visando a estabilidade das relações judiciais.

Segundo a teoria clássica, a coisa julgada “significa a imutabilidade do que foi definitivamente decidido, limitadamente às partes do processo”⁸⁷. Porém, nas tutelas coletivas esta idéia de coisa julgada, focada nas ações individuais, traria problemas, como por exemplo, a possibilidade de outro legitimado discutir novamente a ação por não ter se contentado com o resultado da mesma, ou ainda, a inviabilidade de se beneficiar os indivíduos lesados, já que o título executivo apenas será inerente às partes do processo.

Para solucionar esta problemática, a Lei da Ação Civil, inspirou-se na solução dada pela Lei da Ação Popular⁸⁸, e em seu artigo 16, redação originária, disciplinou que a decisão proferida em sede de ação civil pública faria coisa julgada *erga omnes*, menos nos casos em que ação fosse julgada improcedente por falta de provas, ocasião em que poderia ser ajuizada nova demanda, com idêntico fundamento, causa de pedir, pedido, partes ou por outro co-legitimado, porém devendo ser instruída com nova prova.

Observa-se que houve uma mitigação da coisa julgada nas ações civis públicas, sendo que esta ocorre de acordo com o resultado do processo.

Não obstante tal avanço, a Medida Provisória nº 1.570/97, convertida na Lei nº. 9494/97, alterou tal sistemática, visando limitar a coisa julgada a limites territoriais, de acordo com a “competência do órgão prolator”⁸⁹ da sentença ou acórdão.

A alteração proposta oriunda de uma Medida Provisória, que não obedece aos critérios constitucionais de relevância e urgência, e que só deveria ser utilizada em ocasiões excepcionais, deveria ter sido submetida ao processo

⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.496.

⁸⁸ Lei nº 4717/65, artigo 18 (Redação dada pela Lei nº 6.014, de 1973).

⁸⁹ Redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, com a alteração vigente: “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.”

legislativo ordinário, e restringe de modo desdenhável, a coisa julgada da ação civil pública.

Observa-se que a alteração faz confusão entre os limites subjetivos da coisa julgada (as partes que serão alcançadas pela imutabilidade da decisão) com limites de competência territorial. A este respeito Hugo Nigro Mazzilli:

Enfim, não é a imutabilidade *erga omnes* da coisa julgada que será nacional, regional ou local. A imutabilidade da coisa julgada, quando obtida em ação civil pública ou coletiva, sempre alcançará todo o território nacional enquanto decisão de soberania do Estado; o que poderá ter maior ou menor extensão é o dano, que, este sim, poderá ser nacional, regional ou apenas local.⁹⁰

De sorte que tal alteração apenas alcançou a Lei da Ação Civil Pública, olvidando-se que esta, juntamente com o Código de Defesa do Consumidor, formam um único sistema para regular as ações civis públicas e coletivas.

Diante desta situação, a saída para esta incongruência é adotar o sistema do Código de Defesa do Consumidor no tocante à coisa julgada das tutelas coletivas, posto que suas regras aplicam-se não apenas às relações de consumo, mas a toda matéria relacionada à defesa dos interesses coletivos.

A sistemática trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, leva em consideração a natureza do interesse objetivado, desta forma, se o interesse for difuso, como se trata de indivíduos indetermináveis, o pronunciamento jurisdicional imutável sempre terá eficácia *erga omnes*, salvo se o caso for de improcedência por falta de provas.

Caso trate-se de interesses coletivos em sentido estrito, por se tratar de sujeitos determináveis, a eficácia do pronunciamento jurisdicional será *ultra partes*, limitado, portanto, aos sujeitos da relação jurídica, salvo quando se tratar de improcedência por falta de provas, ocasião que, como ocorre também nos interesse difusos, poderá ajuizar-se nova ação, desde que instruída com nova prova.

⁹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p.499.

Quando o interesse é individual homogêneo, a sentença, como ocorre nos interesses difusos terá eficácia *erga omnes*, para que vítimas e sucessores sejam beneficiados, conforme artigo 103, III do Código de Defesa do Consumidor, porém quando tratar-se de improcedência da ação, esta não terá esta eficácia posto que para que o sujeito consiga proveito da ação coletiva, deverá pedir a suspensão do seu processo individual no momento oportuno, e se aquela ação for julgada improcedente poderá continuar o seu processo sem que isso implique em coisa julgada, o mesmo ocorre para aqueles que quiserem ajuizar uma nova ação após a improcedência da ação coletiva, desde que não atuaram como litisconsortes nesta ação, conforme redação do §2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

As expressões latinas *erga omnes*, que significa contra todos, e *ultra partes*, além das partes, devem ser analisadas de modo cauteloso, posto que sua tradução induz a um mesmo significado. Porém, com a leitura cautelosa do artigo 103, incisos I a III do Código de Defesa do Consumidor, extrai-se que esta não foi a intenção do legislador.

[...] com coisa julgada *erga omnes*, quis alcançar imutabilidade do *decisium* em relação a todo o grupo social, e com coisa julgada *ultra partes*, quis alcançar, sim, também mais do que as meras partes da ação coletiva, mas menos do que todo o grupo social, porque agora limitou a imutabilidade ao grupo, classe, ou categoria de pessoas atingidas.⁹¹

Fica esclarecido o uso das expressões, porém salta aos olhos que em relação aos interesses individuais homogêneos deveria o legislador ter utilizado a expressão *ultra partes*, para qualificar a coisa julgada, já que, assim como ocorre nos interesses coletivos em sentido estrito, trata-se de sujeito determinável, e por mais que a qualidade da sentença alcance vítimas e sucessores, estes o são apenas das partes lesadas, que mais uma vez assinala-se, são sujeitos determináveis.

⁹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 502.

7 CONCLUSÃO

Até hoje a doutrina e jurisprudência não chegaram a um consenso quanto ao Direito Adquirido, e não há no ordenamento jurídico pátrio uma sistematização a respeito do tema, o que ainda é cenário de divergências e dúvidas.

No contexto histórico foi possível identificar a contribuição do doutrinador italiano Gabba, que serve de referência até hoje nas questões atinentes ao tema. Foi este doutrinador quem desenvolveu a Teoria dos Direitos Adquiridos, cuja conclusão quebrou paradigmas, já que na época a retroatividade das leis era vista como sendo injusta.

Para esta teoria a lei pode sim retroagir, desde que respeitados os direitos adquiridos.

De igual modo, Paul Roubier, que desenvolveu a Teoria do Efeito Imediato, influenciou muito o ordenamento jurídico pátrio.

Este autor separou as noções de retroatividade da lei e efeito imediato. Para tanto, distinguiu o que deve ser considerado fato pretérito, pendente e futuro.

Se a lei objetivar regular o fato pretérito, haverá retroatividade, o que, por óbvio não ocorre se isto se der em relação ao fato futuro. Já quanto ao fato pendente, este deve ser cindido em duas partes, uma já aperfeiçoada, e outra posterior, cuja execução ainda perdura no tempo.

Haverá retroatividade no fato pendente se a lei pretender regular a parcela já aperfeiçoada antes da sua vigência. Se a lei nova quer regular a parte posterior do fato pendente, esta terá nada mais do que um efeito imediato.

Em suma, quando o legislador disciplina que a lei terá efeito imediato, ele quer regular os fatos futuros e os pendentes em suas partes posteriores.

É possível verificar a presença destas teorias no ordenamento jurídico pátrio, com a mera leitura do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Em relação aos interesses coletivos, que em sentido amplo abrangem os interesses difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos, estabeleceu-se a conceituação e configuração de cada interesse, que de forma bem sistematizada pelo Código de Defesa do Consumidor, podem ser diferenciados por seus aspectos subjetivos, objetivos e quanto a origem comum do interesse.

O ponto principal deste trabalho foi constatar a possibilidade de existir Direito Adquirido Coletivo, e para tanto, partiu-se de um caso concreto em que se analisou a configuração do mesmo, bem como as peculiaridades processuais para sua tutela jurídica.

Abordar um instituto tão antigo, arraigado da própria consciência humana, que é o Direito Adquirido, porém analisá-lo sob outro prisma, a fim de lhe dar nova roupagem, imputando sua titularização a toda uma comunidade, não foi tarefa livre de barreiras.

Todavia, não foi o propósito do trabalho esgotar o tema, que além do lado processual abordado, guarda tantas outras peculiaridades que de igual modo merecem destaque. Porém nos pontos analisados, foram suscitadas as divergências e aspectos principais, principalmente na doutrina e legislação brasileira.

Com isso, o objetivo principal foi cumprido, suscitar a existência do instituto e dar margem a esta discussão.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. **O direito adquirido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: análise da incidência de contribuição previdenciária sobre os inativos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1065, 1 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8405>>. Acesso em: 06. Dez.2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. Ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Lei de introdução ao código civil**. São Paulo: Max Limonad, 1957. 2 v.

BRASIL. Constituição; BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Edvaldo; BUENO, Antonio Cunha; DIAS, José Luciano de Mattos; DINIZ, Abilio; DURHAM, Eunice; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha; FIGUEIREDO, Rub. **As constituições brasileiras: análise histórica e propostas de mudança**. São Paulo: Brasiliense, 1993.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. **Reforma constitucional e direitos adquiridos e outros estudos**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

JUNIOR, José Alcebiades de Oliveira. LEITE, José Rubens Morato. **Cidadania coletiva**. Florianópolis: Paralelo 27, 1996.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Salvador: Edições Podivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. .

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943-1944.

FRANÇA, R. Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LACERDA, Belizário Antônio de. **Direito adquirido**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES, Miguel de Serpa. **Comentário teórico e prático da lei de introdução ao código civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944-1946. v. 2 e v. 3

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REGIS, Mário Luiz Delgado. **Problemas de direito intertemporal no código civil: doutrina & jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1915.

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. **Direito intertemporal e o novo código civil: aplicações da lei 10.406/2002**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. v. 1.

TENÓRIO, Oscar. **Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro: decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.