



UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA

JAQUELINE YOKO KUSSABA

**INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAR O
ACESSO À JUSTIÇA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS
VEICULADOS EM AÇÕES REPETITIVAS**

JAQUELINE YOKO KUSSABA

**INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAR O
ACESSO À JUSTIÇA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS
VEICULADOS EM AÇÕES REPETITIVAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial - Área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência parcial para a obtenção de grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

Londrina
2014

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

K97i Kussaba, Jaqueline Yoko.

Instrumentos processuais para efetivar o acesso à justiça dos direitos transindividuais veiculados em ações repetitivas / Jaqueline Yoko Kussaba. - Londrina, 2014.
136 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Acesso à justiça. - Teses. 2. Tutela jurisdicional. - Teses. 3. Processo civil. - Teses. 4. Ações repetitivas. - Teses I. Bellinetti, Luiz Fernando. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

JAQUELINE YOKO KUSSABA

**INSTRUMENTOS PROCESSUAIS PARA EFETIVAR O ACESSO À
JUSTIÇA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS VEICULADOS EM
AÇÕES REPETITIVAS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial - Área de concentração Acesso à Justiça, da Universidade Estadual de Londrina, como exigência parcial para a obtenção de grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Profa. Dra. Marlene Kempfer
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Londrina, 11 de dezembro de 2014.

Aos meus pais
com todo o amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Haydee e Flávio, por serem minha base, meu norte e meus maiores incentivadores.

Aos meus irmãos Flávio e Vinícius, meus tios Celso, Sueli e Hiro, meu avô Seikiti e minha vó Kazuko (*in memoriam*), por fornecerem o ambiente necessário para desenvolver este trabalho.

Ao Ivan, meu melhor amigo e companheiro, por estar sempre ao meu lado.

Ao Dr. Edmarcio, pelo imensurável auxílio e compreensão, sem os quais não seria possível meu crescimento acadêmico.

Ao Professor Bellinetti, que com paciência orientou os meus passos durante o mestrado, resultando neste trabalho do qual me orgulho.

Aos amigos, por tolerarem minhas ausências, mas, especialmente, dirijo agradecimentos pontuais ao Fábio, pela ajuda ainda na fase de processo seletivo; à Ana e à Celina que, quando eu sucumbia às forças do tempo, me levantaram com palavras impulsionadoras; e ao Gualter, pelo auxílio nesta reta final.

Depois que o homem aprendeu a dar nome a todas as partes de seu corpo, esse corpo o inquieta menos. Mas basta amar loucamente e ouvir o ruído dos intestinos para que a unidade de alma e corpo, ilusão lírica da era científica, imediatamente se desfaça.

Milan Kundera

KUSSABA, Jaqueline Yoko. **Instrumentos processuais para efetivar o acesso à justiça dos direitos transindividuais veiculados em ações repetitivas**. 2014. 136 f. Dissertação em Mestrado em Direito Negocial - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

O trabalho identifica os instrumentos processuais existentes no sistema processual brasileiro que servem à tutela dos direitos transindividuais veiculados em ações repetitivas. Busca esclarecer os conceitos de direitos transindividuais e das espécies direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, compreendendo estes últimos como direitos essencialmente coletivos. Aborda a definição das ações repetitivas, entendendo-as como lides originadas da mesma situação fática de lesão de massas e que apresentam causas de pedir e pedidos semelhantes. Esclarece, a partir dos conceitos de direitos transindividuais e direitos individuais homogêneos, que as ações repetitivas veiculam direitos transindividuais. Explana que as ações repetitivas decorrem da feição da atual sociedade, cujas relações jurídicas se dão de forma massificada, somada à subutilização das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Ressalta que as ações repetitivas ocasionam sobrecarga do Poder Judiciário e possibilitam a existência de decisões divergentes sobre situações fáticas idênticas, dificultando o efetivo acesso à justiça. Expõe os mecanismos processuais estrangeiros que tratam dos direitos coletivos e que inspiraram o legislador brasileiro a criar meios próprios para o tratamento das ações repetitivas, quais sejam, o procedimento-modelo alemão, a ordem de litígio em grupo inglês e as ações de classe norte-americanas. Neste contexto do direito comparado, também expõe a doutrina dos precedentes que, embora não tenham por fim a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, tem relevância para uniformizar entendimentos judiciais. Destaca os meios jurisdicionais para o tratamento dos direitos transindividuais veiculados em ações repetitivas no Brasil, dividindo-os em quatro grupos: a) ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos, b) mecanismos de uniformização de jurisprudência, c) julgamento por amostragem, e d) procedimentos inibidores de lides repetitivas. Trata do novo instrumento de incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de Código de Processo Civil. Conclui que o ordenamento jurídico apresenta meios de solução coletiva para as ações individuais que veiculam direitos transindividuais, como forma de efetivar o acesso à justiça, a fim de evitar decisões divergentes e contribuir com a redução de sobrecarga do Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Tutela jurisdicional coletiva. Ações repetitivas. Acesso à justiça.

KUSSABA, Jaqueline Yoko. **Processual tools for effecting the access to justice of group rights present in repeated lawsuits.** 2014. 136 p. Master's Degree Thesis on Business Right. - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

The paper identifies the existing processual tools in the Brazilian process system serving the protection of group rights present in repeated lawsuits. It aims to clarify the concepts of group rights and of the kinds of diffuse, collective *stricto sensu* and homogeneous individual rights, the latter being perceived as essentially collective rights. It approaches the definition of repeated lawsuits, understanding them as disputes originated at the same factual situation of mass lesion and presenting similar cause of action and claims. It clarifies, from the concepts of group rights and homogeneous individual rights, that repeated lawsuits carry group rights. It explains that repeated lawsuits stem from the semblance of the current society, whose legal relations take place in a mass fashion, to which the underuse of collective lawsuits for the defense of homogeneous individual rights must be added. It highlights that repeated lawsuits overbear the Judiciary and enable the existence of divergent decisions on identical factual situations, making effective access to justice more difficult. It exposes the foreign procedural mechanisms that deal with the collective rights and which inspired the Brazilian legislator to create our own means for dealing with repeated lawsuits, that is, the German standard procedure, the English group litigation order and the class acts of the USA. Within that context of compared law, it also exposes the doctrine of precedents which, though not aimed at the protection of collective rights *lato sensu*, is relevant for the standardizing of legal understandings. It highlights the jurisdictional means for the treatment of group rights present in repeated lawsuits in Brazil, dividing them into four groups: a) group lawsuit for the defense of homogeneous individual rights, b) mechanisms of standardization of jurisprudence, c) trial by sampling, and d) procedures for inhibiting repeated lawsuits. It deals with the new incident of repeated demands resolution (test claims) tool for repeated claims to be in the Bill of Civil Code. It concludes that the legal system has collective means of solving individual lawsuits that bear group rights, as a way of effecting access to justice, in order to avoid divergent decisions and contribute to the reduction of the overload of the Judiciary.

Key words: Collective jurisdictional protection. Repeated lawsuits. Access to justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACDD	Ação coletiva para defesa de direitos difusos
ACDI	Ação coletiva para defesa de direitos individuais
Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
GLO	<i>Group Litigation Order</i> (Ordem de Litígio em Grupo)
KapMuG	<i>Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten</i> (lei sobre procedimentos-modelo para contencioso em mercado de capitais)
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12	
1	CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS..... 14	
1.1	DIREITO E PROCESSO.....	14
1.2	A JURISDIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL.....	19
1.3	A TUTELA JURISDICIONAL: CONVERGÊNCIA DO DIREITO MATERIAL E O PROCESSO.....	22
1.4	DO DIREITO DE AÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA: A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA NO ÂMBITO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	25
2	OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	31
2.1	“DIREITOS” OU “INTERESSES” TRANSINDIVIDUAIS?.....	31
2.2	DA TEORIZAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS À SUA DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO LEGAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	40
2.3	CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS <i>STRICTU SENSU</i> E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: PROBLEMAS E DIVERGÊNCIAS	42
2.3.1	Entendimento Predominante na Doutrina: Direitos Essencialmente Coletivos e Direitos Acidentalmente Coletivos	47
2.3.2	Entendimento Divergente: Direitos Difusos, Coletivos <i>Stricto Sensu</i> e Individuais Homogêneos como Espécies de Direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>	50
2.4	A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL NOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	53
2.5	AS ESPÉCIES DE DIREITO COLETIVO A PARTIR DA RELAÇÃO JURÍDICA NORMATIVISTA E AS PECULIARIDADES DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	60
3	O PROCESSO CIVIL COLETIVO E A CRIAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS	64

3.1	O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS E DO PROCESSO CIVIL COLETIVO NO BRASIL	65
3.2	OS ESCOPOS DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E AS AÇÕES COLETIVAS	69
3.3	A AÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO PRÓPRIO PARA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS	72
3.4	A TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E AS CONJUNTURAS PARA O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES REPETITIVAS.....	78
4	A MASSIFICAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONFLITUOSAS.....	82
4.1	DEFINIÇÃO E ORIGEM DAS DEMANDAS REPETITIVAS NO BRASIL: A SOCIEDADES DE MASSA E A INSUFICIÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS	82
4.2	O ACESSO À JUSTIÇA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS ENVOLVENDO CONFLITOS SERIADOS	85
4.3	AS AÇÕES REPETITIVAS VEICULAM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS?	87
4.4	INSPIRAÇÕES NO DIREITO COMPARADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS JURISDICIONAIS MASSIFICADOS.....	88
4.4.1	Alemanha: as Ações-Testes ou Causa-Piloto (<i>Musterverfahren</i>)	90
4.4.2	Inglaterra: a Ordem de Litígio em Grupo (<i>Group Litigation Order – GLO</i>).....	94
4.4.3	Estados Unidos: as Ações de Classe (<i>Class actions for damages</i>).....	97
4.4.4	Os Precedentes da Tradição <i>common law</i>	101
5	MEIOS JURISDICIONAIS PARA O TRATAMENTO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS VEICULADOS EM AÇÕES REPETITIVAS NO BRASIL.....	108
5.1	AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	109
5.2	MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS.....	110

5.2.1	Incidente de Uniformização de Jurisprudência	111
5.2.2	Pedido de Uniformização da Interpretação dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública	112
5.2.3	Afetação de Julgamento a Órgão Indicado pelo Regimento Interno.....	113
5.2.4	Súmula Vinculante	114
5.3	JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM.....	116
5.3.1	Julgamentos por Amostragem Recursos Excepcionais Repetitivos	117
5.3.2	Suspensão de Segurança.....	119
5.4	PROCEDIMENTOS INIBIDORES DE LIDES REPETITIVAS	120
5.4.1	Súmula Impeditiva de Recursos	121
5.4.2	Sentença Liminar de Improcedência.....	122
5.5	INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS PREVISTO NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	123
	CONCLUSÃO	128
	REFERÊNCIAS.....	132

INTRODUÇÃO

Passadas mais de duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas relativas aos direitos individuais homogêneos ainda são subutilizadas. Somado a isto, as conjunturas da atual sociedade cujas relações se dão, muitas vezes, de forma massificada, contribuem para que as lesões também ocorram em massa.

Como resultado, constata-se o excessivo número de ações individuais que apresentam matérias fáticas, teses jurídicas e pedidos idênticos, contribuindo com a morosidade processual e a insegurança jurídica no que toca à possibilidade de decisões divergentes sobre o mesmo tema. São as denominadas ações repetitivas ou seriadas.

Tendo em vista esta realidade, o legislador introduziu diversos mecanismos para o tratamento dessas demandas repetitivas, tais como o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos (art. 543-B e art. 543-C, do Código de Processo Civil), a sentença liminar de improcedência (art. 285-A, do Código de Processo Civil), a súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil), entre outros.

Há outros mecanismos que, a princípio, não foram criados especificamente para tratar de demandas repetitivas e, sim, para uniformizar a jurisprudência. Porém são instrumento amplamente utilizados nos casos desta espécie de ações, vez que nestes casos, é comum decisões judiciais divergentes. Para exemplificar, cita-se a súmula vinculante (art. 103-A, da Constituição Federal; e Lei nº 11.417/06) e o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476 ao art. 479, Código de Processo Civil).

Por fim, o Projeto de Código de Processo Civil em trâmite no Congresso Nacional apresenta o incidente de resolução de demandas repetitivas, cuja inspiração é o procedimento padrão alemão, o *Musterverfahren*, no qual há um pedido de coletivização de demandas, seguindo um rito próprio que culmina em uma decisão vinculativa às demais ações idênticas.

Todo esse arcabouço instrumental envolve direitos transindividuais e laboram com vistas a efetivar o acesso à justiça nos casos de conflitos massificados, uma vez que contribuem para a razoável duração do processo, à isonomia e à segurança jurídica.

Para se chegar a essa conclusão, entendeu-se necessário partir da boa compreensão de preceitos básicos, tais como Direito, processo, Jurisdição e acesso à justiça. São esses preceitos que darão unicidade ao trabalho, vez que o processo visa a tutela jurisdicional adequada, sendo que esta conduz ao efetivo acesso à justiça e aos anseios do Direito.

Contudo, somente poderá se construir um processo que garanta a tutela jurisdicional adequada se compreender o direito material para o qual está a serviço, de modo que a definição dos direitos transindividuais se mostrou imprescindível.

Nesta seara, apresenta-se uma nova forma de tratar a relação jurídica material no âmbito dos direitos coletivos *Lato sensu*, entendida como mais adequada à matéria, porquanto enfatiza o objetivo principal da tutela jurisdicional coletiva, qual seja, preservar direitos transindividuais.

Trata-se da perspectiva de relação jurídica normativista, cujas bases foram lançadas por Hans Kelsen e resgatadas e atualizadas para a tutela coletiva por Luiz Fernando Bellinetti.

A partir dessas concepções, foi possível concluir que os direitos individuais homogêneos e os direitos veiculados nas ações repetitivas são verdadeiros direitos transindividuais, pois apresentam as características da transindividualidade e da indivisibilidade.

Apesar de direitos coletivos, o ordenamento jurídico não veda (e nem poderia) o acesso ao Judiciário via individual. Aqui se encontra a falha em considerar as ações coletivas como única forma de tutela jurisdicional coletiva.

Ainda que propostas individualmente, o ordenamento jurídico apresenta meios de solução coletiva para essas lides atomizadas, novamente buscando molecularizá-las, a fim de conferir eficiência, isonomia e segurança jurídica no seu tratamento. Ou, em outros termos, conferir efetivo acesso à justiça dos direitos transindividuais envolvendo conflitos de massa.

1 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS

Preliminarmente ao estudo das demandas de massa inseridas no contexto das ações coletivas, necessário se faz este capítulo introdutório com objetivo de explicitar as bases teóricas e conceituais com as quais se pretende trabalhar.

Entre essas, imprescindível apontar a relação entre o direito material e o processo, ressaltando a importância de definições adequadas e objetivos definidos de ordem material e processual.

Referidas considerações permitirão constatar as falhas no atual sistema processual, abrindo a possibilidade para soluções com o objetivo de tutelar efetiva e jurisdicionalmente os direitos transindividuais.

1.1 O DIREITO E O PROCESSO

Adianta-se e ressalta-se que não se almeja esgotar ou estabelecer um conceito definitivo para Direito ou processo, mormente quando o labor conceitual pertence à Filosofia.

A importância de expor o que se entende por Direito antes de iniciar o presente estudo está em estabelecer os fundamentos para que as demais questões possam ser devidamente compreendidas e, principalmente, alocar a função do processo dentro deste tema maior que é o Direito.

Uma vez compreendido o Direito, o estudo do processo – seus institutos, procedimentos, legislações – fica então delimitado. Em outros termos, todo arcabouço processual terá como norte aquilo previamente entendido como Direito.

Feitas as considerações introitadas, de plano, já se exclui as concepções puras do Direito, sejam elas de ordem normativo-legal ou naturalista. Referidas escolas revelaram, cada um ao seu tempo, a insuficiência de suas acepções ante a crescente complexidade do Direito com o desenvolvimento humano.

Com objetivo de superá-las, Luiz Fernando Bellinetti, que partiu dos estudos de Garcia Maynes para formular sua própria concepção¹, explica que a ideia de

¹ Neste sentido, o autor explica: “Com Garcia Maynes é que realmente chegamos ao vestíbulo da ordem jurídica que concebo como superadora da tradicional. Ele realmente vai além do positivismo, apesar de mantê-lo no centro das ideias. O autor concebe que através de uma síntese das ideias jusfilosóficas pode-se chegar às noções de *direito vigente*, *direito eficaz* e *direito intrinsecamente válido*” (BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença*

Direito a seguir apresentada não pretende ser “ingênua, mas uma visão ampla do direito. Não o direito como deveria ser, mas como ele se apresenta, em toda sua abrangência”². Trata-se de uma visão mais realista e prática.

O autor conceitua o Direito como sendo, a um só tempo, direito vigente, direito eficaz e direito intrinsecamente válido; e define como “ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercível”³.

Delineados o conceito e a definição, passa-se à análise dos elementos apresentados, também a partir dos estudos de Luiz Fernando Bellinetti, expostas em sua obra “Sentença Civil”⁴ e atualizados em “Direito e Processo”⁵.

Primeiramente quanto ao conceito do Direito, tem-se a estrutura tridimensional já apresentada, no sentido de que não o considera isoladamente em seu aspecto positivo (direito vigente), realístico (direito eficaz) ou axiológico (direito intrinsecamente válido), senão como sendo os três.

Direito vigente significa o próprio sistema normativo-legal, identificado com o juspositivismo.

Já o direito eficaz configura-se aquele que, de fato, está sendo aplicado, independentemente das regras observadas pela sociedade serem, ou não, oriundas de um processo legislativo.

Neste sentido, esclarece Luiz Fernando Bellinetti:

São duas as suas principais vertentes: a sociológica e a psicológica. A sociológica, peculiar ao chamado “realismo jurídico americano”, centra-se primordialmente (mas não unicamente, frise-se) em verificar quais são as regras efetivamente observadas pela população, que realmente vinculam a conduta das pessoas, que de fato possuem os três atributos fundamentais de qualquer regra jurídica (já referidas quando defini o Direito), e que são descobertas e declaradas pelos juízes e Tribunais. A psicológica, ligada ao denominado “realismo jurídico escandinavo”, tem por tema central o comportamento psicológico dos julgadores, ou seja, preocupa-se com a verificação do Direito oriundo das decisões judiciais, que criam os precedentes para novos casos similares.

Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 52)

² BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 56.

³ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Da junção dessas duas perspectivas tem-se a clara visão do que seja o direito eficaz: o conjunto de regras que efetivamente, num determinado momento, regulam a conduta de determinada sociedade, derivadas dos pronunciamentos dos aplicadores do ordenamento, bem como do próprio comportamento da população ao sentir-se vinculada por tais regras.⁶

Por fim, o direito intrinsecamente válido identifica-se com o direito natural, “aquele que possui validade no sentido axiológico-material, ou seja, aquele que efetivamente concretiza justiça”⁷.

A tridimensionalidade do Direito converge para um ponto comum, qual seja, o direito natural.

No entanto, em “Direito e Processo”, após refletir sobre o perigo do arbítrio de uma visão política inadequada do direito natural, Luiz Fernando Bellinetti desenvolve uma acepção inculcando o ideal de democracia e os princípios constitucionais estampados nos quatro primeiros artigos da Carta Maior⁸, asseverando que “tais

⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 52.

⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - prevalência dos direitos humanos;

III - autodeterminação dos povos;

IV - não-intervenção;

V - igualdade entre os Estados;

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X - concessão de asilo político.

princípios contêm o mais próximo que democraticamente se pode chegar do direito natural”⁹.

Diante os fundamentos teóricos acima lançados, verifica-se que o Direito apresenta uma face estática e outra dinâmica. Estática enquanto conjunto de regras abstratas, e dinâmica porquanto um complexo de relações jurídicas.

A meu ver, o caráter dúplice da produção do Direito (ser/processo ou norma/relação) é que permite a convivência das três perspectivas (positivismo, realismo, naturalismo), que se do ponto de vista do ser (norma), podem ser contraditórias, do ponto de vista do processo (relação) são absolutamente necessárias, de vez que em face do caráter limitado das perspectivas, sempre mutáveis, precisam estar presentes para alimentar a dinâmica do mundo jurídico.¹⁰

Portanto, o conceito de Direito, como fenômeno jurídico, deve ser considerado a partir desta tridimensionalidade e de seu caráter mutável.

Quanto aos elementos de sua definição, o Direito objetiva regular a conduta humana de forma bilateral, porque atua sobre a conduta de uma pessoa em face da conduta de outras pessoas. Transcreve-se as palavras exatas de Luiz Fernando Bellinetti, visto a relevância adiante (quando tratar da relação jurídica material no âmbito dos direitos coletivos *lato sensu*):

A característica da bilateralidade significa que a regulamentação da conduta humana sempre ocorre em torno do binômio direito-dever (segundo a concepção tradicional da relação jurídica), ou então segundo o binômio ordenamento-ordenado (segundo a concepção kelseniana, que acaba recebendo a simplificação dever-direito reflexo). De toda sorte, o que a bilateralidade induz, é que sempre a conduta de uma pessoa é ordenada em face da conduta de outras pessoas, ou de um conjunto de normas que em sua essência tem por objetivo harmonizar as relações humanas.¹¹

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

¹⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

¹¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

Também de forma externa, pois “a regra jurídica objetiva regular a conduta exteriorizada da pessoa, e não o seu pensamento”¹², e coercível, já que a regra poderá ser imposta quando inobservada.

E tal regulação (bilateral, externa e coercível) é efetivada pelo ordenamento, entendido como a forma de organizar harmonicamente um conjunto de elementos, neste caso, as condutas humanas.

A organização harmônica das condutas humanas é realizada pelo Direito através de um aparato de normas denominado de ordenamento jurídico que, como não poderia ser diferente, tem todos os reflexos do conceito de Direito já explanado. É, pois, estático e dinâmico, e formado pelas normas vigentes, eficazes e intrinsecamente válidas.

O conjunto de regras abstratas e a dinamicidade do Direito – e, por conseguinte do próprio ordenamento jurídico – são realizadas por meio de processos, que se apresentam tanto na esfera estatal (processo administrativo, legislativo e jurisdicional) quanto privada (contratos, por exemplo).

Portanto, aqui se encontra o elo entre o Direito e o processo¹³, seja sob o seu aspecto jurídico ou político:

[...] pela perspectiva de direito anteriormente oferecida, parece-me ficar claro que o processo é o elemento que dá dinamismo ao ordenamento jurídico, que lhe permite a atividade dialética de constante construção (através da concretização das normas concretas e criação das normas abstratas complementares das preexistentes) e reconstrução (através das modificações das normas abstratas do ordenamento, bem como através da modificação da interpretação dessas normas abstratas, gerando normas concretas diferentes para casos similares).¹⁴

Juridicamente, o processo configura-se como “o elemento instrumental (dinâmico) do ordenamento jurídico, que se manifesta concretamente através de um

¹² BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

¹³ Aqui, utiliza-se a acepção de processo dentro da dogmática jurídica, consistindo em “método de trabalho referente ao exercício da jurisdição pelo juiz e dos poderes inerentes à ação e defesa, pelos sujeitos envolvidos no conflito”. Ao lado desta concepção, situam-se outras duas, quais sejam, como ciência (direito processual civil) e realidade fenomenológica. As explanações de tais acepções encontram-se em: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 23-25.

¹⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

procedimento que se estabelece e desenvolve tendo em vista uma relação jurídica¹⁵.

Sob o aspecto político, deve-se considerar que a própria atuação Estatal se realiza mediante tomadas decisões, as quais implicam em construção, modificação e aplicação do ordenamento jurídico, e se dão por meio de processos, mormente nos Estados de Direito:

Essa atuação do poder estatal na aplicação e construção do ordenamento, através dos processos e procedimentos, implica sempre uma tomada de posições em face das alternativas que se apresentam: implica em *decisões*. Os processos e procedimentos nada mais são, pois, que instrumentos utilizados pelo poder estatal na emissão de decisões que conduzem ao objetivo visado – estabelecer regramentos abstratos, administrar interesses públicos e privados e solucionar conflitos jurídicos de interesses.¹⁶

Deste modo, “exatamente por instrumentalizar a construção, modificação e aplicação desse ordenamento, ele [processo] deve ser visto como instrumento do poder existente numa sociedade”¹⁷.

Em ambas facetas, contudo, retoma-se a ideia de Direito acima exposta. Isto é, o processo se constitui como instrumento político e jurídico para a consecução do Estado Democrático de Direito, cujos valores estão sintetizados nos quatro primeiros artigos da Constituição Federal.

Para os fins a que se propõe o presente trabalho, importa o processo no âmbito da Jurisdição, cujos aspectos serão analisados a seguir.

1.2 A JURISDIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL

Retomando a ideia exposta, sob o aspecto estático, o ordenamento jurídico é formado por regras gerais e abstratas com objetivo de regular harmonicamente as relações jurídicas dentro da sociedade, e cuja inobservância poderá implicar em sanção.

¹⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

¹⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 80.

¹⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 816-826.

Em outras palavras, em um primeiro momento, o ordenamento jurídico apresenta um conjunto de normas a serem observadas espontaneamente pelos indivíduos. No caso de não observância, em um segundo momento, o ordenamento apresenta meios para que as normas sejam efetivamente asseguradas, sendo um desses meios a Jurisdição.

Este seria o modelo de um ordenamento completo e efetivo. Neste sentido, explica José Roberto dos Santos Bedaque:

A tarefa principal do ordenamento jurídico é estabelecer uma tutela de direitos eficaz, no sentido de não apenas assegurá-los, mas também garantir sua satisfação. O ordenamento será efetivo quando, vigente a lei, seja ela espontaneamente acatada pelo destinatário, por encontrar correspondência na realidade social; ou quando a atuação se dá coercitivamente, através de medidas que substituem a atuação espontânea. [...]

Nos casos em que a vontade da lei não é acatada espontaneamente pelos destinatários, ante a proibição pelo Estado das vias de fato, deve ele assegurar de maneira efetiva a inviolabilidade dos direitos, conferindo ao titular de um interesse juridicamente protegido o direito à tutela jurídica pela via específica.¹⁸

A via específica mencionada pelo autor é a Jurisdição, atribuída ao Estado-juiz, cuja função precípua consiste em apreciar pretensão com objetivo inicial de, em caráter de substitutividade, resolver conflito jurídico de interesses¹⁹, e, para tanto, vale-se do processo jurisdicional.

Há dois elementos essenciais na definição de processo já vistos: o procedimento e a relação jurídica, que confluem para a tomada de uma decisão estatal.

Trata-se, pois, de considerar o processo como uma categoria jurídica complexa, sendo ao mesmo tempo uma relação de atos (que formam o procedimento) e uma relação entre sujeitos²⁰.

No caso do processo jurisdicional, a relação jurídica é formada pelas partes e pelo juiz. Ao final e em regra, o juiz profere uma decisão (a sentença), que constitui uma norma concreta e individual para solução do conflito jurídico que lhe foi posto.

¹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 17-18.

¹⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 78.

²⁰ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25-28.

Os procedimentos, por sua vez, “são os ritos específicos de que se valem os processos para construir e aplicar o ordenamento”²¹.

Cândido Rangel Dinamarco assim sintetiza:

O processo é [...] uma série de atos interligados e coordenados ao objetivo de produzir a tutela jurisdicional justa, a serem realizados no exercício de poderes ou faculdades ou em cumprimento a deveres ou ônus.²²

O processo jurisdicional, como os demais processos, tem caráter instrumental, cuja importância foi ressaltada no terceiro momento metodológico do direito processual²³, quando este passou a ser permeado substancialmente, superando a ideia de mera técnica:

A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina.²⁴

Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco²⁵, todavia, não basta a assertiva de que o processo é instrumento. Necessário, antes, questionar instrumento a serviço do quê, ou seja, é imprescindível desenvolver um raciocínio teleológico.

O presente trabalho adota, assim, como a finalidade do processo jurisdicional a atuação do Direito (cuja definição já foi tratada) e, mais especificamente, do direito material para o qual foi idealizado. Segue-se, pois, as lições de José Roberto dos Santos Bedaque, segundo o qual o processo – e a ciência processual que o envolve

²¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 79.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25.

²³ No primeiro momento (sincretismo), o direito processual não se separava do direito material. Somente no século XIX, após a polêmica entre os alemães Windscheid e Muther quanto à *actio* romana, é que se pode falar em desenvolvimento do direito processual, o qual se deu com o desenvolvimento do conceito de ação (autonomista). Por fim, tem-se a terceira fase metodológica, o da instrumentalidade. Neste sentido, conferir: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 17-24.

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 22.

²⁵ “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 149)

– deve ser entendido como instrumento para a eficácia do direito material e medida em função de seu resultado:

Talvez a noção mais importante do direito processual moderno seja a de instrumentalidade, no sentido de que o processo constitui instrumento para a tutela do direito substancial. Está a serviço deste, para garantir sua efetividade. A consequência dessa premissa é a necessidade de adequação e adaptação do instrumento ao seu objeto. O processo é um instrumento, e, como tal, deve adequar-se ao objeto com que opera. Suas regras técnicas devem ser adaptar a servir ao fim a que se destinam [...] ²⁶

Verifica-se que há uma necessária relação entre o direito material e o direito processual que não pode ser ignorado no estudo do processo: tanto mais será eficaz o processo quanto mais conseguir assegurar a integridade do ordenamento e dos interesses juridicamente protegidos, mediante a tutela jurisdicional.

Diante a importância da relação do direito material e do direito processual, separa-se o tópico seguinte para tecer os comentários pertinentes.

1.3 A TUTELA JURISDICIONAL: CONVERGÊNCIA DO DIREITO MATERIAL E O PROCESSO

A princípio, consigne-se o que se entende por tutela jurisdicional, ponto o qual se pretende relacionar o processo com o direito material.

Tutela jurisdicional, tutela jurídica e atividade jurisdicional se tangenciam, porém não se confundem: a) a atividade jurisdicional é realizada pelo Estado através da Jurisdição, utilizando-se o processo jurisdicional como instrumento; b) a tutela jurídica, por sua vez, “significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito”²⁷; e c) já a tutela jurisdicional “significa a proteção do Estado, com base no Direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvidos em um conflito jurídico de interesses”²⁸.

Observa-se que diferente da tutela jurídica, no qual se diz que é a “proteção do Direito”, na tutela jurisdicional é a “proteção do Estado, com base no Direito”. Portanto, há uma atividade estatal exercida por um de seus órgãos, qual seja, o Poder Judiciário que detém o monopólio da jurisdição.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20.

²⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional Satisfativa. *Revista de Processo*, nº 81. São Paulo, 1999. p. 98.

²⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional Satisfativa. *Revista de Processo*, nº 81. São Paulo, 1999. p. 98.

Para o Poder Judiciário atuar, necessário antes a existência de um conflito jurídico de interesses e sua submissão, por um dos sujeitos envolvidos, à apreciação judicial.

Ocorre que o Estado somente protegerá a situação daquele amparado pelo Direito, oferecendo tutela (jurisdicional, no caso) àquele sujeito protegido pelo ordenamento jurídico e que foi lesionado ou em vias de o ser, após o transcurso de um processo jurisdicional.

Verifica-se que a tutela jurisdicional é o ponto de convergência entre o plano material (direito substancial afirmado apoiado em norma geral e abstrata) e processual (elemento de dinamicidade para estabelecer norma individual e concreta) do ordenamento jurídico.

Posto o ordenamento jurídico sob esta perspectiva, resta presente a ideia de que sua análise também pode ser realizada a partir dos planos do direito material e do direito processual²⁹, sendo o direito material formado pelo conjunto de normas disciplinadoras das relações jurídicas, enquanto o direito processual é composto de normas que regem o “exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado”³⁰.

Conclui-se que a tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar daquela situação previamente estabelecida pela norma, conforme sustenta Jose Roberto dos Santos Bedaque:

A tutela jurisdicional será tão mais efetiva quanto mais se aproximar da solução espontânea do conflito.
[...] as várias espécies de tutela devem corresponder a soluções adequadas para repor o titular do direito subjetivo ao estado em que se encontrava antes da lesão, da ameaça ou da crise de certeza.
Assim, quando se fala em tutela jurisdicional, surge o problema da escolha dos meios praticamente idôneos para efetivação do direito [...]³¹

²⁹ Sobre a distinção de direito material e direito processual, anotam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “O que distingue fundamentalmente direito material e direito processual é que este cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste – sem nada dizer quanto ao bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas (o que entra na órbita do direito substancial).” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46.)

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 46.

³¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 43.

Isso porque, a “solução espontânea do conflito” se constitui justamente naquilo que a norma substancial (o direito material) previa inicialmente. Enquanto o processo é o “meio idôneo” para efetivação do direito, ou, nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, processo é o “instrumento a serviço de uma ordem exterior”³².

Essa ordem exterior é representada pelo conjunto de normas e princípios que atribuem bens da vida às pessoas, disciplinam condutas e ditam a organização da convivência social –, ou seja, ela é representada pelo que se denomina *direito substancial*.³³

O sistema processual, ao qual o direito processual dedica o estudo,

[...] tem a missão institucional de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua. Sinteticamente, cabe-lhe cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos.³⁴

Entendido que o processo é instrumento para a efetivação do direito substancial, e que deve proporcionar a quem tem razão aquilo que tem direito, questionar-se-á qual a melhor forma de fazê-lo.

Para que a tutela jurisdicional seja a mais efetiva e justa possível, o sistema processual “oferece uma série grande e variada de técnicas, procurando amoldá-las à realidade dos conflitos, da natureza do bem ou da obrigação ou do modo como os direitos são postos em crise”³⁵.

Para tal intento, José Roberto dos Santos Bedaque defende que a melhor forma consiste em partir do direito material para verificar as deficiências do processo³⁶:

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 181.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 181.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37.

³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 46.

Por isso parece importante a visão da tutela jurisdicional, ângulo de análise do processo a partir do direito material, pois possibilita adequar melhor o instrumento ao seu objeto. Confere mais eficácia à visão instrumentalista do processo, uma vez que procura adequar a ciência processual à realidade material que constitui seu objeto, permitindo verificar as vantagens e desvantagens de determinadas soluções propostas, com o fim de melhorar a efetividade do processo.³⁷

No mesmo sentido, Teori Albino Zavascki afirma que “a formatação do instrumento supõe prévia compreensão do direito material em benefício do qual será empregado”³⁸

Desse modo, necessário compreender previamente os direitos transindividuais, no caso do presente trabalho, para a construção de um sistema processual adequado para sua tutela jurisdicional, bem como a identificação de eventuais problemas existentes no sistema.

1.4 DO DIREITO DE AÇÃO AO ACESSO À JUSTIÇA: A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA NO ÂMBITO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

O anseio para a tutela jurisdicional adequada conduz à ideia de acesso à justiça, decorrente da evolução do direito de ação e cuja análise se mostra pertinente para compreender seu atual significado. Ainda, considerando a proposta do presente trabalho, buscar-se-á neste tópico desenvolver os contornos do direito de acesso à justiça já dirigido para as problemáticas da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

Embora atualmente não haja estranhamento na expressão ação coletiva, a definição de ação é imbuída de conceitos de ordem privatística.

Em retrospecto, basta mencionar a teoria imanentista (civilista ou clássica) da ação e citar o jurisconsulto romano Celso, para quem “a ação é o direito de perseguir em juízo o que é devido”, posteriormente atualizada por Savigny. A consequência a

³⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 45.

³⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma no Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 34.

ser anotada é que “não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito”³⁹.

Mesmo após a polêmica entre os alemães Windischeid⁴⁰ e Muther⁴¹, em meados do século XIX, a ação permaneceu com o caráter individualista. Se antes tal caráter adivinha da unidade entre a ação e o direito material, após, com o desenvolvimento das concepções autônomas de ação, esta continuou a estar estritamente vinculada ao direito subjetivo e às liberdades individuais, próprios do Estado Liberal.

Os valores que influenciaram a concepção desse direito de ação, no entanto, tem se modificado a partir dos modelos de Estado de cada período.

No Estado Liberal, a centralidade da ação como direito era, pois, a proteção do cidadão frente ao Estado, entendendo-se, àquela época, que bastava a declaração meramente formal para o indivíduo propor e contestar uma ação perante o Poder Judiciário. O Estado permanecia passivo e indiferente às condições das circunstâncias fáticas que permeavam cada uma das lides postas à apreciação.

O direito de ação ou do acesso à proteção judicial era considerado um direito formal que, conforme explicam Mario Cappelletti e Mauro Gart:

[...] a teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros.⁴²

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 266.

⁴⁰ “Windscheid, após argumentar que o direito romano não dizia que alguém tinha um direito, mas sim que alguém possuía uma *actio* – ou seja, que a *actio* romana não era um meio de defesa de um direito, mas sim o próprio direito –, afirma que a *actio* nada mais era do que o direito é no direito moderno. [...]”

Windscheid concluiu que a pretensão é o equivalente moderno da *actio*, delineando-a como uma situação jurídica substancial, distinta tanto do direito de se queixar quanto do direito subjetivo, do qual é uma emanção que funda a possibilidade de o autor exigir a realização judicial de seu direito.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 161-162)

⁴¹ “Diversamente de Windischeid, que partiu da ideia de que a ordenação romana não era – como é a moderna – uma ordenação de direitos, mas sim uma ordenação de pretensões que podem ser ‘perseguidas judicialmente’, Muther argumentou que a ordenação romana era de direitos, dizendo que aquele que pedia a fórmula ao pretor também devia ter um direito subjetivo, o qual, no seu raciocínio, seria o próprio fundamento do direito à fórmula. [...] Existiriam, portanto, dois direitos, sendo o direito privado o pressuposto do direito contra o Estado; os dois direitos coexistiriam, ainda que o direito contra o Estado existisse para proteger o direito privado.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 163-164)

⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 09.

Orbitando nestas premissas, todo o processo civil se configurou⁴³ e esse direito de ação se prestava somente para as hipóteses de defesa dos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Com o advento do Estado Social, alguns paradigmas processuais começaram a apresentar suas primeiras rachaduras.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a influência do pensamento marxista foi fundamental para as conquistas sociais a partir da metade do século XIX, bem como para a discussão do próprio significado de acesso à justiça:

As reivindicações do movimento marxista, especialmente no campo trabalhista, serviram de marco histórico em muitos países, para a discussão do significado de acesso à justiça, enquanto proteção do trabalhador. Podemos afirmar que o Direito do Trabalho foi o ponto de partida do verdadeiro acesso à justiça [...]⁴⁴

Aumento a complexidade das sociedades ante o crescente número de indivíduos e as proporções coletivas que os conflitos tomaram, os direitos sociais ocuparam a pauta de atenção dos Estados, bem como se passou a questionar sua efetividade e daqueles já anteriormente proclamados. Esta preocupação acabou por evidenciar a necessidade de atuação positiva do Estado:

Esses novos direitos humanos [...] são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos.⁴⁵

⁴³ Segundo Elton Venturi: “O modelo paradigmático que inspirou a formulação da técnica processual *tradicional* vigente funda-se numa concepção instrumentalista que toma em consideração o indivíduo como único *sujeito de direito*, em prol do qual deveria atuar no processo resguardando a liberdade, a independência e a igualdade garantidoras de sua afirmação enquanto princípio e valor.

São bastante conhecidas as profundas influências libertárias que as grandes revoluções do final do século XVIII impuseram às codificações civis e processuais dos séculos seguintes, sobretudo no que diz respeito à elevação do indivíduo a uma condição absolutamente central, constituindo o fim primeiro e último de todo o ordenamento estatal.

Em consequência, é possível afirmar-se que o modo de ser do processo (funcional e estrutural) tem sua própria lógica atrelada ao *paradigma da modernidade*, que modelou o Estado Liberal, tendo por pressuposto filosófico a doutrina dos direitos do homem.” (*Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26-27)

⁴⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 20.

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 11.

Tal constatação revela necessidades em cadeia, ou seja, para que os declarados direitos fundamentais de primeira dimensão sejam assegurados e usufruídos pelos indivíduos, mister que os direitos de segunda dimensão sejam efetivados.

Não bastava mais apenas o mero direito de ação. Era necessário garanti-lo a todos os indivíduos, superando a ideia de isonomia formal antes prevalente, de modo que “o direito de ação passou a ser pensado sob o *slogan* de ‘direito de acesso à justiça’, perdendo a característica de instituto indiferente à realidade social”⁴⁶.

Foi nesta seara que Mauro Cappelletti e Bryan Garth destacaram os movimentos que visam esse acesso à justiça, os quais denominaram de ondas renovatórias do acesso à justiça, iniciadas em meados da década de 60.

A primeira se deu com a assistência judiciária aos necessitados; a segunda, circundou-se ao problema da representação dos direitos coletivos *lato sensu*; e, por fim, a terceira onda foi cunhado de “novo enfoque de acesso à justiça”, sendo uma “tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”⁴⁷.

A segunda onda foi impulsionada pelos estudos italianos década 70, sendo essencial para o desenvolvimento do processo civil coletivo e a criação das ações coletivas (ponto a ser tratado do terceiro capítulo).

Já com relação à terceira, os autores esclarecem que é necessário “correlacionar e adaptar o processo civil a cada tipo de litígio”⁴⁸, pois estes apresentam características peculiares e têm diferentes barreiras de acesso à justiça e, portanto, exigem diferentes soluções. Nesta seara, destacam os autores a importância social, a natureza da causa (que pode exigir solução rápida), as partes envolvidas e as repercussões coletivas das lides⁴⁹.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 31.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 71.

⁴⁹ Nas palavras exatas dos autores: “Existem muitas características que podem distinguir um litígio de outro. Conforme o caso, diferentes barreiras de acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. [...] A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações.

Para se considerar o acesso à justiça como um novo método de pensamento (terceira onda renovatória), Gregório Assagra Almeida assevera que “o direito processual deve ser concebido como instrumento de transformação da realidade social. [...] pressupõe o rompimento com a neutralidade positivista, que impede a justiça ser justiça”⁵⁰.

Neste ponto reside o elo entre o acesso à justiça e a ciência processualística, destacado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁵¹

Diante esta relevância, Cândido Rangel Dinamarco afirma que a ideia de acesso à justiça “é o polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante de todo e qualquer um dos grandes princípios”⁵², sejam estes princípios processuais constitucionais ou infraconstitucionais, em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial.

A aferição dos contornos e problemas sociais leva ao melhor aparelhamento do sistema processual que, conseqüentemente, contribui para que o Poder Judiciário preste a tutela jurisdicional adequada. Nelson Nery Junior esclarece:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio o sentido do princípio.⁵³

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes que tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. [...]

Por fim, é previsto enfatizar que as disputas têm repercussões coletivas tanto quanto individuais. Embora obviamente relacionados, é importante, do ponto de vista conceitual e prático, distinguir os tipos de repercussão, porque as dimensões coletiva e individual podem ser atingidas por medidas diferentes.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 71-72)

⁵⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.68.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 11-12.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 303-304.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O papel do Poder Judiciário para a consecução do acesso à Justiça se torna evidente. Se na concepção tradicional do Estado Liberal o Poder Judiciário tinha um papel restrito na sociedade, no Estado Social

[...] o Poder Judiciário volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento. Ao Judiciário compete assegurar o exercício pleno da liberdade (herança do Estado liberal), e também as condições materiais para esse exercício [...] Em um curto espaço de tempo, o Judiciário converte-se, realmente, em instância de solução de conflitos de toda espécie. Passa a haver uma demanda muito grande por justiça.⁵⁴

É possível verificar que o acesso à justiça abarca diversos aspectos que revelam duas finalidades primordiais do sistema jurídico: “primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁵⁵.

Trata-se, pois, de uma “visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”⁵⁶, ou, na expressão de Kazuo Watanabe, o “acesso à ordem jurídica justa”⁵⁷.

O acesso à ordem jurídica justa é a atual acepção do direito de acesso à justiça no Estado Democrático de Direito, sendo imprescindível para a própria configuração de Estado, mormente quando diante do art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que dispõe como objetivo da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Retira-se, pois, a neutralidade do direito de ação e sua indiferença social, transmudando-o para o acesso à justiça permeado de significação substancial, devendo-se compreender os problemas sociais e também os presentes no sistema processual posto.

⁵⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25-26.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 08.

⁵⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28.

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.128.

2 OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Neste segundo capítulo, com objetivo de deixar bem delineado o direito material em questão, explica-se por que se adota aqui o termo “direito” ao invés de “interesse”, bem como o que se entende por “direitos transindividuais” (também denominado de direitos coletivos *lato sensu*, direitos metaindividuais e direitos supraindividuais) e sua classificação legal em “difuso”, “coletivo” e “individual homogêneo”, com atenção especial ao último, visto que é a partir deste que se pretende iniciar o estudo das ações massificadas.

Apresenta-se uma nova perspectiva de relação jurídica material para o tratamento dos direitos transindividuais a partir dos estudos de Luiz Fernando Bellinetti, visão essa que se entende mais apropriada para tratar o tema das demandas coletivas no âmbito processual.

2.1 “DIREITOS” OU “INTERESSES” TRANSINDIVIDUAIS?

Ao tratar das tutelas coletivas, as expressões “interesses” e “direitos” ora aparecem no sistema normativo brasileiro conjuntamente, como no art. 81 e incisos, do Código de Defesa do Consumidor⁵⁸, ora isoladamente, como no art. 5º, inciso LXX, b⁵⁹, e 129, III, da Constituição Federal⁶⁰.

Consigne-se que, fundamentalmente, a distinção dos termos reside na doutrina de Ihering, quando este defendeu que o núcleo do direito subjetivo está no

⁵⁸ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

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.

⁵⁹ Art. 5º [...]

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

⁶⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

elemento “interesse”⁶¹. Partindo dessa diferenciação clássica entre “interesse” e “direito”, a doutrina especializada diverge na preferência ou adoção por cada um dos termos ou, ainda, os emprega indistintamente.

Para Kazuo Watanabe não há razão prática, nem ao menos teórica, para distinguir os termos na legislação brasileira, posto que

[...] foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em quem passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca da diferenciação ontológica entre eles.⁶²

Rodolfo Camargo Mancuso, por sua vez, entende que a expressão “direito” invoca a ideia de exclusividade de um titular definido, enquanto interesse se refere a toda uma coletividade, além de ser termo mais amplo, porque tutela interesses porventura não previstos em normas:

Por cuidarem de valores metaindividuais, de posições *dessubstantivadas*, nesse sentido de referidas genericamente a toda a coletividade ou a largos segmentos dela (podendo mesmo concernir a futuras gerações), afigura-se mais adequado o termo *interesse*, antes que direito [...].
[...] interesses tuteláveis pela jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem compatíveis com ele, sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante.⁶³

Ada Pellegrini Grinover utiliza ambas as expressões indistintamente em se tratando de tutela coletiva. Explana que o termo “interesse” decorre da própria evolução dos direitos:

Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *dare, facere* ou

⁶¹ Sobre o tema, esclarece Miguel Reale: “Segundo Jhering, em toda relação jurídica existe uma forma protetora, uma casca de revestimento e um núcleo protegido. A capa, que reveste o núcleo, é representada pela norma jurídica, ou melhor, pela proteção à ação, o que quer dizer, por aqueles remédios jurídicos que o Estado confere a todos para a defesa do que lhes é próprio. O núcleo é representado por algo que interessa ao indivíduo. O direito subjetivo, segundo Jhering, é esse *interesse enquanto protegido*. Daí a definição por Jhering: ‘direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido.’” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 253-254)

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 70.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 89 e 91.

praestare, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.⁶⁴

A autora assinala que embora a distinção dos termos seja indiferente em se tratando do ordenamento jurídico brasileiro, seria mais adequada a utilização de direitos:

A distinção – que no sistema jurídico brasileiro é inteiramente despicienda, pois nem mesmo a justifica o critério de competências estabelecido nos países que adotam o contencioso administrativo – seria retrógrada e não levaria em conta as modernas tendências do direito e do processo. Não é por outra razão, aliás, que a doutrina mais atualizada prefere falar em direitos, e não em interesses, difusos e coletivos.⁶⁵

Para Antonio Gidi correto é valer-se somente da expressão “direito”, pois “o direito não tutela meros interesses”⁶⁶, asseverando que:

Muito embora aparentemente seja questão meramente terminológica, sem qualquer consequência prática, há um sério risco em adotar a expressão “interesse” para designar os direitos de grupo tuteláveis em juízo. A Constituição Federal garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de *direito*” (CF-88, art. 5º, XXXV). A Constituição não garante o acesso ao Judiciário de lesão ou ameaça a “interesses”. Portanto, ao tentar buscar uma expressão mais abrangente que direito, o tiro pode sair pela culatra.⁶⁷

Ainda, o autor sustenta não ser mais necessário o legislador atuar defensivamente no sentido de usar ambas as expressões com objetivo de abranger mais situações. Segundo entende, “a tutela coletiva existe em nosso ordenamento há mais de uma geração e já faz parte integrante da formação acadêmica contemporânea”⁶⁸.

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000, p. 9-10.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 101.

⁶⁶ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 221.

⁶⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 223.

⁶⁸ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 222.

No mesmo sentido se posicionam Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior. Asseveram que o uso de “interesse” é equivocado, por se tratar de mera transposição da doutrina italiana, onde a diferença é importante para a fixação da competência, tendo em vista a dualidade de jurisdição daquele país:

[...] a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relação entre particulares); já os interesses legítimos são julgados perante órgãos da justiça administrativa (relação entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante). A nota essencial na distinção, para este estudo, é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecendo o indivíduo apenas como componente, como ‘membro do Estado’. Porém, diferenças à parte, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional. Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano [...] ⁶⁹

Continuam os citados processualistas destacando que o interesse legítimo da Itália é o que no Brasil se denomina direito subjetivo público, enquanto o direito subjetivo privado equivaleria ao direito julgado pela jurisdição civil da Itália, de forma que não se justifica a diferenciação brasileira, uma vez que ambos são evidentemente direitos ⁷⁰.

Por sua vez, Luiz Fernando Bellinetti entende adequado uso a expressão “interesses coletivo”, justificando que “o termo direito, geralmente se faz em sentido subjetivo” ⁷¹, isso é, evoca as concepções tradicionais de direito subjetivo e de relação jurídica baseada no binômio direito-dever entre indivíduos ⁷². Continua o autor:

⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 90.

⁷⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 89-90.

⁷¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 666-671.

⁷² O tema, que será mais bem aprofundado oportunamente neste trabalho, foi tratado pelo autor em: BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 125-132.

Quando se ingressa na esfera coletiva, é preciso prescindir desse binômio com identificação dos titulares dos direitos.

O que se deve conceber é a existência de interesses atinentes a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, que poderá ser satisfeito por alguém através de uma utilidade indivisa.⁷³

Conclui o autor que “não é absurda a ideia de direito do grupo desde que com uma concepção distinta da de direito subjetivo individual e de relação jurídica”⁷⁴.

Por fim, Vicente de Paula Maciel Junior⁷⁵ apresenta uma visão peculiar e crítica à tradicional doutrina de Ihering, que parece adequada aos termos propostos neste trabalho.

O autor compreende que a partir do momento que “interesse” somente tem importância para o direito após sua tutela legal, não há diferença ontológica entre “direito” e “interesse”:

O equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito. Não haveria, segundo essa concepção, a razão para a diferenciação ontológica entre interesses e direitos.⁷⁶

Para o autor, o interesse se restringe à esfera individual, sempre. Pode ser compreendido como “manifestação unilateral de uma necessidade, um poder, uma faculdade perante um bem da vida”⁷⁷.

Já o direito pressupõe um “processo de validação racional”⁷⁸, por parte da coletividade, daquele interesse manifestado individualmente. Tal processo de validação significa o consenso e do respeito por parte da sociedade, culminando em sua previsão legal.

⁷³ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 666-671.

⁷⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 666-671.

⁷⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 43.

⁷⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 43.

⁷⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

⁷⁸ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

Quando se fala de interesse coletivo ou difuso a expressão, via de regra, é equívoca, porque interesse é sempre individual.

O que se pode ser admitido como difuso ou coletivo é o número dos indivíduos que, de modo indeterminado ou agrupado, possuem interesses individuais manifestados num mesmo sentido e se encontram em face de um fato, numa mesma situação. Nesse sentido, podemos ter “interessados” difusos ou coletivos, mas nunca “interesses” difusos ou coletivos.

Por outro lado, os direitos pressupõem um reconhecimento de que esses interesses difusos e coletivos pertencem àquele grupo de indivíduos e devem ser observados em face do ordenamento jurídico.⁷⁹

Há, desta forma: a) o interesse que está alocado na esfera psíquica do sujeito; b) o direito objetivo que é a “lei posta como critério de conduta em determinada sociedade”, podendo ser invocada para fundamentar interesse dos sujeitos; e c) o direito subjetivo, entendido como aquele interesse que a sociedade já conferiu validade, seja por meio de edição de normativa ou reconhecimento judicial⁸⁰.

Portanto, o interesse está na base de formação dos direitos⁸¹, porém, no plano das situações jurídicas, situa-se em um momento anterior à formação do direito⁸².

Defende o autor ser necessária a devida diferenciação entre os termos “direito” e “interesse” para evoluir nos conceitos que utilizam essas expressões como base⁸³. Sustenta que a distinção da forma como proposta esclarece de forma satisfatória a possibilidade de existir conflito entre o interesse pessoal e o direito individual ou coletivo.

Com relação à colisão entre o direito individual e o interesse do indivíduo, exemplifica:

⁷⁹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

⁸⁰ Nas exatas palavras de Vicente de Paula Maciel Junior: “O direito subjetivo somente existe a partir do momento em que a sociedade espontaneamente confere validade ao interesse da parte, ou quando o sujeito consegue o reconhecimento judicial, através de um processo de validação de seu interesse.

O que se tem antes desse momento é o interesse do sujeito, portanto, um interesse subjetivo, que ainda não é direito subjetivo. Somente haverá o direito subjetivo se o interesse do sujeito for validamente reconhecido pelos processos de validação (reconhecimento espontâneo da sociedade ou atividade substitutiva estatal – devido processo legal). [...]

O direito objetivo é a lei posta como critério de conduta em uma determinada sociedade. Vale para todos e pode ser invocado para fundamentação das manifestações de interesse dos sujeitos na vida social.” (MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 61)

⁸¹ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 44.

⁸² MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 55.

⁸³ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 56-57.

[...] consideremos que um empregado de uma empresa aceite renunciar a direitos trabalhistas, trabalhar além de suas forças e em horários e condições agressivas à sua saúde, com alterações danosas ao contrato de trabalho antes vigente. [...]

Ora, teríamos no caso um interesse individual do empregado na manutenção do emprego, que é o bem por ele considerado maior. Mas teríamos ainda uma série de direitos oriundos da constituição e das leis ordinárias que teriam sido ofendidos e que autorizam inclusive ao sindicato e aos órgãos fiscalizadores atuarem na repressão desses fatos, mesmo contra o interesse do indivíduo.⁸⁴

Também ilustra a possibilidade do conflito ocorrer entre direito coletivo e interesse:

Consideremos a hipótese em que a entidade estatal de controle ambiental, fundada em legislação que lhe confere o poder de fiscalização para autuação e aplicação de sanções, embarga a atividade de determinada empresa siderúrgica que polui o meio ambiente e ofende as normas vigentes quanto ao setor. Temos a entidade estatal que atua com poder de polícia e de acordo com o direito legislador, na tuteladas situações jurídicas previstas nas normas. Temos os interessados difusos na qualidade do meio ambiente, que são atingidos pela atuação da entidade estatal e, mesmo que não tivessem se manifestado ou percebido a importância do embargo imposto, seriam atingidos individualmente por ele. Teríamos ainda o interesse da empresa na manutenção e exercício de sua atividade comercial, que estaria comprometida e poderia gerar o seu encerramento. Teríamos ainda os trabalhadores da empresa, que estariam atingidos individualmente em seus interesses de manutenção do emprego.⁸⁵

A partir dessas perspectivas, Vicente de Paula Maciel Junior traça uma crítica à classificação dos direitos coletivos *lato sensu* da análise primária do aspecto subjetivo (“pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato” e “titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”, nos termos do art. 81, parágrafo único, incisos I e II, do CDC).

Segundo entende, anterior à análise dos sujeitos, deve-se partir do fato e “de sua repercussão social para a identificação dos diversos sujeitos interessados e

⁸⁴ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 57.

⁸⁵ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 38.

atingidos”⁸⁶, não havendo, por exemplo, o “interesse difuso, mas uma indeterminação difusa de interessados”⁸⁷.

Data vênia os posicionamentos expostos, o presente trabalho perfila a este último entendimento, no sentido de que os interesses são individuais e os direitos necessitam do processo de validação (legislativo ou judicial) para sua existência, desvinculando-se da doutrina do direito subjetivo de *Ihering* quando em matéria de direitos coletivos *lato sensu*.

Frise-se, ainda, que a Constituição Federal utiliza-se do termo “direito” ao especificar os valores transindividuais tutelados pelo ordenamento jurídico, estando, pois, no plano substancial (o equivalente ao direito objetivo): “todos têm direito a [...]” (art. 5º⁸⁸, art. 225⁸⁹...) ou “são direitos [...]” (art. 6º⁹⁰, 7º⁹¹...). Nos termos propostos, são os interesses de indivíduos que passaram pelo processo de validação para se configurarem em direito.

Por outro lado, quando menciona “interesses” (art. 5º, inciso LXX, b⁹², e art. 129, inciso III⁹³), a Constituição o faz no sentido de atuar em defesa (plano processual) do direito objetivo, não especificando os direitos que têm caráter coletivo e, sim, fazendo referência aos “interessados” difusos e coletivos.

Essas nuances do texto constitucional parece encontrar respaldo no posicionamento de Vicente de Paula Maciel Junior. Veja-se as disposições que a Constituição Federal utiliza o termo “interesse”.

⁸⁶ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 58.

⁸⁷ MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006. p. 54.

⁸⁸ 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: [...]

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [...]

⁹¹ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

⁹² LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

⁹³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

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

Organizações sindicais, entidades de classe e associações, por exemplo, poderão impetrar mandado de segurança coletiva em defesa dos “interessados” membros ou associados (para utilizar a expressão de Vicente de Paula Maciel Junior). Essa interpretação é possível, pois o mandado de segurança não tutela meros interesses, senão direitos relativos a fatos que possam ser comprovados de plano (“direito líquido e certo”)⁹⁴.

No art. 129, por sua vez, que trata das funções institucionais do Ministério Público, o inciso III inicia o texto dispondo que caberá à instituição a proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente (direito objetivo/plano substancial) e termina com o complemento “e de outros interesses difusos e coletivos”.

Conforme anteriormente explanado, a expressão adequada seria “direitos difusos e coletivos”, uma vez valores protegidos normativamente. O que ocorre é que esses direitos difusos e coletivos têm “interessados” difusos e coletivos. Em outros termos, há tutela dos direitos objetivos de caráter transindividual, sendo que a tutela jurisdicional refletirá nos “interessados” (difusos ou coletivos ou individuais homogêneos) deste direito objetivo.

Assim esta pesquisa prefere a utilização da expressão “direitos transindividuais”. Acompanha-se, pois, o mesmo entendimento de Luiz Fernando Bellinetti e Vicente de Paula Maciel Junior, no sentido de desvincular da doutrina do direito subjetivo (individual) quando em matéria de direitos coletivos *lato sensu*.

Não obstante este posicionamento, em se tratando das normas infraconstitucionais brasileiras referentes à tutela coletiva, não há diferença ontológica entre “interesse” ou “direito”, visto que pautada na doutrina de Ihering e formada a partir de posicionamentos defensivo (atentado por Antonio Gidi).

Hodiernamente, contudo, não se justifica mais a utilização de ambos os termos por precauções hipotéticas, visto que a defesa coletiva e os seus escopos encontram-se bem sedimentados no corpo constitucional e legal e na doutrina especializada. Resta, porém, a incorporação e atualização por parte da jurisprudência e na práxis forense.

⁹⁴ Ressalta-se que não obstante a utilização da expressão “direito líquido e certo”, o requisito refere-se ao fato, isto é, o fato deve ser comprovado de plano e o impetrante deverá indicar a norma (direito objetivo) que tutela sua situação jurídica. Sobre a análise do requisito “direito líquido e certo” e o objeto do mandado de segurança, principalmente coletivo, tem-se estudo específico publicado: KUSSABA, Jaqueline Yoko. A defesa dos direitos difusos e a Lei do Mandado de Segurança nº 12.016/2009. In: *Caderno de resumos: IX Encontro Científico Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania* / Organizado por Zulmar Fachin...[et al.]. – Londrina: IDCC, 2012 (v. 4). p. 205-209.

2.2 DA TEORIZAÇÃO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS À SUA DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO LEGAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A evidência dos direitos transindividuais decorre da própria evolução dos direitos fundamentais, acoplado-se aos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, conforme esclarecido por Ada Pellegrini Grinover, cuja citação foi reproduzida em tópico anterior.

Com o advento do Estado Social, legislações para a defesa dessa terceira dimensão de direitos fundamentais foram sendo incorporadas aos sistemas normativos dos Estados.

No Brasil, o marco pode ser estabelecido com a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943, reflexo do ideário do *Welfare State*⁹⁵.

Somente a partir dos anos 70, contudo, intensificaram-se os estudos sobre a tutela dos interesses coletivos, principalmente na Itália, onde os pesquisadores se debruçaram à investigação do tema com o objetivo de entender e tutelar esses novos direitos:

O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados.⁹⁶

A partir dessas características delimitadas, evidenciaram-se duas facetas: a primeira referente ao seu caráter social e a segunda quanto à sua configuração política.

⁹⁵ “O panorama começaria a alterar, ao influxo do ideário do *Welfare State* (o Estado Social de Direito), cujo eco se fez sentir dentre nós com a promulgação da CLT (1943), colocando o trabalhador como hipossuficiente na relação entre as forças do capital e do trabalho, organizando os trabalhadores em categorias; potencializando a eficácia da resposta judiciária com o aporte dos dissídios coletivos, onde a decisão judicial apresenta eficácia expandida no âmbito de uma dada categoria laboral e/ou patronal [...]”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 53).

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pelegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000, p. 09.

O caráter social, consequência do pensamento pós-liberal, conjuga a necessidade de atuação positiva do Estado somado ao surgimento de novos anseios, quais sejam, os direitos sociais, que:

[...] são comuns a um conjunto de pessoas, e somente estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupo, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios.⁹⁷

Aqueles estudos italianos tiveram profícuos resultados no Brasil, alcançando o ápice normativo em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, “elevando a nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitação quanto às matérias”⁹⁸.

Ocorre que até então, não obstante a tutela jurídica dos direitos transindividuais, não havia consenso quanto à sua definição, o que acabava por influenciar negativamente a efetividade da tutela desses direitos.

No ano de 1990, o legislador preferiu definir e classificar os direitos coletivos a partir de critérios que lhe pareceram mais adequados no plano da defesa do consumidor, com objetivo de evitar descabidas restrições na seara prática e tentando conciliar os posicionamentos existentes à época⁹⁹.

Kazuo Watanabe acrescenta que o legislador além de conceituar direitos difusos e direitos coletivos (em sentido estrito), criou “o conceito de ‘interesses ou

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000, p. 09.

⁹⁸ GRINOVER, Ada Pelegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000, p. 11.

⁹⁹ Neste sentido, conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 67; e MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 203-204.

direitos individuais homogêneos' para os fins de tutela coletiva deles em juízo"¹⁰⁰, o que já era apontada por parte da doutrina nos anos anteriores¹⁰¹.

A legislação consumerista, então, dispôs:

Art. 81. [...]

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar:

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.

Em que pese definido os direitos coletivos *lato sensu*, ainda há divergências doutrinárias sobre o tema, conforme os tópicos seguintes.

2.3 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS *STRICTO SENSU* E INDIVIDUAIS HOMOGENEOS: PROBLEMAS E DIVERGÊNCIAS

A mais extremista crítica quanto a definição e classificação dos direitos transindividuais é feita por Antonio Gidi, para quem a “classificação [disposta no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor] é fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana”¹⁰² e que não tem utilidade para operacionalidade dos processos coletivos.

Apesar da censura, o autor reconhece que a definição legal foi bem elaborada e “poupou à nossa geração décadas de controvérsias inúteis. A sua importância maior, portanto, estava no seu efeito pedagógico”¹⁰³.

Todavia, sustenta arriscada a opção do legislador em conceituar termos jurídicos, “pois há sempre o risco de serem incompletas ou inadequadas ou assim se tornarem com o tempo, podendo obstruir o desenvolvimento jurisprudencial do

¹⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 67.

¹⁰¹ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série. p. 195-197.

¹⁰² GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 201.

¹⁰³ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 210.

direito”¹⁰⁴. Acrescenta que “corremos o risco de criar uma jurisprudência de rótulos, em que os fatos precisam ser subsumidos à letra da lei, em vez de um sistema prático e funcional”¹⁰⁵, o que acaba por desvirtuar a atenção do juiz do mérito do processo¹⁰⁶.

Por fim, enfatiza que a definição disposta na lei consumerista deve ser compreendida pelos operadores como exemplificativas, com o fito principal de guiar seus trabalhos:

[...] as normas com definição envelhecem muito rápido. É uma questão de tempo até que a insuficiência da definição brasileira seja mais transparente para os operadores do direito. Espera-se, portanto, que a jurisprudência e a doutrina brasileira entendam que tais definições legais de direito de grupo não são taxativas, mas meras categorias gerais cujo objetivo é apenas guiar o trabalho do operador.

Sendo meramente exemplificativas, essas definições não podem vincular e limitar o poder dos tribunais, caso uma situação fática permita o tratamento coletivo mas não se subsuma aos “tipos legais” de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Essas definições abstratas são importantes, apenas na medida em que facilitem a compreensão dos tipos de direito que podem ser tutelados coletivamente em juízo; elas não podem ser consideradas algemas que restrinjam a tutela de direitos de grupo.¹⁰⁷

Com efeito, a definição apresentada pelo legislador em muito propiciou o desenvolvimento da tutela dos direitos coletivos no Brasil. Porém, perfilando o entendimento de Antonio Gidi, a definição legal se tornou insuficiente diante o desenvolvimento da matéria.

Não obstante a crítica, este trabalho entende relevante a boa compreensão dos direitos materiais a serem protegidos a fim de traçar um processo efetivo, de modo a se obter a tutela jurisdicional adequada, conforme já abordado no capítulo anterior.

Entre as definições para as espécies de direitos coletivos *lato sensu*, a doutrina diverge quanto ao critério de identificação, podendo destacar três posicionamentos: a) perspectiva processual a partir do pedido da ação; b) direito material em questão; c) critério material e processual.

¹⁰⁴ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 204.

¹⁰⁵ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 206.

¹⁰⁶ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 207.

¹⁰⁷ GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008. p. 207.207-208.

Em primeiro lugar, deixa-se registrado o possível equívoco ao tentar classificar os direitos coletivos de acordo com o tema, conforme atenta Nelson Nery Junior:

No início da aplicação do CDC observou-se, com frequência, o erro de metodologia utilizado por doutrina e jurisprudência para classificar determinado tipo de direito ou interesse. Via-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor seria coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares sofridos seria individual. A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo.¹⁰⁸

Isso porque, o mesmo fato poderá dar causa a pretensões diferentes, que ora tutelarão direitos difusos, ora coletivos, ora individuais homogêneos, a depender do tipo de tutela jurisdicional postulada, elucidando com o seguinte exemplo:

O acidente com o *Bateau Mouche IV*, que teve lugar no Rio de Janeiro, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor na economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público em favor da vida e da segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).¹⁰⁹

O autor, que adota entendimento da primeira corrente mencionada, sustenta que a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* é definida a partir do “tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial”¹¹⁰.

Trata-se, pois, de um critério puramente processual.

O posicionamento é criticado por Antonio Gidi, no sentido de que “não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito específico que

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 225.

¹⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 227.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 226.

foi violado”¹¹¹, asseverando ser possível e recomendável que a análise do direito material seja feito independente do direito processual:

Primeiro, porque o direito material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. 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 concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos.¹¹²

Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior entendem que a postura adequada para identificar os direitos transindividuais é aquela que considera o caráter material (direito subjetivo afirmado) e processual (tutela requerida), a fim de prover a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto:

Do ponto de vista do processo, a postura mais correta, a nosso juízo, é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida, como forma de identificar, na “demanda”, de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição. Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa do direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito “a meio caminho”. Nesse particular, revela-se de preponderante importância a correta individuação, pelo advogado, do pedido e da causa de pedir, incluindo os fatos e o direito coletivo aplicável na ação. Portanto, propõe-se a fusão entre o pensamento de Antonio Gidi e Nelson Nery Junior, que em verdade se complementam reciprocamente.¹¹³

Ilustram com a ocorrência de publicidade enganosa resultante em lesão a um número determinável de pessoas, concluindo que a depender do requerimento final, a ação poderá ser para a tutela do direito difuso ou individual homogêneo:

Por exemplo, em determinada ação onde se afirma a lesão cometida por veiculação de publicidade enganosa o autor da ação deverá descrever os fatos que justificam a demanda e embasam sua pretensão, afirmando que a publicidade foi ao ar nos dias x e y, através de mídia televisiva, atingindo um universo de pessoas circunscritas em determinada região. Devera afirmar, ainda, que existe uma extensão possível de várias pessoas atingidas pela publicidade que adquiriram o produto em erro e foram lesadas em seus direitos individuais, e que estes direitos, pela característica de origem comum, se configuram como individuais homogêneos. Requererá, assim e

¹¹¹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20-21.

¹¹² GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20-21.

¹¹³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

ao final, “a condenação genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95, do CDC).

No exemplo acima temos, 1) fatos (causa de pedir mediata ou remota), que originam a lesão de direitos individuais; 2) um direito afirmado (causa de pedir imediata ou próxima), que pode ser configurado (em tese) como direito individual homogêneo por ter origem comum e se estender a vários titulares de direitos individuais hipoteticamente lesados; e 3) um pedido imediato de condenação genérica, de acordo com o direito afirmado. Assim, trata-se claramente de uma ação para tutela dos direitos individuais homogêneos. Se o legitimado coletivo tivesse pedido a retirada da publicidade enganosa do ar, estaríamos diante de uma ação coletiva em tutela de direitos difusos.¹¹⁴

Não obstante os posicionamentos acima, o presente trabalho perfila a definição a partir da perspectiva processual para a classificação desses direitos.

Outra observação a ser feita no presente tópico consiste que, embora existam posicionamentos diversos na doutrina ao definir os direitos coletivos *lato sensu*, todas definem os direitos transindividuais a partir do aspecto objetivo, que se refere à indivisibilidade do direito, e do aspecto subjetivo, que se refere aos seus sujeitos ou titulares.

Quanto à natureza indivisível significa, basicamente, que o direito em questão só pode ser considerado como um todo impassível de fracionamento ou quotas. Desta forma, a satisfação de um dos interessados implica necessariamente na satisfação dos demais, enquanto uma só conduta lesiva a todos interessados lesa¹¹⁵.

Feita esta breve explanação, passa-se para a análise das posições doutrinárias quanto à definição dos direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos.

¹¹⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 86.

¹¹⁵ Sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida valendo-se das explicações de Antonio Gid explica: “[...] a indivisibilidade se caracteriza pela impossibilidade de sua divisão em quotas atribuíveis individualmente a cada um dos interessados; entre os interessados a união instaurada é tão firme que a satisfação “de um só implica de modo necessário a satisfação de todos e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.” (ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 483)

2.3.1 Entendimento Predominante na Doutrina: Direitos Coletivos e Direitos Acidentalmente Coletivos

Parcela majoritária da doutrina (citando Teori Albino Zavascki¹¹⁶, Elton Venturi¹¹⁷, José Carlos Barbosa Moreira¹¹⁸, Gregório Assagra de Almeida¹¹⁹ e Antonio Gidi¹²⁰) defende que são direitos coletivos apenas os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*, enquanto os direitos individuais homogêneos são, em verdade, direitos individuais tratados coletivamente pela norma processual.

Em 1984, já havia a sistematização doutrinária que diferenciava os direitos essencialmente coletivos dos acidentalmente coletivos¹²¹.

No ano de 1995, Teori Albino Zavascki publicou artigo denominado “Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos”¹²², no qual buscou diferenciar os direitos coletivos (incluindo difusos e coletivos em sentido estrito somente) dos direitos individuais homogêneos, tendo mecanismos processuais próprios para sua tutela jurisdicional.

É com esse mesmo propósito que se buscará aqui reflexão sobre tema que a experiência diária evidencia ser foco de boa parcela dos equívocos: a distinção entre os mecanismos processuais para a defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos. Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juízo. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais).¹²³

¹¹⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995.

¹¹⁷ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 61-68.

¹¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195-197.

¹¹⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 491-494.

¹²⁰ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série. p. 195-197.

¹²² ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995.

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995. p. 84.

O autor entende que na expressão “direitos coletivos”, o termo “coletivo” é qualificativo de “direitos”, sendo que coletivos somente são os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Os direitos essencialmente coletivos diferenciam-se somente no aspecto subjetivo, visto que sob o ponto de vista objetivo ambos são indivisíveis.

Neste sentido e conforme disposto no art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, do Código de Defesa do Consumidor, nos direitos difusos, os titulares são “pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato”. Já os direitos coletivos, titular é o “grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Em outros termos, é a determinabilidade dos sujeitos que os distinguem, fator que decorre da própria análise do modo como os titulares e/ou a parte contrária se relacionam.

Nos direitos coletivos *stricto sensu*, a relação jurídica base, que é anterior à lesão, forma-se tanto entre os próprios titulares ou destes com a parte contrária.

Por outro lado, nos direitos difusos, a relação dos titulares do direito se forma somente com a parte contrária e, mesmo assim, não é possível determiná-los em um grupo, categoria ou classe específica que se beneficiaria com a tutela jurisdicional.

Aluisio Gonçalves de Casto Mendes afirma que o direito difuso será averiguado por exclusão:

[...] só será coletivo o interesse quando o objeto estiver em posição de satisfazer, de modo exclusivo ou especial, um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Do contrário, o objeto estará apto a beneficiar uma coletividade, ainda que integrada por grupos, categorias e classes de pessoas determinadas. [...]

Forçoso concluir, portanto, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistente a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com parte contrária.¹²⁴

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são apenas direitos subjetivos individuais que podem ser tratados coletivamente.

Segundo Teori Albino Zavascki, “a qualificação homogêneos não desvirtua essa sua natureza [de direitos subjetivos individuais], mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de

¹²⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 219.

todos eles”¹²⁵. Destarte, coletiva, nesta espécie de direito, é somente a forma de se tutelar jurisdicionalmente:

O “coletivo”, conseqüentemente, diz respeito apenas à “roupagem”, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Por isso não deixam de ser “genuinamente subjetivos individuais” que apresentam “características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico”.¹²⁶

Define o autor que os “direitos individuais homogêneos são, como já se disse, simplesmente direitos subjetivos individuais, divisíveis, integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição”¹²⁷.

Com relação aos direitos individuais homogêneos, há ainda discussão com relação à identificação do interesse público. Nesta seara, o autor entende que este elemento seria necessário tão somente para averiguar a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação em defesa dos direitos individuais homogêneos.

O interesse social é presumido nas hipóteses previstas no art. 91 e art. 92, do Código de Defesa do Consumidor¹²⁸, na Lei nº 7.912/89 em defesa dos investidores do mercado mobiliário, e no art. 46, da Lei nº 6.024/76, em defesa dos credores de instituições financeiras¹²⁹.

Todavia, é possível análise a cada caso concreto, “à luz dos valores jurídicos estabelecidos, não apenas a soma dos interesses particulares, mas sim o comprometimento de interesses relevantes da sociedade como um todo”¹³⁰.

¹²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995. p. 85.

¹²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo : tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2005. 290 FOLHAS. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 42. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>> Acesso em 06 de agosto 2014.

¹²⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995. p. 87.

¹²⁸ Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995. p. 95.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995. p. 96.

2.3.2 Entendimento Divergente: Direitos Difusos, Coletivos *Stricto Sensu* e Individuais Homogêneos como Espécies de Direitos Coletivos *Lato Sensu*

Embora não seja o entendimento majoritário, respeitáveis doutrinadores defendem este posicionamento, tais como Luiz Fernando Bellinetti¹³¹, Fredie Didier Junior¹³², Hermes Zanetti Junior¹³³ e Alcides Alberto Munhoz da Cunha¹³⁴.

A definição de direitos difusos e coletivos em sentido estrito se mantém praticamente inalterada com relação ao analisado anteriormente. A divergência situa na definição dos direitos individuais homogêneos.

Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior criticam a “doutrina dos direitos individuais coletivamente tratados”¹³⁵, pois a entendem restritiva, transformando os direitos individuais homogêneos como “personagem de segunda categoria na proteção coletiva”¹³⁶.

Para os autores, os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos, pois são “indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer a tutela integral do ilícito”¹³⁷, esclarecendo essa ideia de unidade adiante:

A ideia de unicidade no tratamento dos direitos individuais homogêneos é clara no CDC. A lei brasileira (art. 100 do CDC) determina expressamente que, caso passado um ano sem habilitação de interessado em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e execução da indenização devida. Nesse caso, reverte-se o produto para um fundo governamental (criado pela Lei 7.347/1985, no art. 13, e regulamentado pelo Decreto 1.306/94, é denominado de Fundo de Direitos Difusos). Ao legislador interessa a compensação integral do prejuízo¹³⁸; concede-se assim primazia ao interesse pública na regulação da conduta ilícita.¹³⁹

¹³¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

¹³² DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 76-81.

¹³³ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 76-81.

¹³⁴ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo* ano 20, vol. 77, 1995, p. 246-258.

¹³⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 80-82.

¹³⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 81.

¹³⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 78.

¹³⁸ Não obstante tal afirmação, os autores atentam que Ada Pellegrini Grinover, essa compensação (*fluid recovery*) não tem caráter ressarcitório, embora seja conexo com os interesses da coletividade.

¹³⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 79.

Assim, a tutela dos direitos individuais homogêneos não se restringe aos direitos individuais, uma vez que “vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em numero compatível com a gravidade do dano, com a reversão ao FDD [Fundo de Direitos Difusos]”¹⁴⁰.

No mesmo sentido, posicionou Alcides Alberto Munhoz da Cunha, asseverando que a condenação genérica requerida em ação de defesa dos direitos individuais homogêneos reveste-se de utilidade indivisível:

A despeito deste *nomem iuris*, pode-se afirmar que são interesses meta-individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível. O que se pretende é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor de todas as vítimas ou seus sucessores, em virtude de danos que têm origem comum. [...] Enquanto se busca a condenação genérica, entretanto, estar-se-á buscando um bem indivisível para uma multiplicidade de vítimas com interesses convergentes na obtenção desta condenação.¹⁴¹

Já Luiz Fernando Bellinetti, para definir os direitos coletivos *lato sensu* e concluir que os direitos individuais homogêneos são espécie daqueles, adota concepção de relação jurídica material diversa da tradicional, que define a relação jurídica como um nexos jurídico entre pessoas¹⁴².

Isso porque, segundo seu entendimento, “quando se penetra no âmbito dos interesses coletivos *lato sensu*, o esquema tradicional da relação jurídica, mostra-se inadequado para explicar a situação jurídica existente”¹⁴³. Para o doutrinador, a concepção kelsiana de relação jurídica, segundo a qual ocorre entre normas ou fatos determinados pelas normas, representa uma perspectiva mais adequada para tratar o tema dos direitos coletivos, pois “objetiva preservar interesses do grupo

¹⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 80.

¹⁴¹ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo* ano 20, vol. 77, 1995, p. 246-258.

¹⁴² “[...] toda relação jurídica aparece-nos como vínculo de pessoa a pessoa (elemento material), determinado por uma regra de direito (elemento formal) que confere a cada indivíduo um domínio no qual sua vontade reina independentemente de qualquer outra vontade externa” (SAVIGNY in AMARAL, P. 166). “Relação jurídica é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 159)

¹⁴³ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 126.

através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses”¹⁴⁴.

Partindo dessas premissas, tem-se que o objeto dos direitos individuais homogêneos “é que seja cumprido o dever jurídico de recomposição dos interesses individuais de todos os prejudicados pela atividade danosa”¹⁴⁵.

Expõe o autor:

Em minha perspectiva, o decumprimento do dever jurídico de respeito a determinado interesse difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais. A síntese (e não a soma) destas lesões comporá o interesse individual homogêneo, onde não se pede propriamente a indenização de cada um, mas sim que seja cumprido o dever jurídico de indenizar (*recompor*) todos os prejudicados.¹⁴⁶

Destarte, são indivisíveis os direitos individuais homogêneos, porque tratadas como uma unidade indivisa pelo ordenamento.

[...] pois embora existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita, e a partir dele cada um pode individualizar o seu interesse em ações individuais, embora eventualmente a própria execução possa ser coletiva, como previsto em nosso direito positivo no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁷

Por outro lado, os direitos subjetivos individuais poderão ser particularizados dentro desta unidade indivisa.

Por fim, define o autor que

¹⁴⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 126.

¹⁴⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 666-671.

¹⁴⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 666-671.

¹⁴⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 666-671.

[...] os interesses individuais homogêneos como sendo os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados coletivamente, como uma utilidade indivisa, por derivarem de uma origem comum, decorrente de relações jurídicas base que nascem posteriormente à lesão a um bem jurídico protegido por um interesse difuso ou coletivo.¹⁴⁸

Defende-se que esta última perspectiva se mostra mais adequada para o tratamento das ações coletivas, cuja análise mais detalhada reserva-se ao tópico seguinte.

2.4 A RELAÇÃO JURÍDICA MATERIAL NOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

A perspectiva adequada de relação jurídica material permite não apenas visualizar melhor a sistemática de defesa dos direitos coletivos, como permite compreender a classificação dos direitos transindividuais e a natureza dos direitos individuais homogêneos.

As maiores dificuldades da tutela jurisdicional coletiva decorrem da arraigada percepção de relação jurídica (material) individual que permeou o direito processual. Conforme explica Luiz Fernando Bellinetti, tal esquema é inadequado para explicar a situação jurídica existente, conduzindo a becos sem saídas¹⁴⁹.

Uma análise de relação jurídica normativista, nos termos propostos pelo autor, se apresenta melhor para o tratamento dos direitos coletivos e, conseqüentemente, possibilita aprimorar a efetividade do processo coletivo.

A meu ver, é preciso utilizar outra perspectiva da relação jurídica, mais afinada com a situação fática e suas exigências concretas. Tal concepção, felizmente, já está formulada em suas bases fundamentais por Kelsen. Conforme este autor, as relações jurídicas não ocorrem entre pessoas, mas apenas entre normas, ou entre fatos determinados pelas normas.¹⁵⁰

¹⁴⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 666-671.

¹⁴⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 126.

¹⁵⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 126.

A fragilidade da concepção personalista de relação jurídica em questões além do direito privado também foi observada por Francisco Amaral:

Tal concepção corresponde, evidentemente, uma ótica privatista do direito, pois no direito público não se encontra tão claramente expressa a hipótese da relação jurídica resultar da qualificação de uma relação social preexistente.¹⁵¹

Mais a frente, após elencar os motivos da relação normativista não ter sido bem aceita no âmbito privado, conclui:

Daí a franca aceitação da teoria personalista, embora reconhecidamente mais apropriada ao direito privado do que ao direito público, donde a ideia recente neste ramo do direito, da relação jurídica como simples vínculo instaurado pela norma, não necessariamente decorrente de relação social preexistente.¹⁵²

E foi neste sentido que Hans Kelsen já havia atentado quando considerou que “a definição tradicional [de relação jurídica] é demasiado estreita”¹⁵³.

Para o jurista austríaco, o ordenamento jurídico confere poder a determinado sujeito em face de outro, que está obrigado a conduzir-se de determinada maneira pelo ordenamento jurídico:

Uma relação jurídica entre dois indivíduos, melhor, entre a conduta de dois indivíduos determinada por normas jurídicas, existe no caso de um direito subjetivo no sentido específico da palavra, quer dizer: quando a ordem jurídica confere ao indivíduo, em face do qual um outro está obrigado a conduzir-se de determinada maneira, o poder jurídico de, através de uma ação, iniciar um processo que conduza à norma individual, a estabelecer pelo tribunal, pela qual é ordenada a sanção prevista pela norma geral e dirigir contra o indivíduo que se conduz contrariamente ao dever. Neste caso existe uma relação jurídica entre o indivíduo dotado deste poder jurídico e o indivíduo obrigado. Esta relação, porém, não é outra coisa senão a conexão ou relação entre a conduta que consiste no exercício deste poder jurídico, a ação, e a conduta contra a qual a sanção é dirigida, o delito, isto é, a conexão entre dois fatos determinados pela ordem jurídica como pressuposto de sanção.¹⁵⁴

A partir desses conceitos iniciais, Luiz Fernando Bellinetti delinea a concepção de relação jurídica mais adequada para tratar dos direitos transindividuais, pois “permite acentuar a preservação dos interesses do grupo social

¹⁵¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 166.

¹⁵² AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 167-168.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.183.

¹⁵⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.185-186.

através da imposição do dever jurídico de abstenção da conduta que viole tais interesses”¹⁵⁵.

Não se fala mais, pois, de direitos subjetivos, senão no dever jurídico de obediência à norma:

Com a sociedade de massa, é necessária outra perspectiva, que encara situações jurídicas, em que a preocupação não é propriamente estabelecer regras que protejam os direitos subjetivos das pessoas envolvidas, mas sim fixar normas que preservem determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores, e conferindo a determinados entes da sociedade o poder de acionar a Jurisdição para fazer cumprir tais deveres.¹⁵⁶

Partindo desta premissa, há consideráveis alterações nos conceitos vinculados no direito material, desaparecendo a ideia de sujeito ativo e sujeito passivo, respectivamente titulares de um direito e um dever, conforme explica:

A ideia de que a relação jurídica ocorre entre pessoas, devendo ter um sujeito ativo (titular do direito) e um sujeito passivo (titular do dever), perde sentido. O que há é o ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social.¹⁵⁷

Uma vez imposto o dever jurídico de obediência, surge o poder jurídico de determinado sujeito de, através de uma ação, impor a sanção ao descumpridor da norma. Aqui está delineado o sujeito ativo (quem detém o poder) e o sujeito passivo (o descumpridor da norma sujeito à sanção do Estado) da relação jurídica proposta.

Tal perspectiva de tratamento da relação jurídica material dos direitos coletivos influencia nos conceitos de ação coletiva:

¹⁵⁵ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 128.

¹⁵⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 125.

¹⁵⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. 666-671.

[...] os termos titularidade e legitimidade deverão ser entendidos de acordo com a nova noção de relação jurídica.

Titulares serão aqueles que estiverem vinculados ao ordenamento jurídico ao passo que *legitimados* serão aqueles que de acordo com o ordenamento possam influir na criação ou aplicação da norma (legitimidade ativa) ou que estejam sujeitos ao dever jurídico nela estabelecido (legitimidade passiva).

Vê-se, pois, que não há qualquer vinculação direta entre o legitimado ativo e passivo, nem qualquer referência à titularidade de direitos subjetivos.¹⁵⁸

E Luiz Fernando Bellinetti exemplifica:

Se há poluição ambiental por parte de uma indústria química, existirá um interesse coletivo (*lato sensu*) em coibir a poluição.

Ou melhor, segundo o esquema proposto, haverá o dever jurídico da empresa abster-se da poluição, podendo as pessoas indicadas pelo ordenamento atuarem visando a imposição da sanção decorrente da violação do referido dever.

A mencionada indústria e tais pessoas terão a titularidade e legitimidade de direito material e, por isso, e com base na afirmação dessa titularidade e legitimidade é que será aferida a legitimidade *ad causam*, ativa e passiva na ação coletiva.

Na mesma situação, porém, poderá existir um morador vizinho à indústria química que esteja sofrendo danos individualizados.

Nesta hipótese poderemos examinar o caso concreto à luz da concepção tradicional, reconhecendo o seu direito subjetivo à reparação dos danos, que deverão ser compostos pela indústria, que tem o dever vinculado ao direito subjetivo do morador.¹⁵⁹

Para fins de adequação do exposto pelo processualista Luiz Fernando Bellinetti para o entendimento adotado neste trabalho quanto ao uso da expressão “direitos transindividuais” à “interesses transindividuais”, elucida-se o exemplo inicial. Se há poluição ambiental por parte de uma indústria química, existirão “interessados” coletivos (*lato sensu*) em coibir a poluição.

O direito objetivo pertinente é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição Federal). A interpretação consequente é a de que há vedação às condutas que viole referido direito e o dever de abstenção dessas condutas lesivas.

O sujeito ativo para demandar em face do agente poluidor está determinado pelo ordenamento jurídico. No caso em tela, o Ministério Público ou associação

¹⁵⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 130.

¹⁵⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, nº 98. São Paulo, 2000. p. 130-131.

poderão ingressar com ação coletiva para obter tutela jurisdicional no sentido de que o agente poluidor cesse a atividade e repare os danos difusos ocasionados.

Já o morador vizinho da indústria que sofreu danos individualizados também poderá ingressar com a ação. O direito objetivo tutelado é o mesmo, isto é, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, todavia, seu pedido será somente com relação ao dano individualmente sofrido.

A partir dessa perspectiva proposta por Luiz Fernando Bellinetti, o critério de identificação da espécie de direito coletivo é o processual, isto é, a partir da tutela jurisdicional pretendida pelo autor da demanda¹⁶⁰.

Ressalta-se que não se desconsidera a existência do direito material, como faz crer Antonio Gidi¹⁶¹.

Os direitos, sejam coletivos ou individuais, têm sua existência própria, tais como os direitos à vida e à liberdade (art. 5º, da Constituição Federal), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, da Constituição Federal), o direito do trabalhador ao repouso semanal remunerado (art. 7º, inciso XV, da Constituição Federal), o direito do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), o direito do consumidor à proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor), entre tantos outros. Em nenhum momento há negação de sua existência dogmática.

A depender dos fatos e suas consequências é possível enquadrá-los em qualquer uma das categorias de direitos individuais, difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos. Trata-se, pois, apenas de uma forma de classificação com vistas à efetividade da tutela.

O Código de Defesa do Consumidor parece adotar, em sua classificação tripartida, o critério processual, ao dispô-los sob o título “Da defesa do consumidor em juízo”.

Ademais, a expressão “de natureza indivisível” traz a ideia de preexistência de um fato e de uma ação, isto é, a ofensa (no mundo material) de determinado direito e a sua tutela (jurisdicional) atinge a todos de forma incindível. Destaca-se o

¹⁶⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p

¹⁶¹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 20-21.

inciso que trata dos direitos individuais homogêneos determina que são direitos “decorrentes de origem comum”, fazendo pressupor até mesmo anterior lesão.

Neste sentido, interessam as observações feitas por Kazuo Watanabe, em seu artigo “Relação entre demanda coletiva e demandas individuais”¹⁶², para identificar se uma ação é individual ou coletiva. O doutrinador parte justamente da análise da relação jurídica material transpondo-a para sua análise processual como critério identificador de demanda coletiva ou individual.

Revela o autor a dificuldade de, na prática forense, determinar se uma ação é individual ou coletiva e, para o enfrentamento do problema, dois pontos fundamentais devem ser aferidos: o primeiro é identificar a natureza da relação jurídica e o segundo prever como, em termos práticos, o provimento jurisdicional postulado afetará as relações jurídicas substanciais¹⁶³.

Para esclarecer seu posicionamento, utiliza-se do instituto do litisconsórcio unitário, por entender que este oferece os parâmetros necessários para a compreensão do problema. O processualista traz as lições de quatro autores¹⁶⁴, quais sejam, Cândido Rangel Dinamarco, Arruda Alvim, Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, que conduzem à conclusão de que é a natureza incindível e uniforme da relação jurídica material que acarreta uma sentença igualmente incindível e uniforme aos litisconsortes.

O doutrinador, ilustrando suas explicações, comenta as ações pertinentes às tarifas de assinatura telefônica propostas nos Juizados Especiais do Estado de São Paulo, atentando à relação jurídica material incindível que se estabelece entre consumidores, concessionárias e a agência regulatória:

¹⁶² In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁶³ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156-160.

¹⁶⁴ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 157-158.

Significa isto que as concessionárias de serviços de telecomunicação estão submetidas a uma política regulatória a cargo da Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações, inclusive no tocante à fixação de tarifas. A estrutura tarifária é fixada no próprio contrato de concessão, celebrado pelas Concessionárias com a Anatel. Essa estrutura tarifária deve ser aplicada de modo uniforme em relação a todos os usuários e, sem que a respeito dela haja decisão da Anatel, não poderá ser feita qualquer alteração por iniciativa das Concessionárias. [...]

Pela natureza unitária e incindível e pelas peculiaridades já mencionadas no contrato de concessão, qualquer modificação na estrutura de tarifas, inclusive por decisão do Judiciário, somente poderá ser feita de modo global e uniforme para todos os usuários. Jamais de forma individual e diversificada, com a exclusão de uma tarifa em relação apenas alguns usuários e sua manutenção em relação aos demais.¹⁶⁵

Conclui que sequer a regra do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁶, seria aplicável, pois

[...] a relação jurídica substancial que integra o objeto litigioso do processo é de natureza unitária e incindível, sendo inadmissível sua atomização em prestações individuais referidas a um ponto da situação global (v.g., estrutura tarifária) em que deve haver necessariamente a inserção uniforme de todos os usuários, sob pena de impossibilidade de subsistência da própria relação global.¹⁶⁷

Ressalta-se que a análise do processualista Kazuo Watanabe decorre da visão ainda tradicional de relação jurídica, de forma que o autor precisou transpor o instituto do litisconsórcio unitário para esclarecer que várias ações propostas em prol de direitos individuais são, em verdade, direitos coletivos.

Sob a ótica normativista das relações jurídicas, tal esforço seria desnecessário, conforme já analisado acima.

Destarte, quando diante de violação a direitos coletivos *lato sensu* cujas lesões puderem ser individualmente identificadas, a decisão judicial proferida deve ser tomada de forma global com relação a todos os envolvidos, como ocorre nas

¹⁶⁵ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 159.

¹⁶⁶ 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.

¹⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 160.

hipóteses de litisconsórcio unitário ou obrigatório, pressupondo uma abordagem processual para a definição dos direitos coletivos.

2.5 AS ESPÉCIES DE DIREITO COLETIVO A PARTIR DA RELAÇÃO JURÍDICA NORMATIVISTA E AS PECULIARIDADES DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Nos termos já expostos no tópico acima, quando determinado sujeito viola norma prevista pelo ordenamento jurídico, haverá um titular que poderá acioná-lo via jurisdicional para que cumpra aquele dever, sob pena de aplicação de sanção e, eventualmente, reparação dos danos causados.

Ainda, esta norma violada poderá ser pertinente: a) a um número indeterminado de indivíduos ligados somente por circunstância de fato (direitos difusos); b) a um número determinável de indivíduos ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente (direitos coletivos), ou c) um número determinável de indivíduos, cujas lesões decorreram de uma origem comum.

Contudo, esta pertinência, nos termos já afirmados acima, será vislumbrada a partir da tutela jurisdicional pretendida. Retomando o exemplo da indústria química, a tutela jurisdicional pretendida poderá ser o de cessar atividade poluidora (porque violador de norma constitucional de proteção ao meio ambiente) e reparar os danos sofridos pelos interessados difusos, de modo a se configurar o objeto do processo o direito difuso.

O provimento jurisdicional terá caráter incindível (característica da indivisibilidade ou “de natureza indivisível”, nos termos do art. 81, parágrafo único e incisos, do Código de Defesa do Consumidor) para toda a coletividade, grupo ou indivíduos.

Tal conclusão fica evidente quando se fala em direitos difusos e coletivos em sentido estrito, tanto assim é que a doutrina pacificamente, ao analisar sua característica sob o ponto de vista objetivo, afirma que seu objeto é indivisível.

Nessas duas primeiras espécies de direitos (direitos difusos e coletivos *stricto sensu*), não é possível mensurar os danos sofridos pelos indivíduos que fazem parte da coletividade, enquanto nos direitos individuais homogêneos a identificação do dano individual é sua nota característica.

Na verdade, os direitos individuais homogêneos se originam da violação de normas que atingem interessados difusos ou coletivos em sentido estrito. Entretanto,

a partir do momento que indivíduos que compõem essa comunidade, grupo ou classe de pessoas sofre dano individual, pode ensejar uma ação coletiva para a defesa dos direitos desses indivíduos. Para utilizar a definição do Código de Defesa do Consumidor, diz-se que esses indivíduos sofreram danos “decorrentes de origem comum”.

Nas palavras de Luiz Fernando Bellinetti, “o descumprimento do dever jurídico de respeito a determinados interesses difuso ou coletivo poderá gerar lesões individuais”¹⁶⁸.

Ao analisar esses direitos sob a perspectiva objetiva de relação jurídica, os direitos lesados (ou em vias de o ser) e os eventuais danos sofridos pela coletividade dão lugar ao dever jurídico de observância da norma violada por parte do agente causador dos danos. O Estado-juiz, diante desta hipótese, antes de analisar a lesão e o dano, verifica a ocorrência de inobservância da norma e a consequente responsabilidade dela advinda, sendo que esta decisão atinge de forma global todos os interessados individuais.

Somente em um segundo momento, o Estado-juiz verificará os danos individualmente sofridos e aplicará a devida sanção. A sanção, nas hipóteses dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* atingirá globalmente os interessados, porém, nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, cada pessoa poderá pleitear o que lhe for devido, sob o ângulo, agora, de direito subjetivo e relação jurídica tradicionalmente concebidos.

Esta individualização, contudo, não retira dos direitos individuais homogêneos a indivisibilidade. Primeiro, porque a decisão da condenação genérica é única e a todos beneficia, ou prejudica, igualmente. O que se divide é tão somente o *quantum* da indenização. E, segundo e conforme atentado por Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior¹⁶⁹, ainda que não haja interessados para pleitear a indenização devida, o código consumerista permite a liquidação e execução coletiva em seu art. 100:

¹⁶⁸ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 666-671.

¹⁶⁹ “A ideia de unicidade no tratamento dos direitos individuais homogêneos é clara no CDC. A lei brasileira (art. 100 do CDC) determina expressamente que, caso no de passado um ano sem habilitação de interessado em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e execução da indenização devida. Nesse caso, reverte-se o produto para um fundo governamental (criado pela Lei 7.347/1985, no art. 13, e regulamentado pelo Decreto 1.306/94, é denominado de Fundo de Direitos Difusos). Ao legislador interessa a compensação integral do prejuízo; concede-se assim primazia ao interesse pública na regulação da conduta ilícita.”

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

Citado dispositivo legal corrobora com a ideia de que há direito transindividual sendo tutelado, pois a indenização que, a princípio, seria devido aos indivíduos lesionados, é revertido para o Fundo dos Direitos Difusos de modo a beneficiar todos os interessados difusos, coletivos e individuais, compensando-se o prejuízo.

Já a característica da transindividualidade não deve ser apenas entendida como a afetação de uma coletividade, grupo ou classe de pessoas.

Mais especificamente, quando se diz que os direitos são transindividuais, quer-se afirmar que atinge mais de uma pessoa (seja uma coletividade, classe ou grupo), mas vai além, pois há um interesse, no mínimo, social de que referido direito seja observado. Há esse interesse social, porque, conforme visto, os direitos individuais homogêneos decorrem, em verdade, do descumprimento de norma de caráter difuso ou coletivo.

Desta feita, a classificação dos direitos coletivos *lato sensu* a partir da relação jurídica material e da tutela jurisdicional pretendida, os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos poderiam ser definidos da seguinte forma:

a) se um agente violar norma de interesse de um número indeterminado de pessoas (característica da transindividualidade) que não tenham entre si ou com a parte contrária qualquer relação jurídica base (aspecto subjetivo), estar-se-á diante de um direito difuso.

b) todavia, se a conduta do agente violar norma que protege interesses de um grupo determinável de pessoas (característica da transindividualidade) unidas por uma relação jurídica base entre si ou com a parte contrária (aspecto subjetivo), tratar-se-á de direito coletivo *stricto sensu*.

c) por fim, se a conduta do agente ao violar determinada norma que cause dano a um número determinável de pessoas (característica da transindividualidade), cuja relação decorra justamente da lesão por ele desencadeada (aspecto subjetivo), será a hipótese de direitos individuais homogêneos.

Contudo, novamente ressalta-se que a determinabilidade dos interessados somente poderá ser deduzida a partir da análise da tutela jurisdicional pretendida.

A título exemplificativo, cita-se um acidente ocorrido em uma plataforma petrolífera.

O vazamento de petróleo no oceano causa um dano ambiental de larga escala e, neste sentido, uma associação de defesa ambiental ou o Ministério Público poderá ingressar com uma ação coletiva no sentido de recuperação dos danos ambientais sofridos, caracterizando-se, desta forma, uma ação coletiva para a defesa de direito difuso.

De outro modo, com base nos relatórios periciais sobre o acidente, o sindicato dos trabalhadores petroleiros poderão pleitear melhores condições de trabalho nas bases petrolíferas, com o objetivo de diminuir o número de incidentes semelhantes. Aqui, ter-se-á uma ação para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, cujo beneficiário será a classe dos trabalhadores petroleiros.

Por fim, todos aqueles trabalhadores que estavam na base e sofreram efetivamente lesões individuais, poderão pleitear indenização pelos danos sofridos. Neste aspecto, o próprio sindicato poderá ingressar com ação para a defesa desses trabalhadores, o que caracterizaria uma ação para a defesa de direitos individuais homogêneos.

3 O PROCESSO CIVIL COLETIVO E A CRIAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS

O processo civil coletivo se originou da conjuntura de diversos fatores, entre eles o então recente modelo de Estado Social, a partir da metade do século XIX, e os consequentes estudos dos meios de efetivar os direitos por ele proclamados.

A roupagem desses estudos consistia na afirmação do acesso à justiça em contrapartida ao mero direito de ação, conforme explanado do primeiro capítulo.

Imbuídos desta nova percepção, alguns países desenvolveram e aprimoraram as primeiras ações que tinham por objetivo tutelar os novos direitos, já sob a acepção de efetivar o acesso à justiça¹⁷⁰.

Nesta seara, ganhou destaque a problemática dos interesses difusos¹⁷¹, que enfrentavam os óbices do tradicional processo civil para o efetivo acesso à justiça, conforme anotam Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juizes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.¹⁷²

Em meados nos anos 70, principalmente na Itália, houve intensas discussões sobre o tema, sendo este o embrião para o desenvolvimento do processo civil coletivo e das ações coletivas.

¹⁷⁰ Sobre o tema, em sua obra "Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo", Paulo Cezar Pinheiro Carneiro explana breve histórico no contexto mundial do reflexo da nova feição do acesso à justiça, citando os instrumentos e legislações criadas à época.

¹⁷¹ À época em que desenvolveram os estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a expressão "interesses difusos" era utilizada de forma indiferente quanto aos hoje definidos como direitos difusos e direitos coletivos, cuja definição fincou-se a partir do Código de Defesa do Consumidor, em 1990. (Cf. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 203-204)

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 49.

3.1 O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS E DO PROCESSO CIVIL COLETIVO NO BRASIL

Até metade do século XX, a legislação brasileira era caracteristicamente privatística. Embora este caráter individualista, com o advento do modelo social de Estado, iniciou-se paulatinas e progressivas alterações normativas, tendo como marco a Consolidação das Leis Trabalhistas, em 1943:

O panorama começaria a alterar, ao influxo do ideário do *Welfare State* (o Estado Social de Direito), cujo eco se fez sentir dentre nós com a promulgação da CLT (1943), colocando o trabalhador como hipossuficiente na relação entre as forças do capital e do trabalho, organizando os trabalhadores em categorias; potencializando a eficácia da resposta judiciária com o aporte dos dissídios coletivos, onde a decisão judicial apresenta eficácia expandida no âmbito de uma dada categoria laboral e/ou patronal [...]¹⁷³

A partir dos anos cinquenta, novas legislações começaram a possibilitar que alguns interesses coletivos de categorias pudessem ser judicializados, como a dos funcionários públicos (revogada Lei nº 1.134/50) e dos advogados (também revogada Lei nº 4.215/63), por meio de um ente exponencial¹⁷⁴.

Somente a partir dos anos 70, acompanhando o movimento dos juristas italianos, cresceu o interesse dos juristas e legisladores brasileiros pelo estudo da tutela coletiva o qual frutificou, nos anos seguintes, com o desenvolvimento doutrinário e legislativo do processo civil coletivo.

Neste sentido, explica Ada Pellegrini Grinover:

O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Paiva de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados. [...] [...] o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos setenta, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses que fosse imediatamente operativo.¹⁷⁵

¹⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 53.

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 54.

¹⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000, p. 9-10.

Evidenciando o desejo de se tutelar os interesses difusos, em 1977, uma reforma à Lei da Ação Popular Constitucional, ampliou o conceito de “patrimônio público”, de modo a abranger os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou urbanístico.

Neste início dos estudos nacionais sobre o tema, os processualistas brasileiros conviviam, ao mesmo tempo, com os avanços trazidos pelo Código Buzaid e já necessitando aparelhar o corpo normativo para atender às novas demandas de caráter social e coletivo.

A despeito do então recente Código de Processo Civil de 1973, o momento epistemológico do direito processual foi propício para aqueles que ansiavam a efetividade da tutela coletiva, uma vez que já havia adquirido autonomia técnico-científica e suas bases estavam sendo fincadas a partir da Constituição e da ideia da instrumentalidade do processo.

A doutrina nacional, assim, debatia o tema da defesa dos direitos coletivos *lato sensu* com o objetivo de resolver ou ao menos traçar algumas soluções para as seguintes questões, sintetizadas por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

- a) uma legitimação que se revelasse a mais adequada possível, de sorte a permitir a efetiva defesa dos direitos coletivos em jogo;
- b) mecanismos para garantir, na prática, uma tutela preventiva desses direitos coletivos, de modo a assegurar a sua existência e efetividade no tempo, até o resultado final, sob pena, as mais das vezes, tendo em vista a própria natureza dos interesses em jogo, da total inutilidade do processo;
- c) instrumentos adequados para a apuração e investigação de fatos relacionados com a violação de tais direitos e, ainda, para a composição dos conflitos no campo extrajudicial;
- d) adequação dos institutos processuais existentes, em especial, o da coisa julgada, em decorrência da natureza dos direitos em jogo;
- e) previsão de um processo de execução eficiente, para garantir, na prática, o bem da vida coletivamente considerado.¹⁷⁶

Conforme já antecipado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o principal desafio àquela época, para a tutela dos direitos difusos se referia à sua representação em juízo¹⁷⁷, o que, em termos processuais, cingia-se à legitimidade ativa para as ações coletivas, assunto também enfrentado pelos processualistas e legisladores brasileiros.

¹⁷⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48.

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 49.

Nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, à época, os seguintes posicionamentos foram adotados quanto à legitimação ativa para defesa dos direitos transindividuais, conforme cita Ada Pellegrini Grinover:

As alternativas de legitimação para agir, na tutela jurisdicional dos interesses difusos, são as seguintes: a) atribuir legitimação a todos os membros da coletividade, separadamente; b) atribuí-la exclusivamente aos representantes de grupos e associações que tenham como fim institucional expresso a tutela de interesses superindividuais; c) atribuí-la ao Ministério Público.¹⁷⁸

Sobre o tema, em 1981, para a defesa dos recursos naturais, foi concedido ao Ministério Público, pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), a “[...] legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente” (art. 14, § 1º).

Foi com a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que introduziu a Ação Civil Pública no ordenamento, que o processo civil coletivo brasileiro apresentou seu primeiro salto, tendo participado dos trabalhos preparatórios, entre outros, processualistas como Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, José Carlos Barbosa Moreira, assim como membros do Ministério Público paulista, a citar Nelson Nery Junior e Hugo Nigro Mazzilli.

A primeira redação da Lei da Ação Civil Pública estendeu a legitimidade para sua propositura ao Ministério Público, União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e associações, já inserindo para estas os requisitos de pertinência temática e pré-constituição. Destarte, a opção legislativa foi de atribuir uma legitimação mista, concorrente e autônoma para a propositura das ações coletivas.

Com relação ao objeto, abrangia, a princípio, somente a defesa do meio ambiente, dos consumidores, e bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turístico e paisagístico. Em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, a proteção daqueles direitos ganhou status constitucional, bem como foram acrescentados outros, conforme destacado por Ada Pellegrini Grinover:

¹⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coordenadora). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1984. p. 38.

Advinda em 1988, a Constituição Federal viria a reforçar e impulsionar a linha evolutiva do nosso processo coletivo, e isso por mais de um modo: (i) positivando relevantes valores metaindividuais (meio ambiente – art. 225, inclusive o do trabalho – art. 200, VIII; patrimônio cultural – art. 216, § 1º; consumidores – art. 170; política urbana – art. 182); (ii) instaurando uma democracia participativa que busca congrega Estado e coletividade na defesa da boa gestão da coisa pública, ao prever que a legitimação do MP para a tutela dos interesses metaindividuais não exclui a de outros co-legitimados (art. 129, § 1º); (iii) credenciando entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicatos (art. 8º, III) ao ajuizamento de pleitos coletivos, inclusive mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, b); (iv) autorizando um rol de entes públicos e Autoridades a propor ações de controle direto de constitucionalidade (art. 103, depois com a redação dada pela EC 45/2004)¹⁷⁹

Por fim, o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, representa outro marco no processo coletivo brasileiro, enfatizando-se a) a possibilidade de tratar os danos individualmente sofridos em ações coletivas (art. 81, inciso III, e arts. 91 e seguintes); b) o aperfeiçoamento das regras de legitimidade e dispensa de custas e honorários advocatícios (art. 87); c) tratamento da coisa julgada a fim de não prejudicar os indivíduos (art. 103, §§ 1º e 2º); e, principalmente, d) integração e harmonização da Lei de Ação Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Entre esses avanços, destaca-se o permissivo de traslado entre as disposições do código consumerista à Lei de Ação Civil Pública, disposto no art. 90, alcançando-se um “regime razoável de interdependência-complementariedade das normas que regem as ações coletivas, as quais se integram como se fossem vãos comunicantes”¹⁸⁰.

É possível constatar um subsistema processual coletivo, conforme denomina Rodolfo Camargo Mancuso¹⁸¹ ou microssistema processual da tutela coletiva, na expressão de Fredie Didier Junior e Hermes Zaneti Junior, que explicam:

Com isso cria-se a novidade de um microssistema processual para as ações coletivas. No que for compatível, seja ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplica-se o Título III do CDC. Desta ordem de observação fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos”, um ‘ordenamento processual geral’ para a tutela coletiva.¹⁸²

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Processo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998. p. 113.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

¹⁸¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 58.

¹⁸² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 48.

Não obstante os avanços legislativos, a doutrina brasileira tem se debruçado sobre o tema para reforçar ainda mais os alicerces processuais coletivos, mormente quando a prática forense ainda tem demonstrado algumas dificuldades em lidar com a matéria.

Neste sentido, tem se desenvolvido diversos modelos e anteprojetos de Código de Processo Civil Coletivo¹⁸³, fomentando ainda mais o debate doutrinário em torno dos institutos processuais coletivos.

3.2 OS ESCOPOS DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E AS AÇÕES COLETIVAS

Utilizando os conceitos já expostos, a tutela jurisdicional coletiva significa a proteção do Estado, com base no Direito, para os direitos transindividuais, e será tão efetiva quanto mais se aproximar daquela situação previamente estabelecida pela norma substancial.

Importante destacar que a Jurisdição, no âmbito dos direitos coletivos, tem relevante papel. Conforme explica Gregorio Assagra de Almeida:

No campo do direito processual coletivo comum, que é instrumento fundamental dos moldes da concepção do Estado Democrático de Direito, a atividade jurisdicional assume papel ainda mais relevante, haja vista que o Poder Judiciário passa a ter papel social fundamental como órgão transformador da realidade social. Exerce, destarte, empreitada política fundamental, que é dar efetividade aos direitos e garantias sociais constitucionais fundamentais.¹⁸⁴

Uma breve passagem pelo texto constitucional e leis esparsas, é possível perceber que a norma substancial protege o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o erário público, o patrimônio histórico e cultural, assim como os direitos de consumidores e potenciais consumidores, dos investidores mobiliários, dos idosos, das crianças e dos adolescentes.

Esses são alguns dos direitos que o Estado, por meio de sua atividade jurisdicional, visa proteger através do processo e podem se configurar como direitos

¹⁸³ Breve análise sobre os projetos existente foi publicado: KUSSABA, Jaqueline Yoko; BELLINETTI, Luiz Fernando. Necessidade de sistematização do processo coletivo: breve análise comparativa da legitimidade ativa nas ações coletivas nas propostas legislativas sobre o tema. *In: Processo e jurisdição* [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Jânia Maria Lopes Saldanha. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c250678f61f4909>

¹⁸⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 530.

coletivos a depender do fato e do pedido jurisdicional, nos termos tratados no capítulo anterior.

Ocorre que, diferente do que se observa em lides intersubjetivas, os conflitos coletivos envolvem uma gama de interesses que, por vezes, podem ser diversos entre indivíduos que fazem parte do mesmo grupo. Por isso, traçar os escopos da tutela jurisdicional coletiva para nortear seu tratamento se torna essencial.

Esses escopos se ligam diretamente ao que este trabalho entende ser o Direito, já exposto no primeiro capítulo.

Nesta seara, Elton Venturi, em sua obra “Processo Civil Coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Brasileiro de Processos Coletivos”¹⁸⁵, destaca quatro “aspirações da tutela jurisdicional coletiva”, a saber, aspirações jurídicas, sociais, econômicas e políticas.

A aspiração jurídica remete ao acesso à justiça sob ótica instrumental do processo, segundo o processualista. Visa a transformação das técnicas do processo civil tradicional para um processo civil coletivo. Em outros termos, a ótica com a qual se trabalha a instrumentalidade do processo deve ser tratada diversamente, pois parte de premissas distintas.

Explica o autor que a instrumentalidade do processo civil tradicional presume que o indivíduo já tem acesso à justiça, enquanto o processo coletivo assenta-se na premissa de que os indivíduos

[...] segundo a qual os titulares dos direitos meta-individuais por diversos motivos de ordem histórica, cultural, econômica, política e técnica, não têm canais de acesso nem são incentivados a buscar qualquer tipo de proteção perante o Poder Judiciário.¹⁸⁶

A pacificação social é a clássica aspiração social do processo e, no âmbito de tutela coletiva, sua leitura deve ser ainda mais atrelada aos objetivos da República Federativa do Brasil, dispostos no art. 3º, da Constituição Federal. Desta feita,

¹⁸⁵ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁸⁶ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

considerando o déficit social refletido na extrema desigualdade no país, a tutela jurisdicional coletiva configura-se como meio para ao menos amenizá-la.

Com relação a esses dois escopos da tutela coletiva, as ações coletivas surgem como forma de incremento ao acesso à justiça, conforme anotado por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁸⁷, principalmente nas hipóteses de: a) danos de bagatela, consideradas aquelas em que as lesões singulares são de pequena monta, o que torna a ação individual desestimulante, porém quando analisada macroscopicamente, revela grande importância social e econômica; b) desequilíbrio entre as partes, visto que comumente o causador da lesão dispõe de mais recursos materiais e humanos para exercer sua defesa no plano processual; c) garantir a política de determinadas causas, tais como direitos civis, minorias e meio ambiente; e d) superar, ou ao menos atenuar, o problema da falta de formação jurídica a pessoas menos esclarecidas.

Já a aspiração econômica configura-se na desoneração do acesso à justiça e na otimização da atividade jurisdicional.

No que tange à desoneração do acesso à justiça, Elton Venturi¹⁸⁸ destaca que na sistemática processual coletiva há recursos para alcançá-lo, a citar a dispensa de adiantamento de custas e a condução do processo por entidade que, teoricamente, detém maiores condições de obter êxito na ação judicial.

Por outro lado, quanto à otimização da atividade jurisdicional, o autor critica a carência estrutural do sistema judiciário e a falta de preparo específico dos seus operadores, óbices para a efetividade da atividade jurisdicional.

Tais problemas que acometem o Judiciário decorrem do aumento da complexidade das causas, do crescente número de processos, das limitações de recursos humanos e materiais. As ações coletivas são apenas uma das frentes para tratá-las.

Por fim, a aspiração política fundamenta-se no trinômio de afirmação do poder – entendido como capacidade estatal de decidir imperativamente –, afirmação da liberdade e participação.

¹⁸⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33-37.

¹⁸⁸ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 112-115.

Há, pois, um redimensionamento na própria função jurisdicional e nos conceitos de processo e ação que são essenciais para entender esta quarta aspiração citada por Elton Venturi. Esse redimensionamento revela seu caráter político.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover assinala:

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomias e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.¹⁸⁹

A função jurisdicional extrapola o embrião da divisão dos poderes, teorizado no século XVIII, segundo o qual ao Judiciário e ao juiz incumbiria somente dizer o Direito, e transmuda o processo em meio para a solução de conflitos coletivos e a ação em instrumento de participação política.

3.3 AS AÇÕES COLETIVAS COMO INSTRUMENTO PRÓPRIO PARA DEFESA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

As ações coletivas se desenvolveram para dar efetividade aos direitos coletivos *lato sensu*, sendo, portanto, o instrumento típico para a tutela jurisdicional coletiva, alcançando importância política na medida em que se tornaram instrumentos para conferir efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Diferenciam-se das ações individuais por alguns essenciais motivos, quais sejam, o objeto a ser defendido não é mais de cunho individual-patrimonialista, a legitimidade não é aferida a partir da titularidade do direito material e a coisa julgada se expande além das partes processualmente litigantes.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000. p. 10.

Embora as características das ações coletivas estejam bem sedimentadas, seu conceito é pouco trabalhado, sendo poucos os autores que, em sede doutrinária, tratam do assunto de maneira acurada.

Entre os autores que enfrentam o tema, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, em sua obra “Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional”¹⁹⁰, apresenta a definição para as ações coletivas nos seguintes termos:

A ação coletiva pode, portanto, ser definida sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de se exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.¹⁹¹

Não obstante o autor entender que os direitos individuais homogêneos não são essencialmente direitos coletivos, afirma que a ação que os defendem, “nem por isso, a descaracteriza como ação coletiva”¹⁹², pois dentro do “espectro a ser protegido pela tutela coletiva”¹⁹³.

Antonio Gidi define ação coletiva como sendo:

[...] ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade), em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).¹⁹⁴

De outra forma, Márcio Flávio Mafra Leal distingue duas espécies de ações coletivas. A primeira em defesa dos direitos difusos e a segunda em defesa dos direitos individuais, abreviando-as, respectivamente, de ACDD e ACDI.

A ACDI veicula “direitos privados, individuais, de conteúdo patrimonial e com titulares determináveis, mas que, devido a circunstâncias sociais e/ou jurídicas

¹⁹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁹¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva "de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27-30.

¹⁹² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva "de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27-29.

¹⁹³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva "de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 27-30.

¹⁹⁴ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16.

específicas, se utilizam do regime processual da ação coletiva”¹⁹⁵. Pode ser dividida em duas espécies: ações para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu* e ações para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Segundo o autor, esse modelo se aproxima do processo individual, uma vez que o direito veiculado pode ser deduzido em juízo de forma singular pelo lesionado.

Quando deduzida por autor coletivo, esta legitimidade pode ser explicada a partir da Teoria do Interesse, cujo fundamento teórico é “a identificação do interesse do grupo com o interesse do autor, de forma que seja ‘inconcebível’ que o representado não aprove a representação de seu direito deduzido em juízo”¹⁹⁶.

Assim, define ACDI como

[...] ação de representação, em juízo, por uma ou mais pessoas (físicas ou jurídicas) de direitos *individuais*, cujos titulares não figuram na relação processual, direitos estes que processualmente são tratados de maneira uniforme, como se fossem direitos de uma classe, em virtude da extensão da coisa julgada, que atinge a todos seus integrantes.¹⁹⁷

Com relação a ACDD, o autor parece entrar em contradição quando a define, pois inicialmente afirma que trata-se de

[...] ação coletiva [...] de um modelo representativo de um direito alheio: o direito de uma comunidade, considerada como uma *unidade* sem personalidade jurídica, representada processualmente por um terceiro em virtude de lei ou por autorização judicial.¹⁹⁸

Todavia, em explanação adiante, o processualista afirma que na ACDD nega a “representação de direito alheio”, afirmando que nessa espécie de ação “tutela de instituições e não pessoas”¹⁹⁹.

Explica que na ACDD, o autor coletivo é apenas habilitado e adequado para encaminhar o litígio, veiculando direito cujo titular é constituído de “comunidade não-organizada e sem personalidade jurídica e que possa consentir na representação de

¹⁹⁵ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 46.

¹⁹⁶ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 63.

¹⁹⁷ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 43.

¹⁹⁸ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 43-44.

¹⁹⁹ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 75.

seu direito pelo representante ou que se consiga verificar objetivamente o seu interesse”²⁰⁰.

Por esta característica, a Teoria do Interesse não justifica adequadamente a legitimidade do autor coletivo da ACDD. Nesta espécie de ação, segundo o autor, deve-se fundamenta a legitimidade na Teoria Objetivista ou Institucional.

A partir de referida Teoria, a questão da legitimidade desloca da “representação de grupos para a necessidade de um autor que implemente tais direitos e que possa levá-los a juízo”²⁰¹. Isso decorre do próprio modelo de Estado Social, conforme explica o autor:

[...] a legitimação não decorre propriamente da *representação da classe*, mas de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado-providência, que atribui às entidade legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos. Portanto, o título de legitimação para a as ações coletivas encontra fundamento no direito material instituído no chamado Estado Social.²⁰²

Verifica-se, assim, que a finalidade da ação é o cumprimento da norma objetiva. Por isso, o autor entende que a ACDD constitui de processo objetivo, tutelando “instituições e não diretamente pessoas: o ambiente preservado, o mercado descartelizado ou baseado na concorrência leal, o patrimônio histórico, o patrimônio público, entre outras”²⁰³.

Já Gregório Assagra Almeida critica a utilização do elemento representação como o elemento identificador do sistema de tutela jurisdicional coletiva do Brasil, posto que há ao menos duas hipóteses de ação coletiva no qual a representação não se mostra coerente. Primeiro, quando se fala do Ministério Público como legitimado para defesa desses direitos em questão, segundo, no caso da ação popular:

²⁰⁰ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 69-70.

²⁰¹ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 71.

²⁰² LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 70.

²⁰³ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 75.

[...] o Ministério Público atua na tutela dos direitos ou interesses coletivos amplamente considerados por força de uma legitimação institucional, que decorre da sua própria concepção perante o texto constitucional atual (art. 127, *caput*). E mais: existem hipóteses em que o legitimado ativo atua no processo coletivo também nome próprio, como ocorre com o cidadão na ação popular.²⁰⁴

Desta forma, para o autor, a teoria institucional ou objetivista suscitada por Márcio Flávio Mafra Leal²⁰⁵ vale tanto para as ações coletivas para defesa dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Para esclarecer por que também se amolda às ações coletivas referentes à tutela dos direitos individuais homogêneos, afirma que “o legitimado coletivo [...] atua em primeiro plano fundamentado por questões de interesse social em sentido amplo”²⁰⁶, a fim de que tais conflitos recebam o tratamento processual coletivo, sem a necessidade de prévio consentimento ou aferição de interesses, presumindo-o da própria afirmação do direito:

Ora, convém à sociedade a resolução de várias lides individuais em um só processo, que não haja no âmbito da esfera jurisdicional muitas decisões conflitantes e, finalmente, que as condutas responsáveis por prejuízos a um número expressivo de pessoas, mesmo que determinadas, sejam combatidas de forma uniforme, ainda que o prejuízo individualmente sofrido seja de pequena monta.²⁰⁷

Portanto, para o processualista a

[...] ação coletiva é o instrumento processual colocado à disposição de determinados entes públicos ou sociais, arrolados na Constituição ou na legislação infraconstitucional – na forma mais restrita, o cidadão –, para a defesa via jurisdicional dos direitos coletivos em sentido amplo.²⁰⁸

Com efeito, as ponderações de Gregório Assagra de Almeida sejam mais apropriadas para o presente trabalho. Faz-se, todavia, a seguinte observação.

O elemento representação para definição de ação coletiva é limitativo, conforme já anotou o doutrinador. Além disso, o termo está ainda arraigado à ideia

²⁰⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 540.

²⁰⁵ LEAL, Marcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 69-76.

²⁰⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 540.

²⁰⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 540.

²⁰⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 541.

de relação jurídica material de cunho privatístico (ponto criticado no capítulo segundo).

Transpondo para a relação jurídica material normativista, essa ideia de representação desaparece. O que resta são apenas legitimados pelo ordenamento a atuarem em defesa de determinados direitos quando lesionados ou em via de os serem.

Portanto, basicamente, tem-se que as ações coletivas diferenciam-se das ações individuais por terem um ente exponencial (legitimado infra ou constitucionalmente) legitimado para defender direitos coletivos *lato sensu*.

Mesmo na ação popular, em que se tem o cidadão como legitimado ativo, não se pode falar em ação individual, porquanto o direito ali defendido é transindividual e indivisível (conclusão a partir da análise da causa de pedir e pedido). Neste caso, o cidadão é o ente exponencial legitimado para defender direitos coletivos *lato sensu*.

Tanto assim é que para se identificar uma ação coletiva no momento de aferição de seus pressupostos negativos (litispendência e coisa julgada), a análise de partes, causa de pedir e pedido é feita de modo a considerar não a parte do processo, já que vige a legitimidade autônoma e concorrente para a propositura da ação coletiva.

Outro ponto importante a ser observado nas ações coletivas é que obedecem e tem seus efeitos com previsão própria no microssistema processual coletivo do ordenamento jurídico nacional.

Destarte, os institutos básicos do processo coletivo, tais como legitimidade, coisa julgada, competência, provas, coisa julgada, bem como o procedimento, encontram-se consubstanciados no microssistema processual coletivo do ordenamento jurídico brasileiro²⁰⁹.

Apesar das ações coletivas terem se tornado instrumentos essenciais para a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não se pode falar o mesmo das ações coletivas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos que são, conforme já visto, a grande parcela dos conflitos envolvendo causas repetitivas.

²⁰⁹ Ainda que não de forma suficiente, conforme explicado em KUSSABA, Jaqueline Yoko; BELLINETTI, Luiz Fernando. Necessidade de sistematização do processo coletivo: breve análise comparativa da legitimidade ativa nas ações coletivas nas propostas legislativas sobre o tema. *In: Processo e jurisdição* [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Celso Hiroshi Icochama, Jânia Maria Lopes Saldanha. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c250678f61f4909>

Os próprios operadores do Direito, pelos motivos a serem expostos a seguir, passaram a se utilizar dos instrumentos do processo civil para suprir essa falha do sistema. Por outro lado, o legislador se viu obrigado a racionalizar esse contingente de ações que o processo coletivo não conseguiu conter.

3.4 O PROBLEMA DA TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS: CONJUNTURAS PARA O DESENVOLVIMENTO DAS AÇÕES REPETITIVAS

Quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, os autores do anteprojeto classificaram os direitos coletivos *lato sensu* em três espécies, quais sejam, direitos difusos, direitos coletivos *stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

Esta terceira espécie de direito coletivo foi formulada com o objetivo de aprimorar a tutela coletiva, sendo à época uma inovação jurídica, conforme visto.

Isso porque, anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor²¹⁰, a então Lei de Ação Civil Pública permitia a tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, porém “não permitia que por seu intermédio se fizesse a reparação dos danos pessoalmente sofridos, cabendo aos indivíduos diretamente prejudicados valer-se das ações pessoais ressarcitórias”²¹¹.

Tendo como parâmetro as *class actions for damages* do sistema norte-americano, desenvolveu-se a primeira ação com o objetivo superar a dificuldade referida. Primeiro, com a Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, e, depois, com o Código de Defesa Consumidor, conforme anota Ada Pellegrini Grinover:

²¹⁰ Anteriormente, havia a Lei nº 7.913, de 07 de dezembro de 1989, que legitimou o Ministério Público a propor ação para reparar danos individualmente sofridos por investidores.

²¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 132.

Antes mesmo da promulgação do Código de Defesa do Consumir, o legislador brasileiro interveio com a primeira lei que, no âmbito da ação civil pública, cuidou da reparação pelos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários: a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, legitimou o Ministério Público a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar os prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores de mercado. [...]

Estava aí a primeira *class action for damages* do sistema brasileiro [...].

Nesse momento, já se encontrava em elaboração o Código de Defesa do Consumidor, que criava a categoria mais abrangente das ações coletivas para a defesa de interesses ou direitos subjetivos individuais, tratados conjuntamente por sua origem [...]. E pelo Código veio a consagração definitiva, no sistema brasileiro, da categoria das *class actions for damages* [...].

Não obstante a origem seja as *class actions for damages*, o legislador brasileiro foi além, visto que pela ação coletiva não apenas se repara danos individuais como também é “possível que a ação tendente a tutela desses interesses [individuais homogêneos] objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC”²¹².

Teoricamente, trata-se de opção que conferiria efetividade à tutela jurisdicional coletiva e, quando de sua criação, a ideia inicial era que uma ação, proposta por um legitimado coletivo, pudesse resolver ao menos a parte cognitiva do processo coletivamente, de modo que o Judiciário fosse instado a se manifestar apenas uma vez. Esta técnica evitaria inclusive o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo tema, gerando segurança jurídica, outro tópico recorrente quando se estuda as lides de massa.

Passados mais de duas décadas desde sua introdução no sistema normativo, os jurisdicionados e o próprio Poder Judiciário ainda não assimilaram esse recurso.

As afirmações se respaldam nas restrições jurisprudenciais, legais e práticos: a) o Poder Judiciário limita a legitimidade do mais atuante autor coletivo, o Ministério Público²¹³, ao exigir a demonstração do interesse social²¹⁴; b) o objeto da ação civil

²¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 137.

²¹³ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 177. Há dados neste sentido disponíveis do site do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, relativos às ações coletivas daquele Estado-membro: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/repositorio/id/35297>>. Acesso em: 17 de maio de 2012.

pública foi decotado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, que impede “veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (art. 1º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública)²¹⁵; c) não há organizações civis suficientemente aptas e dispostas a defender interesses individuais; e d) os próprios indivíduos lesionados e advogados preferem propor demandas singulares.

A doutrina também elenca diversos motivos para a insuficiência das ações coletivas.

Nesta seara, Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues²¹⁶ acrescenta que as razões para o déficit de eficácia das ações coletivas se devem: a) à adoção do sistema *secundum eventum litis coisa julgada*, “pois eterniza do conflito”; b) possibilidade de ajuizamento de ação individual pelo membro do grupo²¹⁷, mesmo que já haja processo coletivo instaurado para tutelar o mesmo direito (já que não há litispendência entre as causas²¹⁸); c) critério restritivo de legitimação (legitimação exclusiva *ope legis*); d) exclusão pela lei da possibilidade de tutelar determinados direitos individuais homogêneos via ações coletivas (ex.: art. 1º, da LACP).

²¹⁴ VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 177-199.

²¹⁵ Entende-se que tal disposição é inconstitucional. Nesta seara, atenta Gregório Assagra de Almeida: “[...] a flagrante inconstitucionalidade das decisões judiciais e das medidas legais do Governo Federal que pretendem a sua restrição [da Lei de Ação Civil Pública]. Existe atualmente um forte movimento, que foi por longo período liderado de forma reacionário pelo Governo Federal anterior e seguido por um número de decisões consideráveis dos Tribunais superiores, que pretende limitar o objeto da ação civil pública, para que ela não possa ser instrumento de tutela de alguns direitos coletivos e difusos, especialmente aqueles referentes às questões tributárias e previdenciárias.

Todavia, o art. 129, III, da CF, em consonância com o art. 5º, XXXV, da CF, consagra o princípio da não taxatividade da ação civil pública. Com efeito, decisões jurisdicionais que restringem o campo de aplicabilidade da ação civil pública ao argumento de que ela não poderá ter como objeto o erário ou matéria tributária, estão ferindo frontalmente o texto e o espírito do dispositivo constitucional, em prejuízo da própria sociedade e do Estado Democrático de Direito.

E mais: a Constituição é clara ao estabelecer que a ação civil pública poderá ser promovida para ‘a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’ (art. 129, III).” (ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 339-340)

²¹⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p.

²¹⁷ O presente trabalho perfila do entendimento que retirar o direito do indivíduo de buscar a tutela jurisdicional quando lesionado viola o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

²¹⁸ Sobre o assunto, remete-se ao capítulo quinto do presente trabalho.

Soma-se as dificuldades destacadas por Leonardo José Carneiro da Cunha²¹⁹, quais sejam: a) falta de quantidade suficiente de associações para abranger todas as situações repetitivas; b) inadmissão da ação coletiva em alguns casos, como questões tributárias²²⁰; e c) restrição da eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva (art. 16, da Lei nº 7.345/85 e art. 2º-A, da Lei nº 9.494/97)²²¹.

Diante esses problemas, os jurisdicionados passaram a propor ações que, embora individuais, veiculavam pretensões idênticas, com teses comuns, originando as conhecidas ações repetitivas.

Para conter tal litigiosidade, o legislador tem criado diversos instrumentos que, segundo Dierle Nunes, “tentam, ou ‘que se propõem’ a uma adequação a essas demandas seriais ou em massa”²²².

Entre esses instrumentos, cita-se em ordem cronológica a suspensão de segurança (art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92; e art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/09), pedido de uniformização de jurisprudência (art. 14, da Lei nº 10.259/01; e Lei nº 12.153/09), mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial (art. 551, § 1º, do Código de Processo Civil), súmula vinculante (art. 103-A, da Constituição Federal; e Lei nº 11.417/06), súmula impeditiva de recursos (art. 518, § 1º, do Código de Processo Civil), sentença liminar de improcedência (art. 285-A, do Código de Processo Civil) e julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos (art. 543-B e art. 543-C, do Código de Processo Civil).

²¹⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 330-331.

²²⁰ Conforme anotado anteriormente, inconstitucional.

²²¹ Igualmente inconstitucional e destituído de coerência: “[...] além de violar os princípios referentes ao direito de ação bem como o princípio da proporcionalidade, confunde limites subjetivos da coisa julgada *erga omnes* com jurisdição e competência.” (ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 357)

²²² NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade litigiosa. *Revista de Processo*, n. 184, São Paulo, jun.2010. p. 132-133.

4 DA MASSIFICAÇÃO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS CONFLITUOSAS E ALTERNATIVAS ÀS AÇÕES COLETIVAS

Quando se utiliza o termo “de massa” ou “massificadas” no presente trabalho, pretende-se ilustrar situações que são coletivas, porém com a nota característica da sociedade atual na qual os conflitos são produzidos “em série” (para utilizar expressão análoga à produção em série de bens de consumo a partir da Revolução Industrial).

Essas situações, embora possam ser analisadas individualmente, perdem a identidade na medida em que são idênticas em razão de sua própria origem, na qual não há identificação da pessoa em si para a formação daquela situação jurídica.

Pode-se afirmar que é “massa”, porquanto todos os inúmeros indivíduos que dela fazem parte perdem sua individualidade para dar lugar à análise de um todo.

Tais circunstâncias têm reflexos no âmbito jurisdicional, onde deságuam litígios idênticos que, por vezes, se utilizam de mesmas peças processuais, seja petição inicial, pareceres ou sentenças, originando as denominadas ações repetitivas.

Para esses tipos de conflitos jurisdicionais, o sistema processual apresenta alternativas para o seu tratamento, inclusive buscando inspirações nos procedimentos do Direito estrangeiro.

4.1 DEFINIÇÃO E ORIGEM DAS AÇÕES REPETITIVAS NO BRASIL: SOCIEDADES DE MASSA E A INSUFICIÊNCIA DAS AÇÕES COLETIVAS

Ao se referir às ações repetitivas no Brasil, é comum lembrar alguns exemplos, tais como as ações que questionam a legalidade da assinatura básica de telefone, os índices de correção do FGTS, a base de cálculo de tributos, entre outras.

Na prática, quando propostas individualmente, são resolvidas em blocos através de mecanismos processuais previstos legalmente²²³, através de decisões, manifestações e petições produzidas em série, ou, ainda, por meio de formulação de enunciados com características de generalidade e abstratividade.

²²³ Esses mecanismos serão abordados no tópico seguinte.

Isso é possível, pois referidas causas tem por objeto a discussão de relações jurídicas comuns a um número considerável de indivíduos ou, como define Leonardo José da Cunha, “as demandas repetitivas caracterizam-se por veicularem, em larga escala, situações jurídicas homogêneas”²²⁴.

O autor prossegue:

Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independente de ser um direito individual ou coletivo.^{225 226}

Resolve-se, assim, a parte comum a todos os interessados e, em um segundo momento, realiza-se a análise do caso concreto, cada um com suas peculiaridades.

É nesta seara que se insere o que Kazuo Watanabe²²⁷ denomina de ações pseudoindividuais e também ganha relevância as ações para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

As demandas repetitivas decorrem da própria massificação das relações individuais e sociais, próprias de uma cultura em massa, que pode ser assim entendida:

Cultura em massa, isto é, produzida segundo as normas maciças de fabricação industrial; propagadas pelas técnicas de difusão maciça (que um estranho neologismo anglo-latino chama de *mass media*); destinando-se a uma massa social, isto é, um aglomerado gigantesco de indivíduos compreendidos aquém e além das estruturas internas da sociedade.²²⁸

²²⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 331.

²²⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 331.

²²⁶ Não obstante o autor defender que as demandas repetitivas independe ser um direito individual ou coletivo, o presente trabalho adota o entendimento que são direitos coletivos, porquanto necessários única decisão – de caráter incindível – para a resolução de parte do conflito, em idêntica forma que ocorre nas ações para a defesa dos direitos individuais homogêneos. O assunto será a frente retomado.

²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 16-24.

²²⁸ MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX*. Vol. 1, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. p. 04.

Expandido-se além da relação de consumo²²⁹, a cultura de massa reflete em todos os âmbitos da vida do indivíduo, desde sua relação de emprego até da relação cidadão-Estado:

[...] na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, frutos do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüentemente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstância de fato ou relações jurídicas comuns.²³⁰

E a consequência acima anotada são as próprias lesões que, muitas vezes, deságuam no Poder Judiciário, exigindo a criação de meios efetivos para sua resolução:

Mas se, de um lado, os mecanismos que atingem a coletividade se proliferam e se sofisticam, instrumentalizando-a passivamente, de outro lado, ela percebe a crescente necessidade de legitimar-se ativamente, manifestando as suas reivindicações nas mais diversas expressões. Essa crise se reflete no campo jurídico (embora não se resuma a ele), ante a crescente necessidade de legitimar-se também ativamente, manifestando as suas reivindicações nas mais diversas expressões.²³¹

Conforme já analisado, as ações coletivas da forma como sistematizadas na atualidade não foram suficientes para atender essas novas lesões postas à apreciação jurisdicional. Neste sentido, sintetiza Leonardo José Carneiro da Cunha:

²²⁹ Antonio Adonias Bastos Aguiar destaca neste âmbito de consumo: “A homogeneização também se percebe na seara do direito privado, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo. A cultura difundida pelos meios de comunicação, com o seu alcance global, associada à tecnologia de produção de bens e de prestação de serviços em massa, provocou um aumento de relações instrumentalizadas pelos contratos por adesão [...]” (BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ano 35, São Paulo, agosto-2010. p. 90)

²³⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 33.

²³¹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ano 35, São Paulo, agosto-2010. p. 89.

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. [...] Tais litígios exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução dos processos judiciais. Daí a preocupação atual de se encontrar tipos alternativos de solução de conflito.

As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada um dos milhares de casos propostos a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, em massa, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito.²³²

Diante esta situação, há sucessivas alterações legislativas para atender esse novo contingente de ações, cunhadas de “ações repetitivas”, “ações massificadas” ou ainda “ações seriadas”, a serem a seguir analisadas.

4.2 O ACESSO À JUSTIÇA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS ENVOLVENDO CONFLITOS SERIADOS

O entendimento atual de acesso à justiça foi uma evolução do direito de ação, explanado no primeiro capítulo. Com o advento do Estado Social, houve a modificação de seus contornos e passou a exigir não mais apenas a postura passiva do Estado em declarar o direito ao acesso à justiça, mas a necessidade promovê-lo.

Retomando as explanações feitas naquele tópico, o acesso à justiça constitui-se na amálgama de diversos aspectos que revelam duas finalidades primordiais do sistema jurídico: “primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”²³³.

As ações coletivas somadas ao desenvolvimento do processo civil coletivo vieram justamente neste encaixe de efetivar o acesso à justiça no que se refere à tutela dos direitos transindividuais.

Contudo, tais instrumentos não foram suficientes para atender todo o contingente de conflitos que a sociedade desenvolveu, principalmente no que se refere às lides abrangendo direitos individuais homogêneos, além de outras situações que, eventualmente, não se enquadrem neste conceito, embora tratem também de situações jurídicas homogêneas que exigem tratamento isonômico.

²³² CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009.

²³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão). p. 08.

É certo que a legislação não obsteu ao cidadão utilizar a via singular para o acesso ao Judiciário, embora as ações coletivas foram inicialmente idealizadas para potencializar a tutela dos direitos individuais homogêneos. E não poderia ser diferente. Uma vez sofrido lesões, garantido é pela Constituição o direito do jurisdicionado buscar a salvaguarda do Poder Judiciário.

Porém, quando milhares de lides idênticas são postas à apreciação judicial, ocasionam dois problemas a serem aqui destacados.

O primeiro e mais evidente é a sobrecarga de processos distribuídos em todos os juízos de primeiro grau que, em sua maioria das vezes, se desenvolvem para recursos aos tribunais.

O segundo problema constitui no número de decisões judiciais diferentes para situações jurídicas idênticas, violando os princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Assim, se, por um lado, criou-se o instrumento idealmente adequado para o tratamento das demandas de massa, por outro, os próprios jurisdicionados a ele não aderiram, conforme motivos expostos.

É nesta seara que a problemática do acesso à justiça vem retomando às discussões ante o crescente número de conflitos sociais que acabam por não receber da tutela jurisdicional adequada, mormente nos casos de conflitos de massa que geram as ações repetitivas.

Neste diapasão, explica Gregório Assagra de Almeida:

Por outro lado, a própria evolução da sociedade e atuação de seus seguimentos conseguiram com que muitos direitos fossem reconhecidos, especialmente no que tange aos interesses das massas, o que acentuou sobremaneira a problemática do acesso à justiça, seja pela falta de estrutura jurisdicional, seja pela falta de instrumental processual adequado, seja pelo despreparo dos operadores do direito.²³⁴

Trata-se de enfatizar justamente a terceira onda renovatória do acesso à justiça, enfrentando esses recentes obstáculos do acesso à justiça formado pelo contingente de demandas repetitivas.

Completa Gregório Assagra de Almeida:

²³⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 63.

Com a compreensão do espírito de necessidade da *efetividade* do direito processual moderno, estão sendo feitas reformas que visam aperfeiçoar o sistema de acesso à justiça e combater alguns obstáculos como: o *econômico*, que impede muitas pessoas de ter acesso à justiça; o organizacional, que impede a tutela dos direitos de massa; e os obstáculos propriamente processuais, que estão ligados à inadequação de vários tipos de procedimentos às mais variadas espécies de tutelas admissíveis.²³⁵

Para tal enfrentamento e a construção de instrumentos e meios que efetivem e realmente possibilitem a tutela jurisdicional adequada – e, por conseguinte, o acesso à justiça – necessário entender o tipo de direito material que envolvem as ações repetitivas.

4.3 AS AÇÕES REPETITIVAS VEICULAM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS?

Conforme definido no segundo capítulo, os direitos transindividuais têm, como notas características, a transindividualidade (extrapola a esfera de interesse de um indivíduo) e a indivisibilidade (uma decisão a todos beneficia ou prejudica)²³⁶.

A indivisibilidade deve ser analisada a partir da relação jurídica material, sendo que a norma violada pelo sujeito passivo atinge, de forma incindível, indivíduos determináveis, ainda que cada um tenha sofrido danos de montantes variados.

Os conflitos de massa, neste sentido, tem esta nota de indivisibilidade, pois precisam ser resolvidos de forma uniforme, sob pena de violação do princípio da isonomia e do princípio da segurança jurídica.

Também indivisível, porque a decisão há de ser uma (e a todos beneficiar ou prejudicar) por uma questão de lógica e coerência normativa, já que não há justificação crível para que indivíduos que estejam sob a mesma situação jurídica tenham provimentos judiciais divergentes.

Já a característica da transindividualidade é observada nos conflitos massificados, tendo em vista que a desobediência à norma pelos(s) sujeito(s) passivo(s) atingiu um número tão considerável de indivíduos que o problema acabou por atingir o próprio sistema do Poder Judiciário.

²³⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71.

²³⁶ Recordar-se que os direitos individuais no presente trabalho são definidos como indivisíveis, no sentido de que a decisão que sobre eles recaem é incindível em um primeiro momento. A divisibilidade somente é notada somente em um segundo momento, quando cada indivíduo poderá pleitear a parte de indenização que lhe é devida.

O interesse pela resolução do conflito passa a ser não apenas de cada indivíduo e, sim, um interesse social de que a conduta contrária à norma seja adequadamente sancionada pelo ordenamento jurídico.

Desta feita, haverá um primeiro momento em que o Poder Judiciário será chamado para resolver o conflito que a todos atinge uniformemente, isto é, se houve ou não a conduta lesiva por parte do sujeito passivo da relação jurídica processual.

Muitas vezes, tal decisão implicará também em pronunciar sobre determinado entendimento jurídico, e não apenas fático. Aqui, mais ainda, exige-se instrumentos para que magistrados e órgãos do mesmo sistema judiciário não diverjam entre si e causem insegurança jurídica.

Somente em um segundo momento da apreciação judicial que poderá se constatar a divisibilidade, no sentido de que cada indivíduo poderá pleitear pelos danos que porventura sofreu.

Portanto, considerando a definição de direitos transindividuais a partir da perspectiva de relação jurídica material normativista, resta evidente que os conflitos massificados envolvem direitos transindividuais, na medida em que apresenta as características de transindividualidade e indivisibilidade.

4.4 INSPIRAÇÕES NO DIREITO COMPARADO PARA O TRATAMENTO DOS CONFLITOS JURISDICIONAIS MASSIFICADOS

Uma vez delineado que as ações repetitivas envolvem os direitos transindividuais que o modelo processual coletivo brasileiro não logrou êxito em racionalizá-los e tutelá-los jurisdicionalmente de maneira satisfatória, surge à necessidade de se buscar novas técnicas para efetivação do acesso à justiça.

Neste sentido, o estudo do direito comparado possibilita a análise de instrumentos já existentes em outros ordenamentos, a fim de encontrar uma solução para o problema ora abordado.

Leonardo José Carneiro da Cunha identifica três técnicas de julgamento para as ações repetitivas, todas elas apresentando em comum a “finalidade de racionalizar os julgamentos e obter uniformidade de resultado em relação às causas

repetitivas”²³⁷. São elas: a causa piloto, a instauração de um incidente coletivo e a técnica de agregação ou reunião de causas:

Na causa piloto, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para resolução de pluralidade indeterminada de controvérsias referentes a um grupo amplo de sujeitos ostentando o mesmo interesse.

Ao lado dessa técnica, há a que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinado que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a solução do incidente. Diante da existência de várias causas repetitivas, instaura-se um incidente coletivo, no qual a cognição judicial é limitada às questões comuns a todos os casos similares, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.

Também existe a técnica de agregação ou reunião de causas, para que haja a prática comum de atos processuais, sendo aproveitados para todos os processos reunidos.

No direito estrangeiro, destaca-se a sistemática adotada pelos ordenamentos alemão (*Musterverfahren*) e inglês (*Group Litigation Order*), que se valem da causa piloto e agregação de causas respectivamente, a serem analisadas separadamente nos tópicos seguintes.

As ações-testes, ou também denominadas de “causas pilotos” ou “processos-teste”, são o embrião para o desenvolvimento do sistema de resoluções das ações repetitivas no Brasil. Em síntese, são

[...] instrumentos de direito processual individual, mas que têm por escopo justamente a pacificação de questões controvertidas que possuam a potencialidade de produzir, ou mesmo já estejam produzindo grave insegurança jurídica, por afetarem a situação jurídica de um expressivo número de pessoas²³⁸.

Além desta sistemática de resolução de conflitos de massa, o legislador brasileiro também apresentou reformas que aproximam muito da tradição *common law*, atribuindo com força de precedente, muitas vezes vinculantes, determinadas decisões proferidas pelas cortes do país.

Neste sentido, atenta Antonio Adonias Aguiar Bastos:

²³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 244.

²³⁸ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos. Curitiba: Juruá, 2013. p. 166.

Estas transformações têm atribuído aos precedentes judiciais uma eficácia que não lhes é típica nos sistemas de *civil law*, de modo que as decisões preferidas nas demandas representativas de um conflito homogeneizado têm ganhado crescente influência no julgamento de outras lides que lhe são semelhantes. Eis aqui um traço característico do *common law*.²³⁹

Diante tais inspirações do legislador, o presente tópico objetiva destacar seus principais elementos.

4.4.1 Alemanha: As Ações-Testes ou Causa-Piloto (*Musterverfahren*)

Inicialmente, necessárias algumas considerações do sistema jurídico alemão no tratamento da tutela jurisdicional coletiva, a serem realizadas a partir dos estudos de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²⁴⁰.

A organização judiciária alemã é dividida em ramos específicos, tais como a Justiça da Administração Pública, Justiça da Assistência Social e Previdência, Justiça do Trabalho, Justiça das Finanças e Justiça Comum, e possuem direito processual específico²⁴¹.

A defesa dos direitos coletivos *lato sensu* pode ser feita através de dois procedimentos, quais sejam, a *Verbandsklagen* e o *Musterverfahren*.

As *Verbandsklagen* são as ações associativas e tem previsões em legislações diversas. Uma crítica recorrente a essas ações são “sua imprestabilidade para persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos”²⁴².

Para o presente trabalho, todavia, interessa o *Musterverfahren* (ou procedimento-padrão) que é o procedimento para o tratamento das ações repetitivas, que termina com uma decisão-padrão e vinculativa às demais ações individuais.

O procedimento-padrão foi, a princípio, introduzido em 1991 no Estatuto da Justiça Administrativa.

²³⁹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ano 35, São Paulo, agosto-2010. p. 92.

²⁴⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 110-128.

²⁴¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 112-113.

²⁴² MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. 4. ed São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 115.

Em 2005, devido a grande quantidade de demandas envolvendo ações de uma companhia telefônica alemã, foi editada uma lei sobre esse procedimento envolvendo o mercado de capitais (*Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG*), conforme explica Aluisio Gonçalves de Castro Mendes:

A edição da *KapMug* decorreu da grande quantidade de demandas individuais que foram ajuizadas na Alemanha, especialmente em Frankfurt, em face da Deutsche Telekom, que possui cerca de três milhões de acionistas, sob o fundamento de que a demandada teria produzido, nos anos de 1999 e 2000, prospectos com informações incorretas, gerando prejuízos aos investidores. O número elevado de processos, aproximadamente doze mil apenas no *Landesgericht* de Frankfurt, ensejou demora nos julgamentos e reclamações que chegaram até a Corte Constitucional alemã, sob a alegação de denegação da justiça.²⁴³

Tal lei, que entrou em vigor em 1º de novembro de 2005, tinha caráter experimental, cujo término estava previsto para 1º de novembro de 2010. No entanto, foi prorrogada até 31 de janeiro de 2012.

No ano de 2008, o legislador também inseriu esse procedimento no âmbito judiciário da Previdência e Assistência Social.

Os procedimentos das Justiças da Administração Pública e da Previdência e Assistência Social são semelhantes e não há um processamento especial. Basicamente, as legislações pertinentes dispõem que se determinada questão foi questionada em mais de vinte processos, o órgão judicial poderá prosseguir com um ou mais processos, que serão processos-modelo, sendo os demais suspensos. A decisão será proferida no processo-modelo, vinculativo aos demais.

Por outro lado, o *Musterverfahren* que trata dos litígios relacionados ao mercado de capitais têm algumas regras específicas e mais elaboradas, interessante para o tratamento das ações seriadas.

A *KapMuG* é dividida em três partes, que correspondem fundamentalmente à instauração do procedimento-padrão, o processamento e instrução, e a eficácia da decisão²⁴⁴.

²⁴³ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 121.

²⁴⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

O requerimento para a instauração do procedimento-padrão é, em verdade, um incidente dentro do processo individual, formulado pelo demandante ou pelo demandado ao órgão de primeiro grau.

As hipóteses de cabimento são fixadas pela lei, devendo o

[...] processo versar sobre uma pretensão para compensação de danos decorrentes das informações públicas de mercado de capitais falsas, enganosas ou omitidas, ou para cumprimento de um contrato baseado em oferta regida pela lei de valores mobiliários e aquisições de empresas.²⁴⁵

Nesse pedido, o requerente deverá indicar o objetivo da declaração do *Musterverfahren*, quais as situações fáticas e jurídicas envolvendo a lide, os meios de provas que pretende produzir e por que seu processo possui significado para a resolução das questões jurídicas que estão na mesma situação.

Ainda sobre o requerimento de instauração, explica Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues:

[...] o item n; 2 da Primeira Seção da *KapMug* traz três exigências: a) o requerimento deve ser elaborado no momento em que o judiciário analisa a questão (antes de sua definição, evidentemente) e deve conter indicação expressa de seu objetivo e da respectiva informação sobre mercado de capitais; b) o requerimento deve conter informações sobre todas as circunstâncias fáticas e legais (pontos de disputa), bem como a descrição das evidências que o requerente pretende usar para fundamentar ou refutar demandas concretas, e c) o requerente deverá demonstrar que a decisão sobre o seu pedido de instauração de procedimento-modelo pode ter relevância para outros casos similares, ou seja, a questão sobre a qual se solicita a instauração do *Musterverfahren* deverá transcender o interesse individual das partes que formam o processo originário no bojo do qual tal pedido é realizado. O mesmo dispositivo estabelece que o requerido é garantida a oportunidade de submeter uma petição escrita sobre o mesmo assunto.²⁴⁶

Antonio do Passo Cabral afirma que se trata de um “pedido de coletivação” da demanda²⁴⁷.

A rejeição do *Musterverfahren* ocorrerá nos casos em que o litígio em questão já estiver para ser decidido, o pedido de declaração do procedimento padrão servir para manobras protelatórias, o meio de provas indicado for inapropriado, os

²⁴⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 168.

²⁴⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 169.

²⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 249.

argumentos do requerimento em relação ao incidente padrão não se justificarem, ou a questão jurídica suscitada não necessitar de esclarecimentos²⁴⁸.

Após o requerimento, se admitido, suspende-se o processo no prazo de 04 (quatro) meses, a fim de aguardar outros 09 (nove) requerimentos serem formulados, ainda que em localidades diversas. Para tal controle, é realizada sua inserção no órgão oficial federal (*Bundesanzeiger*) e cadastrado no registro eletrônico (*Klageregister*).

Desta forma, haverá total publicidade dos principais dados do litígio, descrição das partes litigantes e dos seus representantes legais, indicações dos investidores e acionistas interessados no procedimento-padrão, do órgão judicial, do número do processo e da data da inserção no *Klageregister*²⁴⁹.

Transcorridos os 04 (quatro) meses sem outros 09 (nove) requerimentos para instauração do *Musverfahren*, o incidente será revertido e dar-se-á a continuidade ao processamento e julgamento como ação individual.

Por outro lado, se alcançado o número mínimo de requerimentos de instauração do procedimento-padrão, o órgão judicial perante o qual foi apresentado o primeiro requerimento preferirá decisão irrecorrível fixando os pontos comuns controvertidos a serem decididos pelo tribunal de segundo grau (*Oberlandesgericht*)²⁵⁰.

Após essa decisão irrecorrível, o processamento é realizado pelo órgão de segundo grau, de acordo com os pontos fixados pelo órgão de primeiro grau.

Para o processamento em segundo grau, o *Oberlandesgericht* elegerá o autor (*Musterkläger*), ou autor-líder ou autor-modelo, e o réu (*Musterbeteiligte*), ou réu-líder ou réu-modelo, que figurarão no incidente, em decisão irrecorrível, levando em conta “o valor da pretensão, o objeto do procedimento padrão e o entendimento da maioria dos autores em relação a quem deverá ser o autor-líder do procedimento padrão”²⁵¹. Os demais figurarão no processo como intervenientes (*Beigeladenen*).

²⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

²⁴⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 123.

²⁵⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 124.

²⁵¹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 125.

Intimações dos intervenientes serão realizadas mediante comunicação pública, ressaltando-se o intervalo mínimo de 04 (quatro) semanas entre a data da comunicação e a data da audiência.

O presidente (ou membro por ele designado) poderá fixar prazo para que os intervenientes complementem as alegações ou esclareçam os pontos controvertidos, sendo o autor e réu do procedimento-padrão instados a se manifestarem.

A lei ainda prevê o alargamento do objeto. Todavia, o requerimento e a análise de admissibilidade será feita pelo órgão de primeiro grau, cuja decisão também é irrecorrível. Ao órgão de segundo grau incumbirá o julgamento.

Por fim, o *Oberlandesgericht* profere uma decisão-padrão sobre os pontos controvertidos postos para sua análise. Dessa decisão, cabe recurso equivalente ao recurso ordinário brasileiro, denominado *Rechtsbeschwende*, ao *Bundesgerichtshof* (*BGH*), equiparável ao Superior Tribunal de Justiça, composto por 128 (cento e vinte e oito membros).

Havendo recurso, também deverão ser escolhidos os líderes, ou modelos, de recorrente e recorrido. Se o próprio autor ou réu líder foi quem recorreu, serão eles o recorrente ou recorrido líder. Caso contrário, será o primeiro a interpor o recurso.

A composição somente é possível se todas as partes estiverem de acordo, isto é, autor e réu modelos e todos os intervenientes.

A decisão-modelo vincula os órgãos judiciais. Há extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada independente se favorável ou desfavorável aos autores apenas com relação às ações sobrestadas.

Somente há previsão de impugnação da decisão-modelo nos processos individuais na hipótese de atuação viciada do autor do procedimento-modelo.

Esta técnica foi a inspiração para a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas prevista no Projeto de Novo Código de Processo Civil, cuja análise será realizada em tópico pertinente.

4.4.2 Inglaterra: a Ordem de Litígio em Grupo (*Group Litigation Order – GLO*)

Na Inglaterra também há procedimento próprio para o tratamento das ações repetitivas.

Neil Andrews, em sua obra “O Moderno Processo Civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra”²⁵² (que será utilizada neste tópico como base), ao introduzir o sistema inglês para os “litígios de múltiplas partes”²⁵³, afirma que há três procedimentos: ações por representação, ações de massa sob “ordem de litígio em grupo” (*GLO – Group Litigation Order*) e o litígio consolidado.

Para o presente trabalho, interessa as ações para solução de conflitos massificados, qual seja, a ordem de litígio em grupo ou *GLO*, introduzido em maio de 2000 no procedimento inglês.

Pela regra 19.10 do *Civil Procedure Rules* inglês, o *GLO* pode ser definido como “uma ordem para proporcionar administração das ações em que se discutem questões comuns ou relacionadas, de fato ou de Direito”²⁵⁴.

Linda Mullenix dispõe que a ordem de litígio em grupo é uma ordem para o gerenciamento de ações, permitindo ao tribunal gerir coletivamente as causas que tiverem questões comuns de fato ou de direito. Trata-se, pois, de um mecanismo coletivo baseado no sistema *opt-in*.

Essencialmente, a ordem de litígio em grupo é uma ordem de administração de ações que permite o Tribunal gerenciar coletivamente as reivindicações comuns de direito ou de fato. De acordo com esse procedimento, a *GLO* é um mecanismo coletivo de *opt-in*.²⁵⁵

O Tribunal ordena que determinadas ações propostas individualmente sejam administradas pelo Tribunal para o julgamento, de modo a proporcionar uma

²⁵² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁵³ Segundo o autor, “litígio de múltiplas partes” são aqueles em que “há diversos autores e réus, ou mesmo quando há grupos numerosos em ambos os lados da ação”. Porém, não se confundem com os litisconsórcios comuns, que são “mera questão de união de partes”. (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 539-541).

²⁵⁴ Tradução livre de: *Definition: 19.10 A Group Litigation Order ('GLO') means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues')*.

²⁵⁵ Tradução livre de “*A group litigation order essentially is a case management order which permits the tribunal to collectively manage “claims which give rise to common or related issues of law or fact.” Pursuant to this procedure, a GLO is an opt-in collective mechanism.*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common Law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p. 258).

flexibilidade procedimental, podendo “conforme seja mais bem atendido o interesse da eficiência processual da justiça e da igualdade entre as partes”²⁵⁶.

Como principais componentes, Neil Andrews cita:

(i) o tribunal deve aprovar a ordem de litígio em grupo; (ii) ao contrário do modelo de representação, o litígio em grupo envolve *opt-in* de cada indivíduo; (iii) um membro do grupo é titular tanto de uma cota do grupo quanto do *status* geral de parte, no sentido pleno da expressão, do processo; (iv) durante o trâmite das GLO, o tribunal exerce administração intensa do caso e da instrução; (v) as decisões sobre questões “comuns” atingem o grupo, sendo a seu favor; (vi) os membros do grupo compartilham a responsabilidade pelas custas que decorrem das questões “comuns”.²⁵⁷

Para o presente trabalho, destaca-se que a sistemática em exame identifica as questões comuns das lides, sem qualquer restrição de matéria. Quando identificadas, tanto as partes como o próprio Tribunal, podem requerer a ordem.

Uma vez ordenada, cria-se um Registro de Grupo, nas quais as ações individuais serão incluídas (sistema *opt-in*). Estas ações serão geridas, então, pela Corte.

Entre as possibilidades de gestão do caso, a Corte poderá: a) escolher uma ou mais ações testes; b) indicar advogado para ser o principal; c) especificar os detalhes a serem incluídos em declarações para a admissibilidade da ação no registro de grupo; d) estabelecer prazo para exercer o *opt-in*²⁵⁸.

O efeito da decisão proferida em GLO, somente com relação às questões comuns ao grupo, “vincula todos os membros do grupo se for favorável. A parte que for afetada negativamente por sentença ou ordem judicial pode requerer permissão para recorrer”²⁵⁹, conforme dispõe a regra 19.12 (2)²⁶⁰.

Em que pese a possibilidade da Corte gerir o processo de acordo com a complexidade e peculiaridade de cada caso, o desempenho das GLO pode ser considerado baixo, segundo atenta Neil Andrews.

²⁵⁶ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 557.

²⁵⁷ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 554.

²⁵⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 557.

²⁵⁹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 558.

²⁶⁰ “Effect of the GLO: 19.12 (2) Unless paragraph (3) applies, any party who is adversely affected by a judgment or order which is binding on him may seek permission to appeal the order.” (Em tradução livre: Efeito da GLO 19.12 (2) A menos que o parágrafo (3) seja aplicado, qualquer parte que for negativamente afetada pelo julgamento ou ordem que a vincule pode pedir permissão para recorrer.)

O autor, baseando-se no estudo de Rachel Mulheron²⁶¹, destaca o baixo desempenho que as *Group Litigation Orders* tiveram no país, visto que não criou acesso eficaz à justiça:

É evidente, pelo relatório, que é difícil, talvez impossível, contestar que o sistema de processo civil inglês obteve baixo desempenho em oferecer acesso eficaz à justiça, neste contexto.²⁶²

Entre outros fatores identificados, é possível aqui ressaltar que houve poucas ordens de litígio em grupo se comparado com outras jurisdições da *common law*²⁶³; recuo contínuo do sistema público de financiamento do sistema de ordem de litígios em grupo; há barreiras que impedem os indivíduos aderirem ao litígio de grupo, tais como:

(i) ansiedade econômica, de que se tornarão consideravelmente responsáveis pelas custas; (ii) considerações psicológicas, de que serão expostos a uma experiência turbulenta; (iii) receio de represália ou a criação de malevolência, geralmente por parte de seus empregadores; e (iv) simples incompreensão do sistema de compensação civil.²⁶⁴

em que pese seja uma técnica interessante, há baixa efetividade no seu país de origem, conforme constatado por Neil Andrews, e o ordenamento jurídico brasileiro não o adotou.

4.4.3 Estados Unidos: as Ações de Classe (*class actions for damages*)

Os Estados Unidos contam com as *class actions* para a resolução dos conflitos coletivos, havendo, em verdade, três categorias de ações, das quais duas são obrigatórias (ou mandatórias), conforme explica Linda Mullenix:

²⁶¹ O Relatório de Rachael Mulheron (*Reform of Collective Redress in England and Wales*) foi entregue ao *Civil Justice Council* em 2008, estimulando os debates sobre o processo coletivo e, principalmente, quanto as vantagens de uma mudança para o sistema *opt-out*. (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 564).

²⁶² ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 567.

²⁶³ Neste sentido, também Linda Mullenix afirma que desde maio de 2000, 57 ações foram certificadas no Registro.

²⁶⁴ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 565-566.

Se aqueles os requisitos preliminares forem satisfeitos, o proponente deve estabelecer a classe a ser caracterizada de acordo com as categorias da Regra 23 (b). A Regra 23 (b) contém categorias funcionais, sendo duas mandatórias que não são possíveis o *opt out* dos membros, e uma (b) (3) classe denominada apenas de “*opt-out class*”. Esta é a classe adequada para tratar das ações de classe por danos.²⁶⁵

Sobre tais categorias, explica sinteticamente Ada Pellegrini Grinover:

[...] o inc. (b1), (A) e (B), assim como o inc. (b2) cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não é destas que vamos nos ocupar aqui, mas vale a pena observar que o inc. b-1-A significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inc. b-1-B indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez, o n° 2 contempla, também em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigações de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos.

Mas é o no inc. (b3) que vamos encontrar o regime jurídico das “*class actions for damages*”, que não é obrigatória (*not mandatory*), porquanto admite *opt out*, correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos, exatamente na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.²⁶⁶

Ao presente trabalho, também interessa tão somente as *class actions for damages*, ressaltando-se que os requisitos vestibulares para admissão das três espécies de *class actions* são os mesmos.

Ada Pellegrini Grinover define as *class actions* da seguinte maneira:

[...] baseada na *equity*, pressupõe a existência de um número elevado de titulares de posições individuais de vantagem no plano substancial, possibilitando o tratamento processual unitário e simultâneo de todas elas, por intermédio da presença, em juízo, de um único expoente de classe.²⁶⁷

²⁶⁵ Tradução livre de: “*If these threshold requirements are satisfied, the proponents must then establish that the class may be categorized pursuant to three categories in Rule 23 (b). Rule 23 (b) contains functional categories; two are mandatory non-opt-out class, and the (b) (3) class is the so-called “opt-out” class. This class is suitable for class actions for damages.*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p. 261-262).

²⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126.

²⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 125.

As *class actions* americanas existem há mais de setenta anos nos Estados Unidos. Criada em 1938 pelo Congresso, em 1966 foi completamente revisada, conferindo os contornos como as *class actions* são hoje conhecidas²⁶⁸.

A principal característica da ação coletiva americana é que o demandante, que somente necessita ser membro da classe ou do grupo pelo qual litiga, não é considerado efetivamente parte do processo, mas um representante, de forma que a preocupação consequente foi a de garantir o *due process of law* aos representados, vez que ausentes da relação processual²⁶⁹.

Neste sentido, esclarece Cassio Scarpinella Bueno que “na doutrina que estuda as *class actions*, é comum a expressão de que se todos estes membros ausentes foram devidamente representados, não há como questionar que tenham tido *their own day in court*”²⁷⁰. Deste modo, com o requisito da *adequacy of representation* “busca-se, de forma ficta, representatividade suficiente pela qual os membros ausentes passem a ter seu *figurative day in court*”²⁷¹.

Demonstrando referida preocupação, Linda Mullenix destaca alguns reflexos na própria legislação:

Muitas das disposições da Regra 23 se destinam a assegurar ou proteger o direito do devido processo legal dos membros ausentes da classe. Entre essas regras, incluem o controle judicial dos requisitos para a certificação da classe, a adequada representação, a capacidade do indivíduo de exercer o *opt-out*, notificação, audiência pública²⁷², aprovação judicial dos acordos, e aprovação judicial de Conselho de Classe e honorários advocatícios.²⁷³

Destarte, o juiz norte-americano somente aceitará o prosseguimento de uma lide coletiva após o demandante demonstrar os quatro pré-requisitos dispostos na

²⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p. 260.

²⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p. 260-261.

²⁷⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/>> Acesso em: 18 fev. 2012.

²⁷¹ BUENO, Cassio Scarpinella. As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/>> Acesso em: 18 fev. 2012.

²⁷² Audiência prevista na Regra 23 (E) (2)

²⁷³ Tradução livre de: “*Many of provisions of Rule 23 are intended to secure or protect the due process rights of absent class members. These include the requirements for judicial scrutiny of class certification requirements; adequacy of representation; the ability to opt-out; notice; fairness hearings; judicial approval of settlements; and judicial approval of appointment of class counsel and attorney fees.*” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. Os Processos Coletivos nos Países de *Civil Law* e *Common law*: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2011. p. 262).

Rule 23(a), obtendo a *Certification Order*, decisão na qual se constata satisfeitas as exigências legais e a ação passa a tramitar como uma *class action*, sendo eles:

Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.²⁷⁴

Exige-se ainda outros dois requisitos específicos para a *class action for damage*:

1 – a *prevalência* das questões de direito e de fato comuns sobre questões de direito ou de fato individuais;
2 – a *superioridade* da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.²⁷⁵

Segundo Ada Pellegrini Grinover, os requisitos da prevalência e superioridade são observados rigorosamente pelos tribunais e, justamente por isso, nem sempre as ações de classe têm obtido êxito nos casos, principalmente, de vício de produtos:

Mas nem sempre as ações de classe norte-americanas têm obtido sucesso nos tribunais, em função da frequente falta de reconhecimento dos requisitos da *prevalência* e *superioridade*. A análise das decisões judiciais mais representativas, no campo das “*class actions for damages*”, demonstra que a existência dos mencionados requisitos tem sido reconhecida, até com facilidade, nos campos que não são danos provocados por vício de produtos: em matéria de desastres ambientais, de acidentes aéreos, de desmoronamento de obras, de prejuízo aos trabalhadores, muitas são as ações de classe reparatórias de danos individuais em que houve não só a *certification*, mas também o juízo posterior, chegando-se até à sentença final.²⁷⁶

Embora sejam poucas as obtenções de *certification* para as *damage class actions* no campo de vício de produto, a autora esclarece que “isso não significa a

²⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 126. (destaques originais)

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 128. (destaques originais)

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 129-130. (destaques originais)

falência do instituto, porque 90% dos casos têm sido resolvidos mediante transação, pelos meios alternativos de solução de disputa (ADR)²⁷⁷.

Na hipótese de não haver acordo, o processo seguirá para a instrução processual e sentença genérica, isto é, referente à responsabilidade. Os efeitos são estendidos a todos os membros da classe, salvo aqueles que tiverem optado por sua exclusão (sistema *opt-out*) e desde que tenha tido notícia pessoal do ajuizamento da ação.

Após, segue-se para a liquidação e execução. Neste sentido, Cassio Scarpinella Bueno explica:

Uma outra fórmula para individualização do julgamento envolve uma bifurcação deste ato. A primeira trata somente da existência da responsabilidade, no qual são usadas as mesmas técnicas do julgamento tradicional. A segunda – que tem cabida somente diante da declaração de responsabilidade –, destina-se à quantificação dos danos, seja envolvendo “mini julgamentos” para apuração dos danos individuais, que bem se amolda à opção legislativa nacional, ou um procedimento genérico destinado a calcular os danos referentes à classe como um todo.²⁷⁸

Esta segunda alternativa é o denominado *fluid class recovery*.

Apesar das peculiaridades, foi a técnica adotada pelo Código de Defesa do Consumidor quando idealizou o procedimento próprio para o tratamento das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos.

4.4.4 Os Precedentes da Tradição *common law*

A massificação das relações jurídicas e os consequentes conflitos postos à apreciação judicial evidenciaram no sistema brasileiro as seguintes falhas: excessivo número de ações individuais que tratam de teses jurídicas e pedidos semelhantes – contribuindo com a morosidade do sistema judiciário como um todo –, e a insegurança jurídica no que toca à possibilidade de decisões divergentes sobre o mesmo tema.

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 130.

²⁷⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/>> Acesso em: 18 fev. 2012.

Algumas das soluções encontradas pelo legislador tem origem na tradição *common law*, atribuindo eficácia vinculante às decisões judiciais pretéritas ou, até mesmo, à edição de súmulas conforme sistematiza Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues:

[...] a tendência uniformizadora da jurisprudência vivenciada pelo nosso ordenamento, a qual se funda, dentre outros instrumentos, em mecanismos processuais de julgamento por amostragem, busca na teoria dos precedentes atribuição de eficácia vinculante ao recurso ou ação adotada como paradigma.

O cerne da ideia de precedente, que o nosso ordenamento cada vez mais procura incorporar, consiste na eficácia vinculante às decisões sucessivas àquelas proferidas em casos idênticos ou análogos.²⁷⁹

Assim, pode ser sistematizadas as seguintes reformas nesse sentido:

O Brasil acompanhou este movimento de convergência encampando os influxos do sistema da *common law* mediante a implementação de uma série de reformas legais e constitucionais, iniciada com a edição da Lei 10.352/01, que, ao acrescentar o § 1º ao art. 555 do Código de Processo Civil, instituiu o mecanismo de prevenção ou composição de divergência jurisprudencial, tendo sido seguida por diversos outros diplomas, tais como as Leis 11.276/06²⁸⁰, 11.277/06²⁸¹, 11.417/06²⁸², 11.418/06²⁸³, 11.672/08²⁸⁴ e 12.016/09²⁸⁵, [...] além da Emenda Constitucional 45/04, apontada como marco desta virada em nosso ordenamento que, ao que tudo indica, culminará com a edição do Novo Código de Processo Civil, cujo projeto (Projeto de Lei do Senado 8.046/10) contempla diversas disposições tendentes a uma ainda maior valorização da jurisprudência [...]²⁸⁶

A doutrina especializada vem atentando, contudo, ao uso indiscriminado de jurisprudências e à edição de súmulas com força vinculante na tradição jurídica

²⁷⁹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 86-87.

²⁸⁰ Incluiu “Art. 518 [...] § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.”

²⁸¹ Incluiu “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.”

²⁸² Regulamenta o art. 103-A, da Constituição Federal, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁸³ Institui o requisito da repercussão geral para a interposição de Recurso Extraordinário.

²⁸⁴ Institui o julgamento por amostragem no Superior Tribunal de Justiça.

²⁸⁵ Art. 15, da referida lei: Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

²⁸⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 86.

nacional, sem a devida compreensão de suas origens consistentes nos precedentes da tradição *common law*.

Lenio Luiz Streck e Georges Abboud explicam que o *common law* foi produto do Iluminismo, quando Judiciário e Parlamento se uniram em face do Poder Executivo²⁸⁷.

Continuam os autores que o direito legislado, especificamente o inglês, é considerado “algo secundário, a partir da qual não se deveriam buscar os princípios gerais do direito”²⁸⁸. Isto decorre do próprio desenvolvimento jurisdicional inglês que, no século VIII, viveu a “era dourada dos juízes”:

Na Inglaterra, as leis oriundas do Parlamento, em regra, têm efetividade, porquanto o povo inglês é democrático e profundamente respeitador de suas tradições. Todavia, a aplicação que os tribunais fazem dessas leis é literal e restritiva, sempre que a lei não é considerada como via normal de manifestação do Direito, senão como algo corretivo e excepcional. Ademais, conforme ensina Caenegem, o *common law* inglês viveu no século VIII a era dourada dos juízes, momento em que se comungava da ideia de que a criação do direito deveria ser atividade do Judiciário e não do Parlamento. [...] Para o Lorde [Mamsfied], apesar de uma lei poder ser aplicada a todos os casos, o *common law* funcionaliza-se a partir de si próprio, e suas regras são oriundas da própria fonte de justiça razão pela qual ele seria superior à lei do Parlamento.²⁸⁹

Neste sentido e em âmbito do atual processo civil inglês, Neil Andrews destaca a influencia atual da lei:

O direito inglês, hoje em dia, está fortemente influenciado por leis escritas. Estes incluem o direito derivado (sobretudo normas codificadas). Os “regulamentos” europeus têm força igual à legislação primária. Quanto aos “Precedentes”, o *Common Law* é uma expressão frequentemente utilizada para designar o conjunto de decisões judiciais vinculantes. [...] precedentes de longa data [...] podem adquirir força considerável na medida em que se consagram como um princípio fundamental. Por essas razões, o sistema de precedentes continua sendo a base do direito inglês. As principais fontes do processo civil são: leis escritas (principalmente o Código de processo Civil); orientações práticas; decisões judiciais; “guias” oficiais para a prática do Direito dentro de certas partes da *High Court*, e a doutrina [...]²⁹⁰

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27-28.

²⁹⁰ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 97-98.

Já a teoria dos precedentes é a evolução histórica da filosofia do *common law*, consistindo “teoria que alça as decisões judiciais como fonte imediata do Direito junto à equidade e legislação”²⁹¹.

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos elencados por Lenio Luiz Streck e Georges Abboud:

[...] a seleção de quais precedentes são similares o suficientes para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que uma vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do (*distinguishing*).²⁹²

A partir do momento que os precedentes passaram a ser considerados como obrigatórios, desenvolveu-se a doutrina do *stare decisis*.

Etimologicamente, o *stare decisis* tem origem no adágio latim *stare decisis et non quieta movere*, que pode ser traduzida como “continuar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”²⁹³.

Charles D. Cole explica que

Stare decisis é a política que requer que as Cortes subordinadas à Corte de segunda instância que estabeleceu o precedente sigam o precedente que não “disturbem um ponto estabelecido”. Esse princípio, aplicando a doutrina do *stare decisis* para estabelecer o precedente vinculante, veio da tradição do direito consuetudinário inglês para a cultura jurídica dos Estados Unidos. O precedente vinculante é, portanto, o resultado do uso da doutrina do *stare decisis*.²⁹⁴

A doutrina do *stare decisis* se preocupou em identificar a *ratio decidendi* e diferenciá-la do *obter dictum*, tendo em vista que somente aquela é a parte da decisão que vincula, é o enunciado jurídico a partir da qual se decide o caso concreto e poderá servir como base para a solução de outros casos postos à apreciação judicial.

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

²⁹² STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 46.

²⁹³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30.

²⁹⁴ COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 92, out./dez., 1998. p. 71-72.

Luiz Guilherme Marinoni anota que a característica elementar do precedente é a “potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”²⁹⁵, podendo ser definida como “a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”²⁹⁶.

Quando se diz “tese jurídica”, o autor quer afirmar que o precedente trata de matéria de direito e não de fato – ou, “nos termos do *common law*, de um *point of law*”²⁹⁷ –, bem como não se limita a repetir a letra da lei, vez que enfrenta todos os argumentos relacionados ao caso:

[...] para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção judicial da questão de direito que passa por diversos casos.²⁹⁸

Verifica-se, pois, que os precedentes são, em verdade, uma construção própria dos países do *common law*, onde as decisões judiciais são utilizadas para resolver casos concretos.

As súmulas diferenciam dos precedentes, pois são enunciados gerais e abstratos com o objetivo solucionar casos futuros²⁹⁹.

Sua ascendência está muito mais ligada aos enunciados portugueses³⁰⁰ do que aos precedentes dos países consuetudinários e, a princípio serviam para

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 215.

²⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

²⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 215.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

²⁹⁹ Neste sentido, atentam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud: “[...] precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas [...], ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à ‘solução de casos futuros.’” (STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 30-31).

³⁰⁰ “No ano de 1963, é instituída a Súmula de Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal Federal que, a despeito de previsão legal que lhe atribuisse eficácia vinculante, veio a exercer grande influência prática sobre julgamentos realizados por juizes de primeiro e tribunais. Tais súmulas tiveram por inspiração o modelo dos assentos portugueses, constituindo-se de enunciados curtos e abstratos, nos moldes dos verbetes sumulares atuais.” (RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 108).

“identificar e precisar o entendimento de dado tribunal acerca de questão jurídica”³⁰¹.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

[...] o que particulariza as súmulas é a circunstância de serem enunciados do tribunal acerca das suas decisões, e não uma decisão que qualifica como precedente. A súmula faz parte de uma linguagem que descreve decisões. Trata-se, neste sentido, de um metalinguagem, pois voltada a enunciar algo que já parte da linguagem da decisão judicial.³⁰²

A doutrina critica as súmulas, principalmente as vinculantes, porque, segundo ainda o mesmo autor, “não tem as mesmas garantias de um precedente”³⁰³:

O precedente obrigatório, embora se relacione com pessoas que não participaram do processo, tem a sua legitimidade condicionada a ter sido proferido em processo com adequada participação dos litigantes em contraditório, os quais zelam para que a tese jurídica não seja desfigurada. Assim, a preocupação, como parte, com os efeitos da decisão, ou, mas precisamente, com a coisa julgada, curiosamente confere legitimidade à eficácia do precedente obrigatório em relação aos terceiros.³⁰⁴

Atente-se que mesmo as súmulas não vinculantes exercem influência considerável que pode ser compreendida como algo a mais do que um efeito meramente persuasivo:

[...] a despeito de possuírem eficácia meramente persuasiva, as súmulas, nas palavras de Luiz Norton Baptista de Mattos, “acabam por exercer alguma influencia, ainda que de fato, sobre o convencimento dos juízes que, por conveniência e economia processual, tendem a segui-las na maioria absoluta dos casos”. O processualista conclui sua análise asseverando, a nosso ver com razão, que as súmulas seriam dotadas, portanto, de um valor superior à mera persuasão, gozando de “aptidão de vincular de fato”^{305 306}.

A jurisprudência também não se confunde com os precedentes, conforme atentam Lenio Luiz Streck e Georges Abboud, que explicam que a jurisprudência se

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216.

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 216-217.

³⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 217.

³⁰⁵ MATTOS, Luiz Norton Baptista de. “Súmula” vinculante: análise das principais questões jurídicas no contexto da reforma do poder judiciário e do processo civil brasileiro. Coordenação (da série) Alexandre Freitas Câmara e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 15.

³⁰⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 91.

origina a partir de reiteradas decisões dos Tribunais e “sua função principal é delimitar e estabelecer regras jurídicas a serem consolidadas em verbetes sumulares”³⁰⁷.

Tanto as súmulas quanto o efeito vinculante de “jurisprudência” ou da decisão proferida no âmbito da regulamentação dos art. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil demonstram a tendência de atribuir força normativa às decisões dos magistrados.

Apesar das críticas a essas tendências no âmbito dos países que perfilam ao *civil law*, é preciso levar em consideração a mudança de paradigma que exige do Poder Judiciário uma atuação muito mais complexa do que a mera resolução de conflitos com estrita aplicação da letra da lei.

A passagem da técnica casuística, em que a aplicação da norma se dá por subsunção, para a técnica das cláusulas gerais, em face da qual se exige um raciocínio judicial muito mais complexo e sofisticado, faz ver a necessidade de insistir na igualdade perante as decisões judiciais. De fato, quando se tem em consciência teórica de que as decisões nem sempre é resultado de critérios normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaiam na lei transfere-se para a decisão judicial. A segurança jurídica passa a estar estritamente vinculada à decisão – essa é responsável pela previsibilidade em relação ao direito, e, portanto, tem de contar com a estabilidade.³⁰⁸

Os precedentes e a tradição *common law* tiveram suas influências para a elaboração de parcela dos novos instrumentos processuais para a resolução de demandas massificadas no país, porém com eles não se confundem.

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 94.

³⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153.

5 MEIOS JURISDICIONAIS PARA O TRATAMENTO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS VEICULADOS EM AÇÕES REPETITIVAS NO BRASIL

Os conflitos individuais massificados, ao serem submetidos ao Poder Judiciário, conforme analisado, ocasiona uma massificação também das decisões judiciais. Tendo em vista esta realidade, a doutrina tem observado que o legislador realizou pequenas reformas para o tratamento racional das demandas de massa:

No Brasil, as alterações legislativas têm ocorrido tanto em nível constitucional, como no âmbito infraconstitucional. No primeiro aspecto, podemos mencionar o exemplo da EC 45/2004, que introduziu a súmula vinculante e a repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. No segundo, foram criados os institutos do julgamento preliminar de mérito, da súmula impeditiva de recurso, da súmula de jurisprudência dominante, além de terem sido regulamentadas a repercussão feral e a súmula vinculante, entre outras inovações.³⁰⁹

Verifica-se que há uma introdução paulatina de mecanismos de resolução de conflitos de massa cuja solução ora se assemelha à sistemática da tradição *common law* ora ao mecanismo de “caso piloto”, pelo qual se permite a seleção de uma demanda, dentre várias, que será apreciada pelo Judiciário, e cuja decisão vinculará os processos sobrestados relativos ao tema.

Há outros mecanismos mais antigos que podem ser utilizados para racionalizar as demandas repetitivas, embora não tenham sido inicialmente criadas com este objetivo, conforme constatado por Leonardo José Carneiro da Cunha,

No ordenamento jurídico brasileiro, existem regras que podem ser utilizadas para a solução de causas repetitivas. Algumas, mais recentes, foram concebidas exatamente para ser aplicadas às causas repetitivas. Outras, mais antigas, podem ser utilizadas com a finalidade de conferir um melhor rendimento ao tratamento a ser dado a tais demandas de massa.³¹⁰

Pretende-se neste capítulo destacar os instrumentos existentes e o projetado no ordenamento jurídico brasileiro que são utilizados no tratamento dessas ações repetitivas.

³⁰⁹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ano 35, São Paulo, agosto-2010. p. 92.

³¹⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 250.

5.1 AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O primeiro meio jurisdicional para a solução de conflitos de massa a ser destacado é a própria ação coletiva.

O Capítulo II do Código de Defesa do Consumidor (art. 91 ao art. 100) trata especificamente do processo que tem por objetivo a defesa de direitos individuais homogêneos.

Pode-se afirmar que é o primeiro tratamento para as demandas de massa em geral³¹¹, conforme visto no tópico pertinente, legitimando os autores coletivos a proporem, “em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos” (art. 91, do Código de Defesa do Consumidor).

Não obstante a origem seja as *class actions for damages*, o legislador brasileiro foi além, visto que pela ação coletiva não apenas se repara danos individuais como também é “possível que a ação tendente a tutela desses interesses [individuais homogêneos] objetive a condenação à obrigação de fazer ou não fazer, ou que seja de índole meramente declaratória ou constitutiva, tudo consoante disposto no art. 83 do CDC”³¹².

Tal qual as demais ações coletivas, o rito a ser observado dependerá da ação ajuizada, nos termos do art. 83 do diploma consumerista³¹³. As peculiaridades da ação civil coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos estão na formação da coisa julgada, execução e litispendência.

Com relação à litispendência, no entanto, há dois pontos a serem tratados. O primeiro refere-se à suposta litispendência entre a ação individual e a ação coletiva, o que é tratado no art. 83, e o segundo à litispendência entre ações coletivas, a qual o Código não faz menção.

Em verdade, a previsão da primeira parte do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor poderia ser dispensada, vez que não se vislumbra a possibilidade de

³¹¹ Antes disso, conforme já visto em tópico anterior, existiu a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989. Todavia, este diploma era específico para os danos causados aos titulares de valores mobiliários e investidores de mercado.

³¹² GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 137.

³¹³ 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.

ocorrência de litispendência nos casos por ele abordados, tampouco no caso de ação coletiva para defesa dos direitos individuais homogêneos.

Isso porque, a litispendência, nos termos do Código de Processo Civil, art. 301, § 2º, ocorre quando uma ação reproduz outra anteriormente ajuizada, tendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. No entanto, ao deparar uma ação individual com uma ação coletiva, não há possibilidade de identidade de causas, nesses termos, vez que as partes nem o pedido serão idênticos.

Na hipótese de direitos individuais homogêneos, não tratados pelo legislador, é que a litispendência pode causar alguns desentendimentos, visto a redação do art. 91, que afirma que os autores coletivos propõem ações “*em nome próprio e no interesse das vítimas e seus sucessores*”, tratando-se, evidentemente de legitimidade extraordinária.

Para resolver a questão, o legislador previu que em caso de procedência da ação, todos os indivíduos serão beneficiados (art. 103, inciso III, CDC), salvo se o autor da ação individual não requerer a suspensão de sua demanda no prazo de trinta dias, a contar da ciência dos autos do ajuizamento da ação coletiva (art. 104, *in fine*, CDC).

Com relação à execução, a solução do Código de Defesa do Consumidor assemelha-se à *class actions for damages* dos Estados Unidos. Há uma sentença que, se procedente, condenará genericamente, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados (art. 95, CDC), sendo a liquidação e execução promovida pela vítima ou seus sucessores (art. 97, CDC).

É possível execução coletiva, nos termos do art. 98 e art. 100, do CDC.

No entanto, conforme já visto, a ação coletiva não foi suficiente para a defesa jurisdicional efetiva dos direitos individuais homogêneos.

5.2 MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS

Conforme anotado por Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues, os mecanismos uniformizadores de jurisprudência “também se prestam, não raras vezes, à racionalização do deslinde de demandas isomórficas”³¹⁴, tendo ampla aplicabilidade às demandas de massas.

³¹⁴ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 124.

São aqui destacadas o incidente de uniformização de jurisprudência, o pedido de uniformização da interpretação dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública e a afetação de julgamento a órgão indicado pelo Regimento Interno.

5.2.1 Incidente de Uniformização de Jurisprudência

Previsto originariamente no Código de Processo Civil, o incidente tem por objetivo fixar o entendimento acerca da interpretação do direito quando, em síntese, ocorrer divergências entre órgãos do mesmo Tribunal³¹⁵.

O incidente é cabível quando houver divergência a respeito de interpretação de direito, sendo solicitado pelo juiz (integrante de órgão) ao tribunal do qual faz parte, ou requerido pelas partes quando do julgamento de seu recurso (nas razões recursais ou em petição avulsa), assim como pelo Ministério Público quando recorrente ou recorrido.

A divergência aqui exigida é dentro do tribunal, porém pode ser interna no sentido que a divergência se dê entre membros do mesmo órgão, ou externa quando a divergência ocorre entre órgãos do tribunal.

Verifica-se, pois, que há uma cisão de julgamento, no qual o Plenário ou a corte específica é instada a se manifestar acerca da interpretação de determinada norma jurídica. Após a definição da interpretação retoma-se o julgamento do caso concreto, o qual seguirá o entendimento firmado no incidente.

Leonardo José Carneiro da Cunha destaca que

Este pode ser um expediente utilizado para racionalizar os julgamentos de causas repetitivas. Havendo divergência de entendimento a respeito de questões jurídicas que se apresentem em causa repetitivas, pode ser instaurado o incidente de uniformização de jurisprudência para que, firmando o entendimento do tribunal, passe a ser adotado em todos os casos isomórficos submetidos ao seu exame.³¹⁶

³¹⁵ Não se deve confundir com pedido de uniformização da interpretação da lei federal, dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, previstos na Lei nº 10.256/01, 12.153/09.

³¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 252.

5.2.2 Pedido de Uniformização da Interpretação dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública

Atem-se ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais (art. 14, da Lei nº 12.259/01³¹⁷) e da Fazenda Pública dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios (art. 18, da Lei nº 10.153/09³¹⁸).

Nessa seara, com frequência há causas repetitivas.

O mecanismo é cabível quando ocorrer divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questões de direito material, ou, ainda com súmula ou jurisprudência dominante do STJ, na hipótese da Lei nº 10.259/01.

O julgamento será realizado em reunião conjunta das turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal de Justiça do ente federativo respectivo (Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados) ou do Juiz Coordenador (Juizados Especiais Federais).

Se a questão envolver interpretação de lei federal, contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça, o pedido será julgado por este.

Na hipótese de orientação acolhida pela Turma de Uniformização contrariar súmula do Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, a quem cabe dirimir a divergência.

Os eventuais pedidos de uniformização fundados em questões idênticas serão retidos nos autos até pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça. Os pedidos retidos serão analisados após a decisão e, se contrário à decisão do tribunal superior, as Turmas Recursais poderão exercer juízo de retratação.

Verifica-se que é um instrumento que serve às causas repetitivas e, inclusive, apresenta semelhanças com o alemão *Musterverfahren*, conforme aponta Antonio Passos Cabral:

Já existe, com base legal, incidente de coletivização de questões comuns que estejam à base de fundamentação de pretensões individuais, ou seja, um típico instrumento processual de tratativa coletiva sem as ficções representativas das ações coletivas. Trata-se do incidente previsto no art. 14, da Lei nº 10.259/01, cabível para uniformizar interpretação da lei federal em face de divergência entre Turmas Recursais sobre certas questões de direito material.

³¹⁷ “Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.”

³¹⁸ “Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.”

O incidente prevê vários mecanismos assemelhados ao *Musterverfahren*: a possibilidade e suspensão dos processos onde a controvérsia tenha lugar, para espera da decisão coletiva (art. 14, § 5º); retenção de pedidos de uniformização idênticos (§ 6º); amplo exercício do contraditório pelos interessados (§ 7º); cisão da cognição, com julgamento da pretensão individual pelo juízo de origem (§ 9º); possibilidade de transferência da competência para julgamento a órgãos hierarquicamente superiores para resolução uniforme das questões (§§ 1º, 2º e 4º).³¹⁹

Essas observações são igualmente aplicáveis ao pedido de uniformização de jurisprudência em âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.

5.2.3 Afetação de Julgamento a Órgão Indicado pelo Regimento Interno

Dispõe o art. 551, § 1º, do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei 10.352/01:

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes.
§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso.

Permite o dispositivo a cisão do julgamento em dois momentos: o primeiro, a ser decidido pelo órgão colegiado, que estabelecerá a tese a ser aplicada na decisão, e outro para julgar a causa concretamente posta à apreciação.

Diferente do procedimento de uniformização de jurisprudência previsto nos arts. 476 a 479, do Código de Processo Civil, o mecanismo em estudo retira da turma ou câmara a atribuição de decidir o caso concreto, assemelhando-se à prática já adotada pelo Supremo Tribunal Federal:

³¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2008. p. 259.

[...] o modo pelo qual os dois institutos buscam seus objetivos é consideravelmente diverso. Isso porque no incidente de uniformização de jurisprudência ocorre cisão da competência funcional entre diferentes órgãos do Poder Judiciário, ao passo que no mecanismo ora analisado constata-se a assunção de competência para julgamento pelo órgão da cúpula de um determinado tribunal.³²⁰

O mecanismo, todavia, será aperfeiçoado se mantida a redação para o diploma processual projetado, denominado de “incidente de assunção de competência”³²¹.

O aperfeiçoamento se dá, principalmente, pela possibilidade do Presidente do Tribunal suspender os demais recursos que veiculem a mesma questão, conforme ressaltado por Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues³²².

A disposição (vigente e projetada) atende também às causas repetitivas, inclusive prevenindo possíveis divergências:

A adoção do instituto da assunção de competência, que exige comprometimento dos integrantes dos tribunais, seguramente pode ser potencializada a partir da especialização dos órgãos distribuidores dessas cortes. A distribuição imediata e prioritária de recursos cujas questões façam antever o surgimento de massa de lides idênticas (integrantes, todas, em verdade, de uma única macrolide que se instale na sociedade em virtude de alterações normativas decorrentes da própria modernização da mesma sociedade), certamente, prestigiaria a utilização do instituto.³²³

5.2.4 Súmula Vinculante

A súmula vinculante foi introduzida no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 45/2004, sendo regulada pela Lei nº 11.417/06.

³²⁰ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 140.

³²¹ Prevê a legislação projetada: Art. 959. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, da remessa necessária ou de causa de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.

§ 1º Ocorrendo a hipótese de assunção de competência, o relator proporá, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, seja o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar.

§ 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

§ 3º O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos colegiados, exceto se houver revisão de tese, na forma do art. 521, §§ 1º a 6º.

§ 4º O disposto neste artigo se aplica quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal.

³²² RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 142.

³²³ BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n 171, p. 9-23, maio 2009.

Trata-se de enunciado elaborado a partir do disposto no art. 103-A³²⁴, da Constituição Federal, de ofício ou por provocação de um dos legitimados, que vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública e cuja inobservância enseja Reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

Conforme o § 1º de citado dispositivo,

A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Verifica-se que requisito para edição de súmula é a existência de controvérsia atual, entendendo esta como discussão contemporânea acerca de fundamento determinante ou motivo essencial da decisão (*ratio decidendi*) imprecisos, conforme sintetiza Luiz Guilherme Marinoni³²⁵.

Sobre o tema, o autor complementa:

Ora, se os precedentes, uma vez proferidos, não geram dúvidas quanto à *ratio decidendi*, não há razão para editar súmula. Quando os precedentes, ou o precedente do Plenário, têm *ratio decidendi* claramente decifrável, inexistente motivo para temer por insegurança jurídica. Os tribunais inferiores saberão como aplicar o precedente e os jurisdicionados terão consciência do modo como devem se comportar para não violá-lo.³²⁶

Tal controvérsia deve ser capaz de acarretar “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão fática idêntica” (art. 103-A, § 1º), nos termos da Constituição Federal.

É neste sentido que a súmula pode ser enquadrada entre os mecanismos de uniformização e estabilização de jurisprudência capaz de tratar das demandas repetitivas:

³²⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

³²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 490.

³²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 491.

A súmula vinculante constitui importante mecanismo para racionalização das causas repetitivas. Aliás, um dos requisitos para a edição da súmula vinculante é que haja reiteradas decisões do STF em matéria constitucional, o que demonstra que a súmula vinculante guarda pertinência com as demandas de massa.

Editada a súmula vinculante, os órgãos jurisdicionais devem seguir a orientação firmada pelo SFT, resolvendo todos os casos repetitivos que envolvem a questão constitucional contida no enunciado da súmula vinculante. Com isso, alcança-se a desejável uniformidade jurisprudencial que deve existir no trato das causas repetitivas, com o que se assegura, de igual modo, a indispensável isonomia relativamente aos casos massificados.³²⁷

Atenta-se que não é o enunciado da súmula que vincula os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Não obstante o que ocorre na prática forense, os fundamentos e os precedentes que ensejaram a sua edição devem ser analisados quando da aplicação da súmula vinculante, sob pena de se confundir o enunciado emanado pelo Supremo Tribunal de Federal com norma geral e abstrata, cuja competência pertence ao Poder Legislativo³²⁸.

5.3 JULGAMENTOS POR AMOSTRAGEM

Os instrumentos classificados neste tópico são aqueles em que, previamente, já se considera uma ação para julgar pelo órgão competente dentre as tantas outras idênticas e cuja solução irradia para os demais feitos.

São, pois, a técnica definida como causa-piloto que, segundo Leonardo José Carneiro da Cunha ocorre da seguinte maneira:

Na causa piloto, as diversas demandas são propostas por uma parte com a finalidade, não somente de decidir o caso específico, mas também com o escopo secundário de utilizar a solução jurisdicional obtida, como referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsia referentes a um grupo amplo de sujeitos que ostentam o mesmo interesse.³²⁹

³²⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 260.

³²⁸ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (*Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011) e Humberto Dalla Bernardina de Pinho (*Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, v. II).

³²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 244.

Assim, diante tais características, identificou-se os julgamentos por amostragem previstos no art. 543-B e no art. 543-C, do Código de Processo Civil, e a denominada suspensão de segurança disposta no art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92, e art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/09.

5.3.1 Julgamentos por Amostragem Recursos Excepcionais Repetitivos

São mecanismos para julgamento em blocos no âmbito dos Recursos Extraordinários (art. 543-B, do Código de Processo Civil³³⁰) e Recursos Especiais (art. 543-C, do Código de Processo Civil³³¹), cuja motivação para criação é assim explicada por Rodolfo Camargo Mancuso:

Cabendo ao legislador ordinário federal prover sobre matéria processual (CF, art. 22, I), acabou por tomar corpo a ideia do *tratamento em bloco* dos RE's e RESP's múltiplos e repetitivos, que as estatísticas do STF e STJ identificavam como os grandes vilões da sobrecarga de trabalho nessas Cortes. Logo se identificou a aptidão dos precedentes judiciais formados nesses Tribunais da Federação para as finalidades de agilização dos julgamentos, simplificação dos ritos, e, ainda, preservação do tratamento isonômico devido às partes, certo que não basta tal igualdade perante a lei enquanto posta abstratamente no ordenamento (CF, art. 5º, II), mas ela deve persistir quando a lei venha aplicada concretamente nos processos judiciais. Nesse contexto, ganhou espaço a técnica do julgamento dos RE's e REsp's dita *por amostragem*, tarefa em boa parte facilitada por conta de se tratar de recursos de estrito direito, despojados de matéria de fato, permitindo levar ao STF e ao STJ a aferição tão somente de questões constitucionais e de direito federal comum, nesta ordem.³³²

O art. 543-B, do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.418/06, trata da análise da repercussão geral quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia.

Por sua vez, o art. 543-C, do Código de Processo Civil, foi introduzido pela Lei nº 11.672/08, dispondo sobre a análise de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

Nestas hipóteses, cabe ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e remeter ao Supremo Tribunal Federal ou ao

³³⁰ Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

³³¹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

³³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 356-357.

Superior Tribunal de Justiça, restando os demais recursos sobrestados até pronunciamento definitivo dos tribunais superiores.

No caso dos Recursos Extraordinários, negada a repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. Reconhecida a repercussão geral, há o julgamento do mérito do recurso pela Corte Suprema, sendo que os tribunais estão vinculados à decisão ali proferida, visto a interpretação do § 4º, do art. 543-B³³³, do diploma processualista civil, que lhe permite cassar ou reformar liminarmente o acórdão que contrarie a orientação firmada.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni:

[...] o § 4º do art. 543-B [...] somente pode ser compreendido como norma que prescreve reação contra algo que o tribunal de origem está proibido fazer. Ou seja, embora o tribunal de origem deva se retratar ou declarar o recurso prejudicado, a sua insubordinação dá ao Supremo Tribunal Federal o poder de, liminarmente, cassar ou reformar o acórdão recorrido.³³⁴

Por outro lado, no caso dos recursos especiais repetitivos sobrestados, dispõe o § 7º do art. 543-C³³⁵ que os mesmos deverão ter o seguimento denegado na hipótese do acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (inciso I), ou, se divergentes, deverão ser novamente examinados pelo tribunal de origem (inciso II).

Ocorre que o parágrafo seguinte³³⁶ prevê a possibilidade do tribunal de origem manter a decisão divergente e realizar o exame de admissibilidade para remessa ao Superior Tribunal de Justiça.

Luiz Guilherme Marinoni critica a disposição, entendendo que o art. 543-C, § 7º, inciso II, “deve ser interpretado no sentido de que o tribunal de origem, por estar vinculado ao precedente, deve se retratar”³³⁷, e continua:

³³³ § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 480.

³³⁵ § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

³³⁶ § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

Toca as raias do absurdo admitir que, depois de instituído o procedimento para a elaboração do precedente, com todos os “requisites” exigidos pela legislação processual, ainda possa o tribunal de origem divergir do Superior Tribunal de Justiça. Na realidade, o preceito do § 8º afigura-se bastante curioso ao desconsiderar, no próprio desnecessário procedimento criado para dar eficácia obrigatória aos precedentes elaborados para as causas repetitivas, a flagrante autoridade vinculante dos precedentes da Corte constitucionalmente incumbida de dar unidade ao direito federal.³³⁸

Conclui Leonardo José Carneiro da Cunha que “com essas técnicas de processamento e julgamento, os casos repetitivos são resolvidos com agilidade, conferindo-se um tratamento uniforme a todas as causas que versem sobre a mesma questão jurídica”³³⁹.

No Projeto de Novo Código de Processo Civil, os mecanismos tratados neste tópico são aperfeiçoados e padronizados, conforme leitura dos art. 1.049 e seguintes da legislação projetada.

5.3.2 Suspensão de Segurança

O art. 4º, § 8º, da Lei nº 8.437/92³⁴⁰, e o art. 15, § 5º, da Lei nº 12.016/09³⁴¹, possibilitam o presidente do Tribunal estender uma decisão em pedido de suspensão de execução de liminar ou sentença, formulado por uma pessoa jurídica

³³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 500.

³³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 500.

³³⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 262.

³⁴⁰ Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 8º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o Presidente do Tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

³⁴¹ Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição.

§ 5º As liminares cujo objeto seja idêntico poderão ser suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original.

de direito público ou pelo Ministério Público, a outras ações idênticas propostas ou futuras.

O requisito para tanto é a comprovação de risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública.

Conforme visto em tópico anterior, as situações jurídicas massificadas são principalmente visualizadas no setor público e nas suas relações com os indivíduos, gerando as ações repetitivas.

Neste sentido, esclarece Leonardo José Carneiro da Cunha:

É corriqueiro, entretanto, haver casos que caracterizam as chamadas *demandas de massas*: milhares de pessoas que litigam contra a Fazenda Pública encontram-se na mesma situação, em demandas diversas, com o mesmo objeto. Desse modo, em face de uma liminar ou de um precedente específico, seguirão na mesma trilha várias e várias pessoas, dando azo ao ajuizamento de incontáveis pedidos de suspensão para o presidente do tribunal, cujo volume de trabalho irá elevar-se consideravelmente.³⁴²

Tais dispositivos atendem às demandas de massa, uma vez que estende única decisão a todos os casos idênticos, inclusive ainda não propostos.

Anota Leonardo José Carneiro da Cunha:

Cumprindo com a finalidade do regime processual das causas repetitivas, a regra concorre para afastar a divergência jurisprudencial: ocorre, com frequência, situações em que um sujeito obtém determinado provimento de urgência, enquanto várias outras pessoas, nas mesmas condições, não logram o mesmo êxito, causando uma ofensa ao princípio da isonomia e privilegiando aquele que, por sorte ou por um detalhe específico de sua demanda, conseguiu manter vigente o provimento.

5.4 PROCEDIMENTOS INIBIDORES DE LIDES REPETITIVAS

Os procedimentos inibidores de lides repetitivas assemelham-se aos precedentes obrigatórios das tradições do *common law*, vez que atribuem força vinculante à decisão preteritamente proferida.

Contudo, há peculiaridades postas pelo sistema normativo brasileiro ao dispor em lei tal obrigatoriedade.

Neste sentido, destacam-se as súmulas impeditivas de recursos e a sentença liminar de improcedência.

³⁴² CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 251.

5.4.1 Súmula Impeditiva de Recursos

O § 1º do art. 518, do Código de Processo Civil, foi incluído pela Lei nº 11.276/06, dispondo que “o juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

As súmulas que tratam este dispositivo abarcam aquelas entendidas como meramente persuasivas e, ao impedir os recursos, a doutrina costuma debater se tal posicionamento seria inconstitucional, vez que a Constituição não atribuiu efeito vinculante a todas as súmulas.

Nesta seara, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery entendem que

O tema, portanto, não é de lei ordinária, mas de Constituição. O dispositivo faz com que, na prática, as súmulas simples do STF e as do STJ tenham toda a *eficácia vinculante*, em evidente desrespeito ao sistema constitucional notadamente ao espírito da CF 103-A.³⁴³

Por outro lado, favoravelmente às súmulas impeditivas de recurso tais como existem no sistema, Humberto Theodoro Junior se posiciona afirmando que

[...] o raciocínio dominante da reforma foi no sentido de que se admite que uma súmula vincule juízes e tribunais, impedindo-os de julgamento que a contrarie; válido é, também, impedir a parte de recorrer contra sentença proferida em consonância com o assento em jurisprudência sumulado pelos dois mais altos tribunais do país. Nos dois casos está em jogo o mesmo valor, qual seja, o prestígio da súmula do STJ e do STF pela ordem jurídica. No mais, recorre-se ainda a um argumento de economia processual [...]³⁴⁴

Verifica-se, pois, que o autor prestigia a adoção de mecanismos processuais que atribuam maior estabilidade e uniformidade jurisprudencial.

Roberto Aragão Ribeiro Rodrigues, também seguindo este entendimento, acrescenta que as súmulas impeditivas de recurso atendem aos “princípios constitucionais da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade processual”³⁴⁵.

³⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100.

³⁴⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 11-12.

³⁴⁵ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 133.

5.4.2 Sentença Liminar de Improcedência

Também decorrente das reformas do Código de Processo Civil, o art. 285-A foi introduzido pela Lei nº 11.277/06, permitindo ao magistrado proferir sentença de mérito independente de citação do réu, “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.

O dispositivo tem por objetivo justamente alcançar os casos repetitivos, conforme anota Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues:

[...] não se pode olvidar que o dispositivo busca, fundamentalmente, introduzir uma forma de combate aos processos repetitivos, bem como se coaduna ao princípio da duração razoável do processo, na medida em que acelera o julgamento de lides “idênticas”, evitando a postergação dos feitos. De fato, não se pode desconsiderar o fato de que, principalmente nos juizados especiais estaduais e federais o que se via até então era uma verdadeira “guerra de papel”, com o trâmite ininterrupto de milhares de petições iniciais, contestações e sentenças padrão sobre situações rigorosamente idênticas e muitas vezes já definidas.³⁴⁶

Neste sentido, anota Leonardo José Carneiro da Cunha:

Com efeito, nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não. [...] Enfim, nas demandas de massa, quando não se faça necessária a comprovação técnica, pericial ou testemunhal de determinado ponto alegado, a matéria a ser apreciada pelo julgador é toda de direito, restringindo-se à contestação a rebater os pontos de direito suscitados na petição inicial.³⁴⁷

Não obstante as discussões doutrinárias a respeito desta alteração, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que o juiz somente poderá julgar liminarmente a ação, nos termos do art. 285-A, Código de Processo Civil, quando o entendimento que fundamenta sua sentença estiver em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal:

³⁴⁶ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 138.

³⁴⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro. *As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio*, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 258.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. IMPROCEDÊNCIA PRIMA FACIE. ART. 285-A DO CPC. ENTENDIMENTO DO JUÍZO SENTENCIANTE. DISSIDÊNCIA RELATIVA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. APLICAÇÃO DA NOVA TÉCNICA. DESCABIMENTO. EXEGESE TELEOLÓGICA.

1. A aplicação do art. 285-A do CPC, mecanismo de celeridade e economia processual, supõe alinhamento entre o juízo sentenciante, quanto à matéria repetitiva, e o entendimento cristalizado nas instâncias superiores, sobretudo junto ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 1109398/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/08/2011)

Ocorre que tal interpretação extrapola o dispositivo comentado, deixando ainda margem para as discussões doutrinárias.

O Projeto de Novo Código de Processo Civil encampa o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, exigindo que a sentença liminar de improcedência esteja em consonância com entendimento das cortes superiores e não mais adstrito somente às sentenças proferidas pelo juiz que recebe a petição inicial:

Art. 333. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – contrariar frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo;

V – contrariar enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

5.5 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS PREVISTO NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil³⁴⁸ foi expressa ao revelar que o incidente de demandas repetitivas teve por inspiração o mecanismo alemão *Musterverfahren*, já tratado no

³⁴⁸ A Comissão de Jurista foi instituída por Ato do Presidente do Senado Federal José Sarney em 2009, tendo como membros os juristas Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Humberto Theodoro Junior, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro, José Roberto dos Santos Bedaque, José Miguel Garcia Medina, Bruno Dantas, Jansen Fialho de Almeida, Benedito Cerezo Pereira Filho, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Elpidio Donizetti Nunes.

capítulo anterior, que prestigia a um só tempo a razoável duração do processo, segurança jurídica e isonomia.

O incidente utiliza a técnica de instauração de incidente coletivo, o qual é assim caracterizado por Leonardo José Carneiro da Cunha:

Ao lado dessa técnica [causa piloto], há que prevê a instauração de um incidente coletivo, determinando que as causas repetitivas fiquem, todas, sobrestadas, até a solução do incidente. Diante da existência de várias causas repetitivas, instaura-se um incidente coletivo, no qual a cognição judicial é limitada às questões comuns a todos os casos similares, vindo o resultado a vincular todos os casos que ficaram sobrestados.³⁴⁹

Quanto à celeridade, afirma a comissão

[...] que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= período em que nada acontece no processo).³⁵⁰

No que se refere à isonomia e à segurança jurídica, a comissão de jurista afirma que “posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham submeter-se a regras de condutas diferentes”³⁵¹, o que causa um fragmentação no sistema, gerando intranquilidade e perplexidade na sociedade:

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asoerboamento de trabalho do Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional

³⁴⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009. p. 244.

³⁵⁰ Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em 13 de julho de 2014.

³⁵¹ Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em 13 de julho de 2014.

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos [...]³⁵².

O instrumento projetado, diferente dos previstos no art. 543-B e art. 543-C, do atual Código de Processo Civil, atribui a competência para o julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas aos Tribunais Estaduais e Regionais, inclusive.

O cerne do instrumento é identificar as ações repetitivas e transferir o julgamento para o Tribunal imediatamente superior, o qual se incumbirá de julgar a questão de direito comum, cabendo aos juízes e tribunais inferiores e nos limites territoriais seguir a decisão ali proferida. Conforme a própria denominação revela, trata-se de um incidente a ser instaurado no curso de um processo.

Inicialmente, a comissão deixou claro o caráter eminentemente preventivo do incidente, ao dispor no art. 930 que bastava o “potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica”.

Todavia, a redação do atual Projeto dispõe, no art. 988, que será admissível o incidente quando “houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”. O caráter preventivo ainda permanece, contudo em grau menor que a redação original.

É no texto do art. 988 que se encontra delineado o pressuposto para admissibilidade do incidente, isto é, “estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

A legitimidade para a instauração é ampla, uma vez que pode ser feita de ofício pelo relator ou órgão colegiado, ou por petição nos casos das partes, Ministério Público, Defensoria Pública, pessoas jurídicas de direito público e associações civis (art. 930, § 1º, do projeto original e art. 988, § 3º, do projeto atual). Em ambos os casos, o pedido é dirigido ao presidente do tribunal.

Após a distribuição do incidente e superada a análise de admissibilidade, o relator suspenderá as demais ações que tramitem em primeiro e segundo grau, sejam elas individuais ou coletivas, que estejam sob sua jurisdição territorial (art.

³⁵² Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em 13 de julho de 2014.

990, § 1º, inciso I³⁵³), devendo ser comunicada a decisão aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária (art. 990, § 2º). Suspensos também ficam os prazos prescricionais das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito (art. 990, § 5º).

Poderá o relator, ainda, requisitar informações ao órgão ou juízo que tramitou processo no qual se discute o incidente (art. 990, § 2º, inciso II).

O Ministério Público, quando não atuar como parte, obrigatoriamente intervirá como *custo legis*, bem como assumirá a titularidade nos casos de desistência ou abandono (art. 988, § 6º).

É garantida neste procedimento a manifestação, além das partes e do *Parquet* em sua função *custo legis*, de outras pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, os quais poderão requerer juntada de documentos e diligências para elucidação da questão de direito controvertida (art. 992). Ademais, também é previsto, de forma facultativa, audiência pública para ouvir quem tenha experiência e conhecimento na matéria (art. 992, parágrafo único).

O art. 994, § 3º, do projeto, dispõe expressamente sobre a necessidade da decisão abranger a análise de todos os fundamentos suscitados referentes à tese jurídica.

A tese jurídica exposta no acórdão do tribunal deverá ser aplicada a todos os processos individuais e coletivos, contemporâneos e futuros, que versarem sobre a mesma questão de direito, respeitando a área de jurisdição do respectivo tribunal (art. 995 e § 1º).

Em face do desrespeito à tese jurídica caberá reclamação perante o tribunal competente (art. 1.000, inciso IV e § 1º).

Por outro lado, ação proposta contrariando a tese jurídica formada no incidente de demandas repetitivas poderá ser liminarmente julgar improcedente, nos termos do art. 333, incisos II e III.

Tendo em vista ainda os princípios segurança jurídica e isonomia, o projeto facilita a subida dos recursos ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal para a análise das matérias pertinentes, tendo em vista que decisão

³⁵³ A partir deste parágrafo, somente fará referência ao projeto atual (apresentado pela Câmara dos Deputados, em novembro de 2013) e não mais ao original com redação do Senado Federal, salvo quando necessário para esclarecimentos e mudanças de posicionamento do original para o atual.

proferida por um desses tribunais tem abrangência nacional. Isto, por óbvio, proporciona maior poder uniformizador ao instituto em estudo.

Assim, o juízo de admissibilidade é dispensado no juízo *a quo*, sendo sua análise feita somente no tribunal superior (art. 999).

Já a repercussão geral exigida na hipótese de interposição do recurso extraordinário é presumida nos casos que envolvam o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme preceitua o art. 998.

CONCLUSÃO

As ações coletivas e o processo civil coletivo se desenvolveram com o objetivo de se tornarem instrumentos para o efetivo acesso à justiça no que tange aos direitos coletivos *lato sensu*. Nesta seara, o Código de Defesa do Consumidor permitiu que lesões sofridas individualmente, quando decorrentes de origem comum, pudessem ser tratadas em ações coletivas ao dispor e definir no art. 81, parágrafo único, inciso III, os direitos individuais homogêneos.

Porém, as ações coletivas para a defesa desses direitos não tiveram o alcance almejado pelo legislador, por uma série de fatores: a) fatores legais verificados quando o Poder Executivo e o Poder Legislativo editam normas com objetivo de restringir o objeto das ações coletivas; b) fatores sociais relacionados à preferência dos indivíduos proporem ações individuais somado com a ausência de associações aptas para litigarem judicialmente; e c) fatores judiciais quando o Poder Judiciário limita equivocadamente a legitimidade ativa do Ministério Público e da Defensoria Pública para as ações coletivas.

A consequência dessa subutilização dos meios coletivos próprios é o surgimento de número considerável de demandas idênticas propostas individualmente por cada um dos lesionados, ocasionando dois problemas principais: abarrotamento das vias judiciárias e decisões divergentes.

O ordenamento jurídico, então, criou e adaptou instrumentos para que essas ações idênticas (denominadas de ações repetitivas ou seriadas) fossem solucionadas coletivamente desde a primeira instância, com o julgamento liminar pelo juiz singular, até os Tribunais Superiores.

Esses instrumentos são voltados para a tutela dos direitos transindividuais, visando efetivo acesso à justiça, uma vez que as ações repetitivas veiculam e defendem direitos coletivos, além do próprio direito individual do autor da demanda.

Para se chegar a essa conclusão, foi imprescindível aprofundar na definição de direitos coletivos *lato sensu* e suas espécies, em especial, do direito individual homogêneos, no qual se encontra a divergência quanto sua natureza coletiva.

Majoritariamente, a doutrina entende que referidos direitos são direitos subjetivos individuais tratados coletivamente ou, ainda, os denominam de “acidentalmente coletivos”, retirando seu caráter coletivo.

No entanto, entendê-los como direitos simplesmente individuais parece equivocados, pois (a) parte de uma perspectiva arraigada à definição privatística de relação jurídica material e (b) desconsidera a natureza incindível da decisão jurídica afeta a esses direitos.

Nesta seara, a concepção de relação jurídica material normativista, nos termos propostos por Luiz Fernando Bellinetti, se mostra mais adequada para a análise dos direitos transindividuais, pois acentua o dever de preservação dos direitos coletivos *lato sensu*, que é justamente o anseio maior da tutela jurisdicional coletiva.

Também permite explicar a natureza incindível da decisão que trata do direito individual homogêneo, evidenciando dois momentos na análise de uma ação para a defesa de direito individual homogêneo:

1º) A indivisibilidade situa neste primeiro momento, quando o Juízo decide se houve ou não a violação da norma e, conseqüentemente, a responsabilidade pelos eventuais danos causados em decorrência da conduta violadora, ou, ainda, qual interpretação deve ser dada ao dispositivo questionado. Esta decisão tem caráter único e a todos beneficia ou prejudica de forma incindível, porquanto trata do mesmo fato ou matéria de direito.

2º) Somente em uma posterior etapa o Juízo analisará se o demandante tem realmente direito ao afirmado em petição inicial. Será aferido o nexos causal entre o dano sofrido e a conduta violadora da norma por parte do demandado, bem como a fixação do *quantum* indenizatório, sendo este relacionado ao dano que sofrera.

Essa peculiaridade das ações repetitivas de compartilharem ponto(s) comum(s) sobre a qual deve recair decisão única é o que possibilita o desenvolvimento de instrumentos ou mecanismos próprios para seu tratamento. São soluções coletivas que o ordenamento jurídico dispensa às ações individualmente propostas.

No direito comparado, há exemplos de meios jurisdicionais para o tratamento dessa espécie de ação, sendo neste trabalho apresentados as *class actions for damages*, a ordem de litígio em grupo (*Group Order Litigations*) e o procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*).

A legislação brasileira teve inspiração direta norte-americana e alemã, com as *class actions for damages* para a criação das ações coletivas e com o *Musterverfahren* para o projetado incidente de resolução de demandas repetitivas.

Já a ordem de litígio em grupo não foi apontada como fonte de inspiração para os instrumentos jurisdicionais brasileiros. Todavia, nesse tipo de procedimento inglês se evidencia a necessidade de flexibilização dos procedimentos que envolvem direitos transindividuais, pois é esta flexibilização que poderá conduzir para a efetividade do processo. Esta constatação também é feita pela doutrina especializada brasileira quando do estudo do processo coletivo.

Ainda nesta seara do direito comparado, ressalta-se a força atribuída aos precedentes, o que pode ser verificada principalmente com a criação das súmulas vinculantes e as impeditivas de recurso, cujas raízes estão na tradição *common law* em que os precedentes judiciais podem ser dotados de força vinculante.

Neste âmbito de importação da doutrina dos precedentes, a doutrina especializada tem apontados problemas que necessitam de maiores aprofundamentos. Isso porque, naquela tradição *common law* há mecanismos de controle para que os precedentes não engessem o ordenamento, seja por meio do *distinguishing* e *overruling*. Existe ainda toda uma cultura jurídica pautada na análise dos casos concretos que deram origem ao precedente. No Brasil, entretanto, as súmulas são editadas como enunciados normativos simplificados, assemelhando-se muito à própria lei (norma geral e abstrata) e como elas aplicadas.

A partir do estudo do direito comparado é possível verificar que o legislador brasileiro adequou alguns instrumentos do direito estrangeiro, assim como criou outros, para o processamento das ações repetitivas, alguns mais afeitos a estas causas e outros menos. Neste trabalho, destacou-se:

a) uniformizam a jurisprudência: incidente de uniformização de jurisprudência, pedido de uniformização de interpretação dos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública, afetação de julgamento a órgão indicado pelo regimento interno, e as súmulas vinculantes;

b) julgam a partir de amostragem: julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos, e suspensão de segurança; e

c) inibem lides repetitivas: súmulas impeditivas de recurso, e sentença liminar de improcedência.

A legislação projetada também aponta para o tratamento coletivo das ações repetitivas, pois há disposição no Projeto de Código de Processo Civil de seção própria criando o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Esses instrumentos processuais solucionam coletivamente as lides postas em ações repetitivas, buscando conferir isonomia aos jurisdicionados ao reduzir disparidades entre os julgados que ocasionam a insegurança jurídica.

Ao mesmo tempo, combatem a ineficiência do sistema aproveitada pelos agentes violadores de normas de interesse coletivo, que, via de regra, têm estrutura suficiente para ser demandado judicialmente (litigantes habituais), pois as sanções que lhe são aplicadas em âmbito de resolução de conflito atomizado não chegam a lhes trazer grandes consequências.

Tais instrumentos revelam-se de suma importância para efetivar o acesso à justiça dos direitos transindividuais veiculados em ações repetitivas, no entanto carecem de melhores investigações sob a perspectiva da tutela jurisdicional coletiva. Um estudo próprio a partir da perspectiva da tutela jurisdicional coletiva e da devida compreensão do direito material permitirá concluir se cada um dos meios processuais apontados efetivam o acesso à justiça, são eficientes e observam os princípios processuais fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. “Act on the Initiation of Model Case Proceedings in respect of Investors in the Capital Markets”, de 10.02.2011. Bundesministeriums der Justiz. (Ministério Federal da Justiça Alemão). Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/brazilian-class-actions/1064-kapitalanleger-musterverfahrensgesetz-kapmug-english-version>> Acesso em: 11 de agosto de 2014.

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

AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *Revista de Processo*, n. 186, ano 35, São Paulo, agosto-2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Tutela jurisdicional Satisfativa. *Revista de Processo*, n° 81. São Paulo, 1999.

_____. Ações Coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, n° 98. São Paulo, 2000.

_____. *Sentença Civil – Perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Direito e Processo. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Definição de Interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *Estudos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e fast-track recursal. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n 171, p. 9-23, maio 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/>> Acesso em: 18 fev. 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Leituras complementares de Processo Civil*. 6. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002 (reimpressão).

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: Juizados Especiais cíveis e Ação Civil Pública – Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ANTEPROJETO / COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. BRASÍLIA: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em 13 de julho de 2014.

COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 92, out./dez., 1998. p. 71-72.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo* ano 20, vol. 77, 1995,

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In ROSSI, Fernando *et al.* (Coords.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhe seja próprio, *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, v. 25, n. 2, Pouso Alegre, jul-dez. 2009.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Processo Civil – Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodvm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FUX, Luiz. *O novo processo civil brasileiro – direito em expectativa*. Ed. Forense, 2011.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: A codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: RT, 2011.

_____; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Vol. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____ (Coord.). *O Processo em Evolução*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos, *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, jan-mar. 2000.

_____. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coordenadora). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad Ltda, 1984.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUSSABA, Jaqueline Yoko; BELLINETTI, Luiz Fernando. Necessidade de sistematização do processo coletivo: breve análise comparativa da legitimidade ativa nas ações coletivas nas propostas legislativas sobre o tema. In: *Processo e jurisdição* [Recurso eletrônico on-line] organização: CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Celso Hiroshi Icochama, Jânia Maria Lopes Saldanha. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7c250678f61f4909>

_____. A defesa dos direitos difusos e a Lei do Mandado de Segurança nº 12.016/2009. In: *Caderno de resumos: IX Encontro Científico Brasileiro de Direito Constitucional e Cidadania / Organizado por Zulmar Fachin...[et al.]*. – Londrina: IDCC, 2012 (v. 4). p. 205-209.

LEAL, Marcio Flávio Mafrá. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*, vol. 1.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das Ações Coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010,

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Temas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, 3ª série.

MORIN, Edgar. *Cultura de massas no século XX*. Vol. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade litigiosa. *Revista de Processo*, n. 184, São Paulo, jun.2010.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações repetitivas – O novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba: Juruá, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais do *civil law* e do *common law*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 110, 2003.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo – A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código de Processo Coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 32, n. 127, p. 83-96, jul.-set. 1995.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 290 FOLHAS. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>> Acesso em 06 de agosto 2014.