

**UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
FACULDADE DE DIREITO “LAUDO DE CAMARGO”
MESTRADO EM DIREITO**

JOÃO PAULO JUCATELLI

**O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO COLETIVO FRENTE À
PRIORIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS AGLUTINADORES DAS
DEMANDAS REPETITIVAS**

RIBEIRÃO PRETO

2017

JOÃO PAULO JUCATELLI

**O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO COLETIVO FRENTE À
PRIORIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS AGLUTINADORES DAS
DEMANDAS REPETITIVAS**

Dissertação apresentada à Universidade de Ribeirão Preto UNAERP, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de Concentração em Direitos Coletivos Cidadania. Linha de pesquisa em Proteção e Tutela dos Direitos Coletivos

Orientador: Prof^a. Dr^a. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini.

RIBEIRÃO PRETO

2017

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

- Universidade de Ribeirão Preto -

J91m Jucatelli, João Paulo, 1982-
O esvaziamento do processo coletivo frente à priorização de instrumentos aglutinadores das demandas repetitivas / João Paulo Jucatelli. - - Ribeirão Preto, 2017.
203 f.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini.

Dissertação (mestrado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direitos Coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2017.

1. Judicialização. 2. Processo Coletivo. 3. Ações Repetitivas.
I. Título.

CDD 340

**O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO COLETIVO FRENTE À
PRIORIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS AGLUTINADORES DAS
DEMANDAS REPETITIVAS**

Dissertação de mestrado apresentada à
Universidade de Ribeirão Preto –
UNAERP, como requisito para obtenção
do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Data da defesa: 24 de março de 2017.

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Prof^ª. Dr^ª. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini.
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

Ribeirão Preto – SP

2017

À minha esposa, Vanessa, e ao meu filho, Enzo, que por uma vez mais, foram complacentes com minhas ausências e ternamente cediam dia após dia a motivação necessária para a conclusão deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, acima de tudo, por permitir e me dar condições de somar mais este sucesso em minha vida profissional. Aos docentes representados na figura da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP que idealizou e concretizou com sobejado esmero, um curso de primeira grandeza que em muito cooperou para o meu crescimento profissional. À Dra. Flávia de Almeida Montingelli Zanferdini, por seus valerosos préstimos e inestimável conhecimento que gentilmente compartilhou comigo na qualidade de orientadora, sem os quais esta pesquisa não teria se concretizado. À minha esposa Vanessa que durante todo o processo de pesquisa e confecção deste trabalho esteve ao meu lado colaborando com seus conhecimentos técnicos metodológicos. A todos meu mais profundo e sincero agradecimento.

A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo.
(Albert Einstein).

RESUMO

Objetiva o presente trabalho uma análise acerca do exagerado volume de ações judicializadas nas últimas décadas que nada mais são do que a reprodução exponencial de contendas versando sobre uma mesma tese jurídica, trata-se das denominadas ações repetitivas ou ações de massa. A litigância de massa abarrotou os Tribunais e compromete sua eficiência. Dentre as diversas possíveis causas desta situação do Judiciário destacam-se as relações de consumo modernas e o fenômeno da judicialização, fatores estes decorrentes das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas, lançando como desafio ao Poder Legislativo a criação e implementação de instrumentos capazes de aparelhar o Judiciário para o adequado enfrentamento desta nova ordem de conflitos. Estes fenômenos responsáveis por esta nova configuração judicial não são exclusividade do Judiciário brasileiro, mas também manifestos em diversas outras sociedades que terminam por produzir consequências parecidas às denunciadas em solo nacional, de modo que, também revela-se um desafio ao parlamento destas nações visando a adequação de seus sistemas Judiciários para enfrenta-la satisfatoriamente, sendo exemplo de instrumentos processuais criados para esse fundamento a *Musterverfahren* no direito alemão, o *group litigation order* do direito Inglês e as *class action* Norte-americanas. São medidas criativas, viáveis e de algum proveito, a título de referencial, à finalidade almejada de aprimoramento da normatização nacional. Contudo, sofre o direito pátrio com um apego excessivo e inadequado à concepção ultrapassada do individualismo processual, negando ao processo coletivo espaço necessário haja vista a priorização da norma brasileira pelos instrumentos coletivizadores individuais. É preciso assegurar tratamento específico para as demandas repetitivas a partir do processo essencialmente coletivo, de forma a garantir eficiência, celeridade e isonomia aos litigantes.

Palavras-chave: Judicialização. Ações repetitivas. Processo coletivo. Instrumentos coletivizadores.

ABSTRACT

The objective of this work is an analysis of the exaggerated volume of lawsuits over the last decades that are nothing more than the exponential reproduction of disputes on the same juridical thesis, these are the so-called repetitive actions or mass actions. Mass litigation overwhelms the Courts and compromises their efficiency. Among the various possible causes of this situation of the Judiciary are the modern consumer relations and the phenomenon of judicialization, these factors arising from the social changes that occurred in the last decades, launching as a challenge to the Legislative Branch the creation and implementation of instruments capable of preparing the Judiciary for the adequate confrontation of this new order of conflicts. These phenomena responsible for this new judicial configuration are not exclusive to the Brazilian Judiciary, but also manifested in several other societies that end up producing similar consequences to those denounced on national soil, so that it also proves to be a challenge to the parliament of these nations aiming at Adequacy of their judicial systems to face it satisfactorily, examples of procedural instruments created for this purpose are Musterverfahren in German law, the group litigation order of English law and the North American class action. They are creative, viable measures and of some benefit, as a reference, to the desired goal of improvement of the national standardization. However, it suffers from the right of the country with an excessive and inadequate attachment to the outdated conception of procedural individualism, denying the collective process necessary space, given the prioritization of the Brazilian norm by individual collectivizing instruments. It is necessary to ensure specific treatment for the repetitive demands from the essentially collective process, in order to guarantee efficiency, speed and isonomy to the litigants.

Keywords: Consumption. Judicialization. Repetitive actions. Collective process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS ENTRE O SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI.....	13
1.1 O FATOR CONSUMO E A JUDICIALIZAÇÃO SOCIAL	13
1.2 O CONSUMO COMO ELEMENTO MODIFICADOR DOS PARADIGMAS COMPORTAMENTAIS DA SOCIEDADE.	14
1.2.1 Consumo Ideológico	18
1.2.2 Consumo Como Processo Cultural.	20
1.2.3 O Consumo Para Zygmunt Bauman Através da Distinção entre Sociedade de Produtores e Sociedade de Consumidores.	27
1.2.4 O Capital como Objeto de Consumo.....	29
1.3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS. .	32
1.3.1 Controle de Constitucionalidade e suas Espécies Normativas.	37
1.3.2 Políticas Públicas e o Poder Judiciário.....	42
1.3.3 Suprimento da Omissão dos Demais Poderes.	47
2 O JUDICIÁRIO BRASILEIRO DIANTE DOS ELEVADOS NÚMEROS DE PROCESSOS ATIVOS E AS AÇÕES REPETITIVAS: INSTRUMENTOS LEGAIS DE RESOLUÇÃO DAS AÇÕES DE MASSA.....	56
2.1 A MINIRREFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1994.....	57
2.1.1 Ampliação dos Poderes Decisórios do Relator.	58
2.1.1.1 Os precedentes paradigmas aplicáveis ao instituto.	63
2.1.2 Súmula Impeditiva de Recurso.	67
2.1.2.1 Alterações introduzidas pelo novo código de processo civil.	72
2.1.3 Julgamento Prévio da Improcedência do Pedido	73
2.1.3.1 A abordagem do instituto pelo novo código de processo civil.....	77
2.1.4 Da Repercussão Geral e do Julgamento por Amostragem	78
2.1.4.1 A repercussão geral.	78
2.1.4.2 Julgamento por amostragem.....	81
2.1.4.3 Os institutos no novo código de processo civil	84
2.1.5 Súmula Vinculante.	87
2.1.5.1 Requisitos legais para edição da súmula vinculante.	89
3 A ABORDAGEM LEGAL ÀS AÇÕES REPETITIVAS NO DIREITO COMPARADO.....	94
3.1 A ABORDAGEM ALEMÃ AS AÇÕES DE MASSA.....	94
3.1.1 A Criação do Chamado Procedimento-Modelo.	96
3.1.2 As Fases do Procedimento-Modelo Alemão.....	97
3.1.2.1 Fase inaugural: o pedido de coletivização.....	97
3.1.2.2 Publicidade a instauração do procedimento-modelo.....	98
3.1.2.3 Decisão do juízo de origem e a vinculação do tribunal hierarquicamente superior ..	99
3.1.2.4 Tramitação do procedimento-modelo após instaurado: designação de representante das partes processuais. Suspensão dos processos pendentes.....	100
3.1.2.5 Intervenção de interessados.....	100
3.1.2.6 Efeitos e eficácia do procedimento-modelo.	101
3.1.2.7 Recursos no procedimento-modelo.	103
3.1.3 A Inspiração Brasileira no Instituto Alemão.....	104
3.2 ABORDAGEM DO DIREITO INGLÊS ÀS AÇÕES DE MASSA	108
3.2.1 A Inglaterra como Berço das Demandas Coletivas.....	108
3.2.2 <i>Rules of civil procedure</i> – o código de processo civil inglês	110

3.2.3	Group Litigation Order – GLO	111
3.2.3.1	Juízo-administrador.....	113
3.2.3.2	A figura do advogado-líder	114
3.2.4	A Possibilidade de Ações-Testes dentro da <i>Group Litigation Order</i>	114
3.2.5	A coisa julgada e sua eficácia no <i>group litigation order</i>	115
3.2.6	Coexistência entre a <i>Group Litigation Order</i> e as Lides Individuais.....	115
3.3	ABORDAGEM DO DIREITO NORTE-AMERICANO AS AÇÕES DE MASSA	116
3.3.1	Precedentes Históricos do Sistema Norte-Americano.....	116
3.3.2	Modalidades da <i>Class Action</i>	119
3.3.3	A Estrutura Normativa das <i>Class Action</i>	120
3.3.4	Requisitos de Admissibilidade das <i>Class Action</i>	121
3.3.4.1	Representatividade adequada e coisa julgada	122
3.3.4.2	Publicidade.....	125
3.3.4.3	Certificação	128
3.3.5	<i>Class Action For Damages</i>	131
4	A ABORDAGEM COLETIVA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	135
4.1	OS PRIMEIROS PASSOS DO DIREITO COLETIVO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	136
4.2	DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE INTERESSES REGULAMENTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	139
4.2.1	Interesses difusos	142
4.2.2	Interesse coletivo stricto sensu	145
4.2.3	Interesses Individuais Homogêneos	146
4.3	A PROPOSTA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO.	150
4.3.1	A Litispendência do Processo Coletivo	152
4.3.2	A Competência para as Ações Coletivas.....	153
4.3.3	Preclusão Temporal para Modificação do Pedido Inaugural e da Causa de Pedir ..	155
4.3.4	Coisa Julgada	155
4.3.5	Reposição da Demanda Diante de Novos Elementos Probatórios.....	157
4.3.6	Ampliação do Rol dos Legitimados Ativos	158
4.4	MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.	158
4.4.1	Legitimados ativos	159
4.4.1.1	Partidos políticos.....	159
4.4.1.2	Organização sindical, entidade de classe e associações	160
4.5	OS ENTRAVES LEGAIS IMPINGIDOS CONTRA O SISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS BRASILEIROS	163
4.5.1	Legislações Proibitivas às Ações Coletivas: Legislação Eleitoral, Tributos, Contribuições Previdenciárias e FGTS	163
4.5.2	A Coisa Julgada no Processo Coletivo.....	169
4.5.3	Limitação Territorial da Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas.....	176
4.5.4	O Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva.....	179
4.6	O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO COLETIVO FRENTE À PRIORIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS AGLUTINADORES DAS DEMANDAS REPETITIVAS	180
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	182
	REFERÊNCIAS	190

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como foco analisar o atual sistema processual brasileiro frente às demandas plurais ou repetitivas que tem sido a causa, ou pelo menos uma delas, da atual situação do Poder Judiciário de sobrecarga de processos ativos, a partir do atual estágio legal em que se encontra a legislação processual, inclusive com a recém inaugurada ordem processual civil, por meio da Lei 13.105 de 16, de Março de 2015, – Novo Código de Processo Civil -, que passou a vigor no mês de março próximo passado, a teor de seu artigo 1.045, assim como legislações esparsas que criaram e/ou alteraram/aperfeiçoaram institutos que objetam esta temática.

A fim de cumprir a proposta do trabalho, adotou-se a pesquisa teórica, baseada na coleta e revisão de textos de leis, artigos, obras jurídicas e demais materiais bibliográficos relacionados à temática apresentada. Desta forma, procedeu-se a catalogação doutrinária dos institutos jurídicos, teorias, conceitos e ideias sobre o tema. Em seguida, foi realizado o estudo comparativo e análise crítica, com fins ao direcionamento dos argumentos que pretendeu defender, pelo método teórico dedutivo bibliográfico. Tal método demandou a utilização de legislação, doutrina, jurisprudência, internet e outros recursos pertinentes.

A partir desta metodologia, foi traçado, ainda que em linhas gerais, um panorama descritivo da sociedade brasileira do século passado no que tange às suas condições socioeconômicas e das relações interpessoais firmadas entre os indivíduos dentro deste contexto, e de cujos desacetos advinham às demandas judiciais. Da mesma forma, a partir das vicissitudes da sociedade brasileira nas décadas posteriores até os dias atuais, foi traçado um paralelo entre as condições socioeconômicas de um e de outros períodos históricos para, com isto, identificar a ocorrência ou não de alterações comportamentais no que diz respeito às relações interpessoais dos sujeitos dentro do atual contexto, notadamente aquelas com alguma forma de expressão econômica.

Passo adiante, a partir da constatação de mudanças comportamentais dos indivíduos em suas relações socioeconômicas no evoluir dos anos, foi investigado se tais mudanças, de alguma forma, puderam influenciar também nas relações judiciais delas resultantes, e em caso positivo, a existência de um liame lógico entre uma e outra, permitindo concluir por relações de consequência ou não.

As mudanças nas relações judiciais são aquelas que diz respeito, especialmente, à espécie das ações, a quantidade, a qualidade, a configuração das relações litigiosas, enfim, a nova formatação das relações judicializadas afloradas das relações sociais quem têm tramitado no Judiciário brasileiro.

Mais adiante, após as devidas constatações e contextualizações necessárias para a abordagem do tema focado neste trabalho, espera como consequência de um encadeamento lógico dos fatores acima relacionados, concluir pela existência ou não de uma crise enfrentada atualmente pelo Poder Judiciário atinente a um acúmulo excessivo e indevido de ações judiciais aguardando conclusão. E mais: se há fatores passíveis de identificação que conduzem a esta situação crítica ou para com ela ao menos colaboram, neste particular, atribuindo especial destaque a temática das ações repetitivas.

Pontuadas estas questões iniciais o trabalho seguiu curso no sentido de se investigar se esta problemática tem despertado debates dos poderes públicos, no sentido de se fomentarem propostas de solução que visem extirpar o elemento que emperra o salutar desempenho da função institucional do Poder Judiciário ou, ao menos, que arrefeça a situação bastante inflamada. Também se tais propostas, efetivamente, convertem-se em ações concretas de combate a esta indesejada situação, e em caso positivo, proceder a uma análise em traços gerais senão de todos os institutos, ao menos daqueles de maior relevância na seara processual.

Neste ponto um enfoque maior foi dado à adequação destas propostas ao problema enfrentado, notadamente no que se refere à natureza coletiva do problema, que demanda, conseqüentemente, solução de cunho igualmente coletiva, transpassando inevitavelmente pela temática dos processos coletivos.

Também afigurou pretensão deste trabalho uma análise da questão aqui em foco em âmbito de alguns Estados estrangeiros, com a clara e única intenção de investigar a ocorrência desta situação de anormalidade também nestas localidades, de modo a aquilatar se se trata de um fenômeno exclusivamente interno ou também afeta outras ordens jurídicas.

A partir desta constatação feita em âmbito estrangeiro, foi possível realizar uma análise se também nestas localidades há uma atividade estatal voltada ao controle da situação e em caso positivo, se existem ações concretas voltadas a seu combate.

A constatação de que o problema afeta não apenas o Estado brasileiro mas também outros estrangeiros, permite um exercício de raciocínio lógico, segundo o qual,

a causa do problema não se restringe a algo recorrente em nossa pátria. Significa dizer, ao menos em sede hipotética, a existência de determinada causa que enseja o empecilho do acúmulo de demandas ativas e das demandas repetitivas, possui um elemento comum nestes Estados que manifestam a problemática aqui abordada, e, com isso, tornando possível traçar um paralelo entre os mecanismos processuais que há nesses países com aqueles disponíveis em nosso sistema legal.

A partir do confronto dos dados aqui elencados, procedeu-se, finalmente, a análise da postura adotada pelo sistema processual brasileiro voltado ao problema das demandas repetitivas e do acúmulo excessivo de processos, tornando possível, a partir daí, em sede conclusiva, aquilatar a adequação destas medidas adotadas no que tange a eficiência delas no combate a problemática aqui aventada, comparando-as aos instrumentos existentes na legislação estrangeira.

1 AS TRANSFORMAÇÕES SOCIOECONÔMICAS ENTRE O SÉCULO XX E INÍCIO DO SÉCULO XXI

1.1 O FATOR CONSUMO E A JUDICIALIZAÇÃO SOCIAL

Não é uma ou outra causa a que se atribui à atual situação crítica enfrentada pelo Poder Judiciário relacionado ao problema do acúmulo de ações judiciais ativas agravado, sobremaneira, pela manifestação do fenômeno das ações repetitivas¹, mas sim, inúmeras causas passíveis de serem identificadas que de certo modo possuem uma relação direta ou até mesmo indireta com a problemática.

Estas causas produzem, em primeira ordem, a característica do “múltiplo” nas relações interpessoais da sociedade civil e em segunda ordem, em razão de desarranjos nestas relações, evoluem para demandas judiciais que a espelho da formatação da relação inaugural, corporificam-se, igualmente, em números múltiplos de processos judiciais, materializando, assim, o desafio lançado ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo², a ser enfrentado neste novo milênio.

Basta mencionar o singelo exemplo dos reflexos negativos de uma medida lesiva que seja adotada por uma operadora de telefonia móvel de grande porte, tal como a TIM, OI, VIVO. Imagine que esta medida lesiva seja a cobrança injustificada na fatura de seus milhões de usuários do valor “x”. Não são necessários maiores esforços para

¹ A Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, que encabeça o movimento nacional “Não deixe o judiciário parar” criou a ação denominada de “Placar da Justiça”, através do qual promovem a instalação de painéis eletrônicos à frente dos Tribunais brasileiros trazendo informações atualizadas a cada 02 segundos de novos processos distribuídos nas Varas Judiciais do país, assim como a quantidade deste total que não deveria estar ajuizada. Até o mês de Outubro de 2015 este “contador” de processos apontava uma quantia já superior a 106.000.000, segundo informações obtida junto ao sítio eletrônico <http://www.amb.com.br/novo/?p=24715>, visitado em 28.10.2015, às 10:22 hs. Considerando que o Brasil apresenta uma população atual em torno de 205.000.000 de habitantes (fonte <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>, consultado em 28.10.2015, às 11:03 hs.), através de simples cálculo aritmético, obtém-se uma proporção superior a meio processo por habitante, índice assustadoramente alto para qualquer parâmetro que seja usado como referência.

² De certa maneira também posto o desafio ao Poder Executivo, talvez não lhe exigindo uma postura com a mesma intensidade dos demais poderes da República, mas uma conduta omissiva no sentido de modificar determinadas condutas no campo judicial, tendo em vista que, como a muito já se proclama, a Administração Pública, seja ela direta ou indireta, desfila entre as maiores litigantes do país, quase sempre provocando o Poder Judiciário ou, ainda, dando sequência a demandas processuais com intuito meramente protelatórios, o que termina por corroborar com a situação preocupante de acúmulo excessivo de demandas ativas.

perceber que esta conduta dará ensejo a milhões de situações de conflito entre a operadora e seus respectivos usuários, que por sua vez, resultará em um sem fim de demandas judiciais questionando a cobrança indevida.

O fato relevante para o presente trabalho nestas demandas jaz na similitude em relação às causas de pedir, pedidos e ao polo passivo, distinguindo meramente pelo polo ativo delas, enfim, estará provocada mais uma avalanche das ditas demandas repetitivas. Em outras palavras, estará obrigado o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, a pronunciar-se inúmeras vezes em demandas exatamente iguais, como em outros tempos fenômeno semelhante ocorreu, por exemplo, nas causas em que discute correções monetárias em planos econômicos, cobranças de taxas em financiamento de veículos e diversas outras experiências neste mesmo sentido.

Através da evocação de alguns fatores de ordem social, econômica e política, há a pretensão de identificar alterações comportamentais na configuração da sociedade civil, e em caso positivo, se estas modificações, de alguma maneira, interferem na prestação jurisdicional despendida ao jurisdicionado. Passo seguinte buscou identificar a existência de uma movimentação na esfera legislativa no sentido de criação de mecanismos processuais visando acolher esta suposta demanda advinda desta nova formatação da sociedade civil, buscando na legislação extravagante paralelos a esta empreitada, tudo isso para ao final constatar a existência de elementos suficientes que permitirão afirmar se de fato o ensejo de demandas repetitivas oriundas das relações múltiplas são uma tendência e se o caminho trilhado pelo legislador pátrio é o correto, visando adequar a atual realidade, ou se em verdade não passa esta tese de um discurso retórico com fins a justificar tão somente a ineficiência do Poder Judiciário e de seus servidores.

1.2 O CONSUMO COMO ELEMENTO MODIFICADOR DOS PARADIGMAS COMPORTAMENTAIS DA SOCIEDADE.

Indiscutivelmente, um dos principais fatores que colabora para intensificar o problema do excesso de ações ativas e das ações repetitivas, reside na conduta humana de consumir. O verbo “consumir” empregado no contexto atual não define a ação que era exercitada sob esta mesma nomenclatura a quatro ou cinco décadas passadas, pelo menos não da mesma forma, com a mesma intensidade e tendo por objeto a mesma

natureza dos produtos que se consome, assim como pelas razões que levam as pessoas a praticarem o ato de consumir.

A evolução global a passos largos da indústria tecnológica, oferecendo ao público consumidor novos produtos e novas tecnologias em períodos de espaços cada vez mais curtos implicaram, inexoravelmente, na mudança de comportamento destes sujeitos consumidores, mudanças estas que refletiram, nas formas de contratação, maneiras de publicidade e aquisição de bens e serviços, formas de pagamento, enfim, em uma nova sistemática da relação de consumo.

A influência exercida pelo consumo na sociedade é capaz de interferir, inclusive, na formatação do método de normatização dos sujeitos sociais. Neste sentido, asseverou Rodolfo Mancuso, que:

Na sociedade globalizada não a lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda viva dos grandes grupos e corporações: não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo como tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados.³

Diante desta realidade, alguns autores passam a lançar mão da expressão “massificação”⁴ das relações de consumo, o que representa com fidedignidade a imagem do consumo no mundo globalizado; o consumidor individual não deixou de existir, no entanto perdeu espaço diante da nova configuração da relação do consumo marcada pelo “múltiplo”.⁵

Pode ser atribuída a intensificação do consumo ao fenômeno mundial da industrialização, manifestado em solo pátrio a partir da década de 30, vindo na mesma

³ MANCUSO, Rodolfo. Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 90.

⁴ ROBINSON, Joan. **Liberdade e Necessidade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971. p. 61.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro, citado por Luiz Vianna, p. 22: Ainda acerca deste fenômeno da massificação, Luiz Vianna citando Mauro Cappelletti, assevera que: “a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções de massa” acarretando nas palavras de Cappelletti no “fenômeno de massificação da tutela jurídica”. Explicando esta expressão, assevera Cappelletti: “Elas [as inovações processuais] se referem preferencialmente a grupos, categorias e classes de pessoas, e não a um ou poucos indivíduos [...]. E, na verdade, cada vez mais frequentemente, a complexidade das sociedades modernas geram situações nas quais um único ato de um indivíduo pode beneficiar ou prejudicar grande número de pessoas, com a consequência, entre outras, de que o esquema tradicional do processo judiciário como ‘lide entre duas partes’ (Zweiparteienprozess) e ‘coisa das partes’ (Sache der Parteien) resulta completamente inadequado. A informação falsa divulgada por grande sociedade comercial pode, por exemplo, prejudicar amplo número de adquirentes de suas ações; a violação na norma antitruste pode causar danos a todos os concorrentes atuais ou potenciais; a inobservância do contrato coletivo de trabalho, por parte do empresário, pode causar dano a todos os seus empregados [...]”

entoada o aumento do foco dado à legislação trabalhista⁶ garantindo aos operários direitos como ao décimo terceiro pagamento, férias, estabilidade no emprego, salário mínimo, vantagens salariais, como ainda a queda do analfabetismo, urbanização do país, e em que pese tudo isso ter se dado em um processo lento e com alguns fatores inesperados como a política do Estado Novo, crises econômicas, ditadura militar, abriu os olhos dos brasileiros para horizontes antes desconhecidos.⁷

Este processo de industrialização e urbanização no Brasil pode ser identificado na linha do tempo entre as décadas de 30 e 50, período no qual ocorreram alguns dos maiores eventos históricos que marcaram o século XX, tais como a grande depressão de 1929, marcada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, a Segunda Grande Guerra, acontecimentos estes que impingiram mudanças bruscas na questão do consumo, caminhando ele *pari passu* com a realidade econômica e social do cenário mundial que se desenhava. Daí que os investimentos industriais eram concentrados na fabricação da demanda da época, ou seja, o ato de consumo era motivado por necessidades humanas reais da época, que naquele contexto histórico resumia a sobrevivência, ou seja, comer, vestir e morar, que, como consequência, houve uma expansão das indústrias têxteis, de calçados, de móveis e de alimentação.⁸

⁶ Pode ser apontada como marco do direito trabalhista a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -, advinda ao mundo jurídico por intermédio do Decreto-Lei 5.452 de 1º de Maio de 1.943, sancionado pelo então Presidente Getúlio Vargas, dentro do período histórico-político conhecido como Estado Novo. Fora precedida dois anos antes, em 1941, na mesma data, pela criação da Justiça do Trabalho, também por Getúlio Vargas. “A Consolidação unificou toda a legislação trabalhista então existente no Brasil e foi um marco por inserir, de forma definitiva, os direitos trabalhistas na legislação brasileira. Seu objetivo principal é regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. Ela surgiu como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho.” Em 1942, Getúlio Vargas e Alexandre Marcondes Filhos, Ministro do Trabalho, ventilaram a necessidade de um documento que unificasse as normas trabalhistas brasileiras. Para auxiliar na criação deste documento foram convidados os juristas José de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Luís Augusto Rego Monteiro, Dorval Lacerda Marcondes e Arnaldo Lopes Sússekind, que dentre as fontes materiais da CLT destacam-se três: “Em primeiro lugar, as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social, realizado em maio de 1941, em São Paulo, para festejar o cinquentenário da Encíclica Rerum Novarum, organizado pelo professor Cesarino Júnior e pelo advogado e professor Rui de Azevedo Sodré. A segunda foram as convenções internacionais do trabalho. A terceira, a própria Encíclica Rerum Novarum (em português, “Das Coisas Novas”), o documento pontifício escrito pelo Papa Leão XIII a 15 de Maio de 1891, como uma carta aberta a todos os bispos sobre as condições das classes trabalhadoras.”[...] “Em novembro de 1942, foi apresentado o anteprojeto da CLT, publicado posteriormente no Diário Oficial, para receber sugestões. Após estudar o projeto, Getúlio Vargas deu-o aos co-autores, nomeando-os para examinar as sugestões e redigir o projeto final, assinado em 1º de maio de 1943” (A Criação da CLT. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>. Acesso em: 10 fev. 2016).

⁷ CHIAVENATO, Júlio José. **Ética globalizante & sociedade de consumo**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 36.

⁸ Ibid., p. 36.

O que era necessidade do ser humano era mais evidente e menos complexo, possibilitando que recursos governamentais fossem canalizados para a infraestrutura, como indústrias de base recém criadas na ditadura de Vargas, mais investimentos em educação e em saúde, ou seja, era possível satisfazer as necessidades sociais dada a sua simplicidade. Cenário que passa a sofrer alterações a partir de 1955 com Juscelino Kubitschek e sua política desenvolvimentista⁹, seguidos pelo breve governo de Jânio Quadros¹⁰ e de João Goulart, interrompido por um golpe militar em 1964, que deram início no Brasil aos chamados “anos de chumbo”.¹¹

O impacto veio com o governo militar e sua pretensão de alçar o Brasil à condição de potência econômica, cometendo neste percurso alguns equívocos, como o desrespeito aos direitos humanos, aumento da dívida externa, inflação que perdurou até a adoção do plano real em 1994. Porém, mesmo com estes equívocos, o governo militar empenhou esforços em garantir aos cidadãos suas necessidades que naquele momento não se resumiam mais ao que estava ligado diretamente a subsistência. No que tange a educação, os militares facilitaram a iniciativa privada a exploração do ensino superior, através de duas reformas: uma ocorrida em 1968, voltada ao ensino superior; outra em 1971, com ênfase ao ensino médio através de um acordo entre MEC-Usaid, resultando em mais um equívoco desta era, qual seja, um desprestígio para com o ensino básico e a proliferação de instituições de ensino superior de má qualidade, enquanto as instituições públicas, berço do conhecimento nacional, eram alvo de intervenções com a perseguição de docentes, aposentadorias compulsórias, etc.¹²

No que diz respeito à habitação, os militares criaram o Sistema Financeiro da Habitação, ao qual integrava, dentre outros, o Banco Nacional de Habitação (BNH) e as Cooperativas Habitacionais (COHAB), que eram financiadas pela Caixa Econômica Federal, criando e suprimindo a demanda do cidadão brasileiro por habitação própria. Seguiu à era militar a redemocratização do país com o governo Sarney, com destaque ao desempenho da produtividade agrícola nacional com recordes em produtividade, porém, de maneira contraditória, crescia também os preços dos alimentos e a fome. Exemplo de

⁹ A ideologia que permeou este Governo expressada no *slogan* “50 anos em 05”, uma referência ao ideal desenvolvimentista idealizado por Juscelino Kubitschek, que fazia referência a um conjunto de 30 objetivos a serem alcançados em diversos setores da economia, conhecido como Plano de Metas.

¹⁰ Escolhido nas eleições de 1960, sua trajetória na Presidência foi de apenas 07 meses, já que em 25 de Agosto de 1961 renunciou ao cargo.

¹¹ CHIAVENATO, *op. cit.*, p. 36-37.

¹² *Ibid.*, p. 37.

uma conduta que levou a esta situação foi a produção de soja para a fabricação de ração animal voltada à exportação. Ocorre que os bons ventos do setor agropecuário não tinham raízes sólidas de uma política agrícola, mas deveu-se a investimentos em produtos exportáveis que possibilitavam grandes lucros aos proprietários rurais, e ao deixarem de ser atrativos cessaram os investimentos e com eles a expansão das lavouras, acarretando uma realidade diversa: após recordes consecutivos de produção de grãos, via-se o país sujeito a pesadas importações de grãos básicos à alimentação, como por exemplo o milho.¹³

Novos fatores históricos do século XX voltaram a interferir no ritmo da marcha do consumo, desta vez com a queda do muro de Berlim e o fim do socialismo soviético, surgindo no cenário mundial uma palavra mágica, qual seja, a globalização. A realidade nacional é outra; a industrialização, a partir da década de 1930, mesmo ainda ecoando em alto e bom tom os efeitos da grande depressão de 1929, decretou o fim do reinado dos “Barões do Café”, acarretando no deslocamento do centro da economia brasileira das tradicionais sociedades rurais para a economia industrial, uma passagem do rural para o urbano, um processo pouco traumatizante. Nos dias atuais, onde não há um deslocamento brusco do seio econômico como no passado, o choque é profundo e modificou o comportamento eleitoral e ético do cidadão brasileiro, isso devido ao fato de que pela primeira vez na história, o governo privilegia a classe média alta e pode atender as classes mais baixas, graças à possibilidade hoje de um “consumo de duas pontas”.¹⁴

O destino do consumo está marcado a partir da realidade sócio-econômica-histórica da sociedade, como resta claro se analisado os dois extremos da linha evolucionária acima apresentada. Se num contexto de acentuada recessão, seguido por uma Grande Guerra, o consumo circunscreve às necessidades básicas humanas, no outro extremo, a oferta de educação, casa própria, produtos industrializados, integração internacional, trazem novos elementos que motivam novas práticas e novos comportamentos consumeristas.

1.2.1 Consumo Ideológico

¹³ *Ibid.*, p. 37.

¹⁴ *Ibid.*, p. 39.

Ao focar o atual processo de globalização, não pode olvidar seu atrelamento ao quadro político e ao sistema econômico vigentes no país. Significa que não há um determinismo ou fatalismo ou, ainda, uma mera obra do acaso para que as coisas se assentem da forma como estão, ações políticas voltadas ao interesse nacional capazes de fazer frente às pressões internacionais que poderiam influenciar em uma realidade diversa no que tange ao nível de dependência do país. Um governo independente conduziria o processo de globalização de acordo com seus interesses e benefícios às causas nacionais e não sob a batuta de órgãos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional ou grandes potências econômicas.¹⁵

Mas como a realidade é a dependência, a globalização para o Brasil, através da abertura econômica, passou a receber mercadorias supérfluas ao desenvolvimento nacional, além de em muitos casos produtos obsoletos e superados nos países de origem que devido a uma série de fatores, como por exemplo mídia e propaganda, encontraram aqui mercado consumidor. Segundo o diretor do instituto KIEL para a Economia Mundial, da Alemanha, Peter Nunnenkamp, depois da globalização e da implantação do plano real, houve um aumento da diferença da renda *per capita* dos países industrializados e do Brasil. A globalização consolidou no Brasil o que se denominou de consumo ideológico, onde as classes média e média alta passam a ter necessidades reais, por exemplo, ao consumo de televisores grandes, veículos importados, bebidas importadas; é a realidade que reflete a vitoriosa expansão do consumismo global.¹⁶

Mas, segundo ainda Júlio José Chiavenato, não há nada de novo. Afirma este autor que a realidade trazida pela globalização é o que Thorstein Veblen já identificara em 1899, e que denominara de consumo conspícuo. Em seu livro, “A teoria da classe ociosa”, Veblen demonstrara como a riqueza gerava uma espécie de consumo ostentatório através da aquisição de mercadorias que serviam tão somente para mostrar a capacidade de consumo do indivíduo. Notou Veblen que o consumo conspícuo dos ricos produzia nos pobres uma replicação que, dentro de suas possibilidades, passaram a consumir objetos desnecessários, mas que lhe atribuíam uma imagem de pertencentes a classes superiores, dado ao ilusório poder de consumo. Foi também o que Marx, antes de Veblen, denominou de fetichismo da mercadoria, ou seja, cria-se uma falsa ideia de

¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

¹⁶ *Ibid.*, p. 25.

que a mercadoria poderá influenciar no destino das pessoas, quase como se fossem dotadas de vida própria.¹⁷

E esta idolatria à mercadoria satisfaz as necessidades imaginárias das classes mais baixas, lhes dão uma falsa sensação de estarem “globalizadas”, pelo simples fato de poderem consumir, ainda que sejam bugigangas ou produtos falsificados de valores muito inferiores aos originais, pois “[...] a satisfação psicológica do pobre que compra um ventilador a pilha *made in China* é equivalente a do cidadão que adquire o seu ‘primeiro’ BMW. Os dois se identificam, estão ‘globalizados psicologicamente’[...]”.¹⁸ Essas são as duas pontas do consumo.

Exemplo claro do consumo ostentatório de Veblen é aquele mencionado por Eliane Karsaklian:

Em 1977, a água mineral gasosa Perrier, engarrafada no Sul da França, foi lançada com sucesso nos Estados Unidos. O produto foi posicionado não somente como uma bebida não alcoólica, mas também como uma possibilidade “chique” de hidratar-se. Para isso, Perrier foi destinada às classes mais favorecidas da população norte-americana e seu preço foi fixado em altos níveis. Assim, Perrier recorreu ao esnobismo, anunciou em revistas de alta costura e utilizou Orson Welles como garoto-propaganda na televisão. Sem sombra de dúvida, Perrier foi um sucesso comercial nos Estados Unidos, porque se concentrou nas classes sociais elevadas.¹⁹

O consumo, então, não se dá para a satisfação de uma necessidade real, mas sim de uma necessidade artificialmente criada, qual seja, demonstrar no meio social onde inserido poder econômico de consumo, ainda que de fato não o possua.

1.2.2 Consumo Como Processo Cultural.

Já para outros autores, o consumo está relacionado a um processo cultural, “cultura do consumo”, definido como uma forma de reprodução cultural desenvolvida no ocidente durante a modernidade; numa concepção mais genérica, está associada a valores, práticas e instituições fundamentais que caracterizam a modernidade ocidental, dentre elas a opção, o individualismo e as relações de mercado. Se fosse para apontar uma única característica, seria a de que:

¹⁷ *Ibid.*, p. 25.

¹⁸ *Ibid.*, p. 25-26

¹⁹ KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 107.

[...] a cultura do consumo designa um acordo social onde a relação entre a cultura vivida e os recursos sociais, entre modos de vida significativos e os recursos materiais e simbólicos dos quais dependem, são medidos pelos mercados. A cultura do consumo define um sistema em que o consumo é dominado pelo consumo de mercadorias, e onde a reprodução cultural é geralmente compreendida como algo a ser realizado por meio do exercício do livre-arbítrio pessoal na esfera privada da vida cotidiana.²⁰

Não foi a cultura do consumo a única forma de reprodução cultural dos últimos trezentos anos e nem é o único a vigorar atualmente. Há a reprodução dos modos culturais residual e emergente, o oposicional e o excêntrico, assim como ocorre quando se leva em consideração modos de produção. Por exemplo, o fato dos novaiorquinos que criavam os animais para consumo próprio em Manhattan até o final do séc. XIX. Podemos, ainda hoje, até fazer algumas coisas que usamos, mas na qualidade de absoluta exceção. Portanto, a cultura do consumo não é a única forma pela qual ocorre o consumo e reproduz a vida cotidiana, mas por certo é o modo dominante e tem um alcance prático e um poder de fixação ideológica que lhe permite sobrepor-se a todas as outras.²¹

Também não se trata de um privilégio ocidental. Surgiu por aqui no século XVIII como elemento que o diferenciava do resto do mundo, por pretender ser moderna, progressiva, livre e racional. Mas por detrás desta imagem há uma pretensão de domínio, de uma forma universalizante destes valores ocidentais para o restante do mundo; é a tentativa de imposição da cultura do consumo – ideia ocidental –, das empresas e mercados ocidentais ao restante do mundo.²²

Parece a muitos que a cultura do consumo se materializou por completo na era pós-moderna, o que não é verdade, pois remonta, ainda, à era moderna, ao século XVIII. Isso porque, em primeiro lugar, todas as estruturas que sustentam a cultura do consumo originaram-se no início do período moderno e algumas delas, inclusive, estavam bem estabelecidas, pelo menos para algumas classes e alguns setores econômicos. Não se trata a cultura do consumo de uma consequência da industrialização, mas foi parte da própria construção do mundo moderno; e, em segundo lugar, a cultura do consumo está ligada à ideia de modernidade, experiência moderna e sujeitos sociais modernos, na medida em que o moderno se instala sob o prisma de mundo vivenciado por um agente

²⁰ SLATER, Dom. **Cultura do consumo & modernidade**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nobel, 2002. p. 17.

²¹ *Ibid.*, p. 17.

²² *Ibid.*, p. 18.

social livre e racional enquanto indivíduo: “a figura do consumidor e a experiência do consumismo são ao mesmo tempo típicas do novo mundo e a parte integrante de sua construção”.²³

Aponta Slater algumas características da cultura do consumo que lhe permitem situá-la desde a modernidade; são elas: i) cultura do consumo é cultura do consumo: no mundo moderno os elementos caracterizadores como cultura, aspirações, identidades básicas são orientadas pelo consumo e não por outros elementos sociais como trabalho, cidadania, religião, etc. É comum caracterizar dada sociedade cujos seus valores essenciais derivam, por exemplo, de uma cultura militar, cultura agrária, cultura marítima, mas que estejam fundadas em uma cultura de consumo que não é comum.²⁴

Significa isso que:

[...] ao falar da sociedade moderna como uma cultura do consumo, as pessoas não estão se referindo apenas a um determinado tipo de necessidade e objetos – a uma determinada cultura do consumo – mas a uma cultura *de* consumo. Falar dessa forma é considerar os valores dominantes de uma sociedade como valores que não só são organizadas pelas práticas de consumo, mas também, de certo modo, derivados dela. Por conseguinte, poderíamos descrever a sociedade contemporânea como materialista, como uma cultura pecuniária baseada no dinheiro, preocupada em “ter” em detrimento de “ser”[...].²⁵

De outro norte, os valores do consumo não são restritos à atividade de consumo, mas avançam sobre outros setores sociais: em primeiro lugar, em razão do próprio consumo se tornar um elemento vital à vida social na medida em que pelo consumo recria-se novas áreas da vida social por meio de mercadorias, tirando o foco de outros tradicionais como o trabalho, religião, política; e, em segundo lugar, porque os parâmetros criados pelo consumo expandem para outros setores sociais como serviços públicos e de saúde:²⁶

ii) a cultura do consumo é a cultura de uma sociedade de mercado: o consumo moderno se dá pelas relações de mercado através do consumo de mercadorias, mas mercadorias ou serviços que foram produzidos voltados a comercialização; o ser social não fabrica a própria mercadoria a ser consumida em seu cotidiano. Resulta isto que ao consumidor é oferecida uma gama de alternativas para consumir não visando melhor

²³ *Ibid.*, p. 18.

²⁴ *Ibid.*, p. 32.

²⁵ *Ibid.*, p. 32.

²⁶ *Ibid.*, p. 32.

atender as necessidades pessoais deste indivíduo, mas ao aumento dos lucros do fabricante.²⁷

Tudo isso pode ser resumido à colocação de Marx, segundo a qual a concentração dos meios de produção pela propriedade privada implica na impossibilidade do trabalhador produzir seus próprios bens de consumo, ele tem que vender sua força de trabalho em troca do salário para ter condições de adquirir tais produtos; é por isso que para Marx o operário e o consumidor nascem da mesma relação capitalista. Assim, cultura do consumo é cultura capitalista, por isso que não surge em Estados socialistas ou Estados religiosos fundamentalistas;²⁸

iii) a cultura do consumo é, em princípio, universal e impessoal: comumente associada à ideia de consumo de massa uma vez que exemplifica a generalização do consumo de mercadorias a população. Por detrás desta ideia está um conceito fundamental do consumo: fabricar grandes quantidades para a venda a um público genérico ao invés de um foco específico. Desta forma, pressupõe relações de troca impessoais e generalizáveis como a base de mediação do consumo. Resta ultrapassada a figura do “freguês habitual”, dando lugar ao consumidor anônimo e em princípio universal, conhecido através de dados de pesquisas de mercado para formulação de estratégias de *marketing*. Antecede o próprio produto as ações de *marketing*, *design*, propaganda, justamente na tentativa de se “personalizar o individual”²⁹ e assim potencializar a distribuição do produto em diversas localidades dado a sua impessoalidade.³⁰

Essa ideia de impessoalidade também agrega a conveniente ideia de envolver a todos. Se por um lado é fato que o acesso às mercadorias é limitado pelo acesso ao dinheiro, o consumo de mercadorias é tratado como atividade disseminada a toda a população; é o que se tenta criar com a falsa impressão de que todos são iguais e livres para consumirem o que quiserem quando vão ao mercado, uma vez que inexistem limitações jurídicas ou culturais. Chega o Autor a afirmar inclusive que: “[...] parece ser um direito humano fundamental consumir livremente e ter um potencial técnico de

²⁷ *Ibid.*, p. 33.

²⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁹ *Ibid.*, p. 33.

³⁰ *Ibid.*, p. 33.

consumir bem, que é dado pela modernidade: o direito e a capacidade de ser um consumidor é ideologicamente o direito inato do sujeito ocidental moderno”.³¹

E se não há um princípio restritivo de quem pode ser consumidor ou do que pode ser consumido, todas as atividades, objetos e relações sociais podem ser, em princípio, comercializadas, trocadas como mercadorias, característica, portanto, que fomenta a condição universal da cultura do consumo;

iv) a cultura do consumo identifica liberdade com a escolha privada e vida pública: a escolha do consumidor é um ato privado, primeiro no sentido positivo de que se dá no âmbito íntimo do indivíduo, família, amigos, etc, longe, portanto, da esfera da intervenção pública. Esta relação, liberdade e privacidade são essenciais ao indivíduo moderno: por exemplo, a razão, conceituada pelo iluminismo como recurso privado, alocado dentro do indivíduo que lhe viabilizava resistir à autoridade social irracional da tradição, da religião, da elite; recursos privados individuais, também colocados na esfera do indivíduo que só ele poderia conhecer e o direito de procurar satisfazer-se. Segundo, no sentido negativo desta restrição íntima, familiar, domesticidade; a finalidade do consumo nesta seara não é a de construir uma sociedade melhor, mas sim aumentar os prazeres e confortos privados. Trata-se de um sentido duplo entre liberdade e privacidade que marca a cultura do consumo.³²

E a crítica que se coloca aqui é no sentido de que, ao tornar o cidadão livre enquanto consumidor ele substitui o poder e a liberdade no trabalho ou na arena política por mero contentamento privado. E, por fim, apresenta uma certa contradição desta característica individual da cultura do consumo com a sociedade: se é privada e voltada para atender os anseios individuais, como manter a coesão social? Se as preferências são individuais, o que acontece com os valores culturais duradouros? Aparentemente marcha a cultura do consumo em sentido contrário a uma vida coletiva boa, progressista e autêntica;

v) as necessidades do consumidor são, em princípio, ilimitadas e insanáveis: esta característica em algumas culturas dão causas a algumas mazelas sociais como pecado, corrupção, decadência, e atribuem características peculiares às elites sociais, qual seja, o excesso de exibição competitiva. Este círculo que se forma de mais produção na medida em que faz aumentar mais desejos pelo consumo é visto não somente como algo

³¹ *Ibid.*, p. 33.

³² *Ibid.*, p. 33.

normal, mas também essencial ao progresso socioeconômico. Esta ideia de necessidade insanável é da sociedade moderna: modernamente há indústrias de grande porte com presença em quase todas as partes do mundo, fato que deve a fomentação dos desejos do indivíduo por uma busca sem fim por mais sofisticação, refinamento, novidades.³³

Trata-se de uma característica perceptível a “olhos nus” dentro de nossa realidade, por exemplo, os aparelhos telefônicos celulares: novas tecnologias agregadas a estes aparelhos com uma frequência frenética levam os consumidores a trocarem seus aparelhos muito antes do término da vida útil deles, tanto que hoje tornou-se artigo raro um aparelho celular que não seja do tipo *smartphone*. Oras, a tomar por parâmetro a atual década que agora inicia sua segunda metade, em seu início, ou seja, a apenas 04 ou 05 anos atrás a grande maioria dos aparelhos telefônicos que estavam nos bolsos do cidadão brasileiro não possuíam esta tecnologia.

Outro fato que ilustra com fidedignidade esta característica de insaciável e ilimitado pode ser constatada na indústria automobilística. Ainda que não seja um *expert* em automóveis, uma singela comparação ressalta o que se pretende demonstrar: ao visualizar os veículos das décadas de 80 e 90 percebe que eles atravessavam anos sem sofrerem qualquer alteração, por mínimas que fossem. Já os modelos das duas últimas décadas, em sua maioria, sofrem alterações praticamente anuais, mudanças estas quase sempre de ordem estética que sequer chegam a alterar a estrutura do veículo. São modificações, por exemplo, da coloração dos conjuntos ópticos dos veículos, acréscimo de um acessório qualquer, enfim, alterações insignificantes e pouco perceptíveis.

No entanto, cumpre destacar que a expressão “insignificante” acima empregada é destinada ao automóvel. Já para o consumidor esta “singela” alteração produz resultados substanciais na medida em que lhe despertará o desejo para trocar seu veículo do modelo anterior para o atual em razão, exatamente, desta “insignificante” alteração.

Esta mudança quase imperceptível é o suficiente, numa sociedade ditada pelo consumo, para tornar o indivíduo insatisfeito, inferiorizado, com seu veículo em razão da existência de outro atualizado, ainda que o seu possua pouco uso, apresentando ainda plenas condições de uso. Não importa a este consumidor submisso às regras sociais do consumo se o veículo que possui está em plenas condições de servi-lo à locomoção, se não está apresentando defeitos, se está em boas condições de conservação, lhe importa,

³³ *Ibid.*, p. 36.

em verdade, se a estética do veículo é a mais recente disponível no mercado de modo a espelhar para os demais indivíduos sua capacidade de consumo para possuir o veículo da última geração.

Esta insaciabilidade é também produzida pela indústria que atuando através do *marketing* incute no cidadão sentimentos de frustração, impotência e incapacidade caso não tenha, por exemplo, o aparelho celular de última geração com determinados recursos tecnológicos, ou que não tenha o veículo recém lançado cuja alteração restringiu-se a pequenos traços estéticos com relação ao modelo anterior. Este círculo vicioso é incentivado pela indústria na medida em que o aumento do consumo representa na mesma proporção o aumento dos lucros.

Daí a constatação de Bauman, que afirma: “Ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, um esforço interminável e difícil”.³⁴

vi) a cultura do consumo é um meio privilegiado para negociar a identidade e o *status* numa sociedade pós-tradicional: o antigo regime (*ancien régime*) advindo do sistema feudal na Europa (sistema social e político aristocráticos) servia como restrição a áreas determinadas do consumo como forma de se destacar posições sociais dentro de um determinado núcleo, quanto ainda para regulamentá-las e policiar-las. Por exemplo, o fato de determinadas caças apenas poderem ser consumidas por certa classe social, o uso de uniformes por membros de certas instituições, o uso de libré pelos serviços dos nobres, fatos estes que apenas foram superados com o surgimento da classe burguesa e a sociedade comercial pós feudalismo.³⁵

A substituição das tradicionais trocas de mercadorias pelos contratos – mérito da sociedade comercial-, tornou flexível a mobilidade social, antes engessada e determinada pelo nascimento do indivíduo. Assim, em uma sociedade pós-tradicional a identidade social é construída pelo indivíduo e não está mais a cargo de sua linhagem, e esta condição construída é tanto volátil quanto o é a realidade ditada por circunstâncias do produto, da imagem, do dinheiro. Segundo este autor:

Os bens sempre podem significar identidade social mas, nos processos fluídos de uma sociedade pós-tradicional, a identidade parece ser mais uma função do consumo que o contrário, que era a visão tradicional. A versão extrema disso é encontrada na ideia de pós-modernidade: a sociedade parece um baile à fantasia onde as identidades são criadas, experimentadas e usadas

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo:** a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p.79.

³⁵ *Ibid.*, p. 37.

à noite, e depois trocadas para o baile seguinte. As aparências – as imagens que construímos sobre a superfície de nosso corpo, os espaços onde vivemos, nossas maneiras e nossa voz – transformam-se numa forma determinante de conhecer e identificar a nós próprios e uns aos outros mas, aqui de novo, exatamente no momento em que esses signos se distanciam de qualquer significado ou referência fixos.³⁶

vii) A cultura do consumo representa a importância crescente da cultura no moderno exercício de poder: como visto acima, a identidade se constrói, em parte, através do que é usado ou consumido, o que torna o consumo o campo privilegiado da autonomia, da subjetividade, da liberdade. Lado outro, esses signos da identidade social e do consumo passaram a ser de vital importância para a competição econômica e a organização racional, objetos de ação estratégica das instituições dominantes. Por isso uma constante ameaça a este senso de autonomia e identidade oferecidos pelo consumo, fazendo refletir, em última análise, se o “consumo é uma esfera de manipulação ou de liberdade, se o consumidor é soberano ou súdito, ativo ou passivo, criativo ou determinado”.³⁷ Parece não haver dúvidas quanto a consumação de uma verdadeira escravidão do consumidor.

E é neste sentido, também, que assevera Alberto O. Hirschman:

Com efeito, os críticos da ortodoxia há muito tempo fizeram do suposto processo de surgimento de gostos e preferências um dos principais alvos de seus ataques ao edifício neoclássico. O conceito de “soberania do consumidor”, com suas implicações de que os consumidores adquirem seus gostos independentemente e podem fazer com os produtores se ajustem a seus desejos através do destino que dão aos seus dólares no mercado, tem sido consideravelmente ridicularizado por John Kenneth Galbraith e outros, que destacam que os gostos dos consumidores são moldados pelas decisões de produção e propaganda das grandes empresas.³⁸

Conclui, então, Slater, após apontar e discriminar estas sete características do consumo, pela possibilidade de conformá-lo a uma raiz de ordem cultural condizente com o período da modernidade.

1.2.3 O Consumo Para Zygmunt Bauman Através da Distinção entre Sociedade de Produtores e Sociedade de Consumidores.

³⁶ *Ibid.*, p. 37.

³⁷ *Ibid.*, p. 39.

³⁸ HIRSCHMAN, Albert Otto. **De consumidor a cidadão**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982. Tradução Marcelo M. Levy.

Em sua obra “Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadoria”, Bauman descreve o atual estágio da sociedade consumerista – a qual ele denomina de “sociedade de consumidores” - traçando um paralelo com o comportamento social anterior – a qual ele denomina de “sociedade de produtores”. O marco de transição entre uma e outra seria o início da década de 20 do século passado, período em que se pôde observar os primeiros sinais da configuração social hoje existente.

A sociedade anterior, aquela que Bauman chama de “sociedade de produtores” tinha por identidade a busca pela apropriação e posse de bens capazes de garantir segurança e estabilidade, com padrões baseados na reprodução desses bens a longo prazo. A ideia guia da racionalidade humana à época era a de que um grande volume de bens garantiria a seu detentor um futuro seguro; conforto, poder e respeito pessoais constantemente supridos pelo patrimônio sólido, a não sujeição de seu detentor à sorte do destino.

Diante desta proposta da “sociedade de produtores”, os bens por eles consumidos não eram, portanto, bens de consumo imediato, pelo contrário, os valores estavam diretamente ligados a sua capacidade de menor depreciação ou dispersão com o passar dos anos. Por isso, afirma o autor que a satisfação dos indivíduos da “sociedade produtora” residia na segurança a longo prazo propiciada por estes bens consumidos.

Já o modelo atual – “sociedade de consumidores” -, associa a satisfação do indivíduo não ao atendimento de necessidades, mas uma intensidade de desejos sempre em expansão, que acarreta no uso imediato e a rápida substituição dos objetos consumidos para este fim; há uma relação direta entre a insaciabilidade dos desejos pessoais com a urgência em consumir mercadorias em busca desta satisfação.

Instala-se uma espécie de relação circular onde novas necessidades exigem novas mercadorias, que exigem novas necessidades de consumi-las e, assim, sucessivamente. Trata-se, como observa Bauman, de uma espécie de “obsolescência embutida” dos bens oferecido no mercado, e como consequência um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo.

Constata que:

[...]a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo

de lucros: tende a ser preconcebida, prescrita e instilada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de hoje) e a difamação das antigas (de ontem).

Entre as maneiras com que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causaram. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado”, impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo. É pela alta taxa de desperdício, e pela decrescente distância temporal entre o brotar e o murchar do desejo, que o fetichismo da subjetividade se mantém vivo e digno de crédito, apesar da interminável série de desapontamentos que ele causa. A sociedade de consumidores é impensável sem uma florescente indústria de remoção do lixo.³⁹

O paralelo que o autor traça entre a futilidade do consumo e o volume de lixo que isso gera traduz com novel mestria, ao nosso sentir, que a prática de consumir hodiernamente está voltada a atender anseios momentâneos e transitórios, principalmente transitórios.

1.2.4 O Capital como Objeto de Consumo.

E, finalmente, pode-se apontar, ainda, uma outra configuração de consumo: o Prof. Márcio Luís de Oliveira⁴⁰, em palestra proferida no II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, realizado pela Escola de Direito Dom Helder, em Belo Horizonte-MG, em Novembro de 2015, sobre o tema “A Alienação das Instituições Político-Representativas no Contexto da Sociedade de Consumo e do Estado Prestador de Serviços”, traça um panorama do que denomina de “sociedade de consumo”, identificando, em primeiro lugar, a exemplo de Marx como destacado em linhas anteriores, a natureza de fetiche que o ato de consumir reflete nesta espécie de sociedade.

Na “sociedade de consumo” “o indivíduo encontra satisfação plena no próprio consumo”.⁴¹ Na explanação do Prof. Márcio Oliveira, pôde-se notar com peculiar clareza o dilema que se impõe à “sociedade de consumo” quando associa o ato de consumo à plena satisfação dos indivíduos desta comunidade; consiste este dilema na seguinte constatação: de um lado há o sentimento de plena satisfação a partir da realização da ação consumir, satisfação esta associada à percepção do indivíduo de inclusão no grupo, de detentor de capacidade financeira de consumo, de *status* pessoal e econômico frente aos demais membros da comunidade; por outro lado, a filosofia do

³⁹ BAUMAN, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁰ OLIVEIRA, Márcio Luís. O Futuro do Constitucionalismo: A Construção da Democracia Constitucional. In: **II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Escola de Direito Dom Helder, Belo Horizonte - MG, 2015.

⁴¹ *Ibid.*

consumo que dita à sistemática comportamental dentro da “sociedade de consumo” não permite que o indivíduo desfrute deste sentimento de satisfação por tempo prolongado.

Explica: o indivíduo que em determinado momento exerce a ação de consumir e como consequência é tomado por um sentimento íntimo de satisfação dada a recém conquista do objeto, bem ou serviço alcançado, momento seguinte, a dinâmica da “sociedade de consumo” cuidará de muito em breve acrescentar melhorias e novidades naquele produto, de modo que o até então sentimento de satisfação dará lugar a outro, desta vez ao de insatisfação, mas não por não possuir determinado bem, mas sim por possuir um que seja ultrapassado.

A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles). O método explícito de atingir tal feito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores.⁴²

O exemplo com os produtos automobilísticos ilustra com fidedignidade este dilema que pode ser percebido nas colocações do professor acima mencionado. Não são raros os indivíduos, notadamente do sexo masculino, cujo objeto de desejo material seja um veículo, e por vezes estes indivíduos dedicam anos de trabalhos e economias, ou quando não se aventuram em financiamentos bancários com plena consciência que estarão pagando muito além do efetivo valor do bem, no caso do exemplo o automóvel desejado, e após finalmente adquiri-lo, a indústria automobilística no ano seguinte decide, por exemplo, trocar o conjunto óptico traseiro deste veículo que era formado por algumas cores para agora adotar um com coloração única.

Pronto! É o suficiente para este indivíduo que pelo prazo de um ano desfrutou de um sentimento de satisfação e orgulho por sua conquista depois de alguns sacrifícios, para agora ser um indivíduo frustrado por existir um automóvel “mais moderno” que o seu, e este sentimento de insatisfação permanecerá com ele até que substitua seu veículo de modelo ultrapassado.

Desta sorte, a importante constatação a ser feita é a seguinte: no exemplo acima, empregou-se como objeto a simples coloração dos conjuntos ópticos traseiros do veículo (faróis) de maneira propositada, no sentido de ressaltar a insignificância desta alteração do ponto de vista da essência do produto. Ou seja, no caso do exemplo, a

⁴² BAUMAN, *op. cit.*, p. 64.

simples mudança na coloração do conjunto óptico deste veículo não alterou seu desempenho, não o tornou mais eficiente do ponto de vista da aerodinâmica, do consumo, etc., enfim, operou uma alteração que não agregou qualquer benefício ao produto se comparado ao do modelo anterior. Mas isto não impede que a indústria alcance seu intento, qual seja, despertar no consumidor do seu produto a insatisfação por deter um modelo ultrapassado e a ânsia de trocá-lo pelo modelo atualizado.

Daí a respeitável constatação feita pelo Prof. Márcio Oliveira de que a ação de consumo existente na “sociedade de consumo” não é aquela direcionada para satisfação das necessidades naturais dos indivíduos, mas sim para a satisfação de necessidades artificiais criadas pelo sistema. Por esta razão que a afirmação pura e simples de que a satisfação está no consumo, ao nosso sentir, demanda uma análise com maior vagar: as necessidades naturais podem encontrar sim determinado grau de satisfação no consumo; já as necessidades artificiais, o sentimento de satisfação gerado pelo consumo será sempre ilusórios ou, no mínimo, passageiro, transitório.

Se Max Weber estava certo e o princípio ético da vida produtiva era (e sempre precisou ser se o propósito era uma vida produtiva) o atraso da satisfação, então a orientação ética da vida de consumo (se é que a ética desse tipo de vida pode ser apresentada na forma de um código de comportamento prescrito) tem de ser evitar estar satisfeito. Para um tipo de sociedade que proclama que a satisfação do consumidor é seu único motivo e seu maior propósito, um consumidor satisfeito não é motivo nem propósito – e sim a ameaça mais apavorante.

O que se aplica à sociedade de consumidores também se aplica a seus membros individuais. A satisfação deve ser apenas uma experiência momentânea, algo que, se durar muito tempo, deve-se temer, e não ambicionar – a satisfação duradoura, de uma vez por todas, deve parecer aos consumidores uma perspectiva bem pouco agradável. Na verdade, uma catástrofe. Como diz Dan Slater, a cultura de consumo “associou a satisfação à estagnação econômica: nossas necessidades não podem ter fim [...]”.⁴³

Feita esta análise da “sociedade de consumo”, passa o Prof. Marcio Oliveira a discorrer o que seria, segundo seu entendimento, o atual estágio da “sociedade de consumo”, onde o objeto almejado é o capital. Atualmente, o anseio dos indivíduos da “sociedade de consumo” deixa de ser bens e produtos para concentrar no maior acúmulo de capital possível. Ainda que todo este capital financeiro seja desnecessário à manutenção do indivíduo e/ou de seus familiares, como na grande maioria das vezes o é, os integrantes desta “sociedade de consumo” dedicam cada vez mais tempo de trabalho em

⁴³ BAUMAN, *op. cit.*, p. 126-127.

detrimento do lazer, da companhia de seus familiares, de ações que lhes são a si próprios prazerosas, única e exclusivamente para ser possuidor de um certo volume de capital acumulado.

O acúmulo de capital, então, configura o atual estágio do consumo; o capital puro e simplesmente torna o objeto de desejo a ser perseguido pelos indivíduos da “sociedade de consumo”.

1.3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS.

Para Luís Roberto Barroso, o fenômeno da judicialização pode ser definido a partir da hodierna constatação segundo a qual:

[...] questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, estão sendo decididas em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico. Fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade.⁴⁴

Afigura-se ela, judicialização, portanto, como o avanço do Poder Judiciário sobre as políticas Legislativas e Executivas dada a permissibilidade do sistema democrático para com este fato.⁴⁵

Associa a judicialização a ocorrência de outro fenômeno que denomina de constitucionalização das relações pessoais. Até a primeira metade do século XX predominava a sistemática ditada pelo constitucionalismo moderno, inaugurado a partir do advento das Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 14 de setembro de 1787, e da França, de 3 de setembro de 1791⁴⁶, cujo traço marcante era o império da norma, daí o protagonismo do Legislativo (positivismo jurídico). Não haviam espaços para atividades interpretativas das normas de modo a lhes atribuírem

⁴⁴ BARROSO, Luís. Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 437-438.

⁴⁵ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. In: Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, n. 57, 2002. p. 117.

⁴⁶ BULOS, Uadi. Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. Revista e Atualizada de Acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71.

outros significados senão aqueles identificados em sua superfície através de uma interpretação literal.

A função do judiciário neste contexto muito se aproximava àquela reduzida na célebre expressão de Montesquieu, segundo a qual: “o juiz é a boca que pronuncia as palavras da lei” em uma clara referência ao integral servilismo do Judiciário à norma legal. Era impensável àquele tempo posicionamentos proativos dos juízes que importassem em qualquer outra coisa que não fosse reverberar o texto legal construído pelo parlamento.

A Segunda Grande Guerra eclodida na primeira metade do século passado, com seus trágicos acontecimentos perpetrados sobretudo pelo Nazismo Alemão, notadamente as atrocidades deflagradas contra a raça humana, revelaram a fragilidade da ideologia positivista jurídica.

Uma das ações do regime político Nazista para a consecução de sua ideologia partidária (ou melhor qualificada como genocida) foi, precisamente, a reconfiguração do ordenamento legal de modo a adequá-lo para a viabilidade do desiderato deste regime. Daí que uma das primeiras ações do Nazismo foi promover alterações na Constituição Alemã, a Constituição de Weimar.

Percebeu com esta sangrenta experiência da história da humanidade que o positivismo jurídico do mesmo modo que poderia servir à proteção e regulação das relações sociais, poderia também respaldar ações que visassem destruí-la, tanto que todas as políticas de segregação de raças empregadas pelo regime Nazista não eram clandestinas ou tão pouco ilegais, pelo contrário, estavam adequadamente – do ponto de vista técnico-jurídico-legal – estruturadas no ordenamento jurídico daquele país.

Daí que a partir da segunda metade do século passado há um processo de superação do positivismo jurídico, o pós-positivismo jurídico ou como denominado por alguns, neopositivismo. “A partir da segunda metade do século XX, questões de cunho ético passaram a ser discutidas, rompendo os grilhões do conhecimento convencional, que procurava reduzir o Direito à sua dimensão absolutamente normativa”.⁴⁷

Por esta razão que documentos Constitucionais surgidos ou reformados pós segunda metade do século XX, deixaram de ser textos concisos para tornarem-se extremamente prolixos, uma vez que passaram a dedicar especial espaço aos direitos e garantias do ser humano, alastrando os novos valores consagrados em nível

⁴⁷ *Ibid.*, p. 71.

Constitucional aos demais ramos do sistema jurídico, via a denominada jurisdição constitucional.⁴⁸

Falar em jurisdição Constitucional é dizer: na medida em que a lei se “dessacraliza” e se diminui com a corrosão de sua legitimidade, maior se mostra a Constituição, sede da nova legitimidade, inspiradora e ordenadora de todo o ordenamento jurídico. É na Constituição que está a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, é a época Constitucional dos direitos fundamentais que sucede a época da separação dos poderes.⁴⁹

Em razão disso, cresce a extraordinária relevância da jurisdição constitucional, ou seja, do controle de constitucionalidade, campo de batalha da Lei Fundamental onde se afiança juridicamente a força legitimadora das instituições. Em verdade, a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade.⁵⁰

Esta jurisdição Constitucional, em solo pátrio, é exercida desde o juízo de primeira instância até o Supremo Tribunal Federal, dado que a qualquer destas instâncias é permitido (poder-dever) realizar uma filtragem constitucional para ao final aquilatar se determinada norma é aplicável ou não na medida em que se revela conforme à Lei Maior.

Soma a questão da amplitude da jurisdição constitucional ao aumento da demanda por justiça da sociedade brasileira, encontrando na Constituição de 1988 a materialização desses anseios sociais, a redescoberta da cidadania e a conscientização dos indivíduos em relação aos próprios direitos.

Esta abertura de novos horizontes da sociedade brasileira deve, em grande parte, aos movimentos sociais que antecederam a promulgação do texto Constitucional. As décadas de 70 e 80 marcam o início da redemocratização alcançada através da mobilização e da pressão da sociedade civil. Dado a um crescimento dos movimentos sociais em número e em diferentes tipos e matizes, ganhando visibilidade em suas lutas

⁴⁸ Não por outra razão Fábio Konder Comparato advoga favoravelmente a tese segundo a qual trata-se de competência inerente ao Judiciário, em que pese o princípio da separação dos poderes, o julgamento de questões políticas. Neste sentido ver: COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997. p. 19-21.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **SciELO Brasil**. Estud. av. vol. 18, nº 51. São Paulo may/aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007>. Acesso em: 21 fev. 2016.

⁵⁰ *Ibid.*

por redemocratização ou por causas específicas, alcançaram a que os Estados nacionais da América Latina redirecionassem suas políticas internas, substituindo governos militares por outros alçados democraticamente.⁵¹

Houve, neste período, uma transformação da cultura política latino-americana, agregando novos aspectos que se baseavam numa visão de direitos sociais coletivos e da cidadania coletiva de grupos sociais oprimidos e/ou discriminados. Tal fato apenas foi possível dado ao acúmulo de experiências em resistência e oposição a formas de dominação, havendo, inclusive, rompimentos em certos setores sociais da clássica ideologia política, aceitação pacífica e dominação, de inércia da sociedade diante de um Estado absoluto.⁵²

Não nos resta a menor dúvida de que, no plano geral, a principal contribuição dos diferentes tipos de movimentos sociais brasileiros dos últimos vinte anos foi na reconstrução do processo de democratização do país. E não se trata apenas da reconstrução do regime político, da retomada da democracia e do fim do regime militar. Trata-se da reconstrução ou construção de valores democráticos, de novos rumos para a cultura do país, do preenchimento de vazios na condução da luta pela redemocratização, constituindo-se como agentes interlocutores que dialogam diretamente com a população e com o Estado. Francisco de Oliveira (1994) denomina este processo de construção da sociedade política no Brasil.⁵³

Desta sorte, é inevitável em nosso país o fenômeno da judicialização dado o caráter analítico da Constituição e o amplo acesso ao Poder judiciário que desta característica resultou. Ao assimilar em seu texto determinadas matérias, ainda que algumas delas de índole política, lhes conferindo assim *status* da mais alta envergadura, criou-se critérios jurídicos para avaliação de condutas a elas ligadas, cria situações subjetivas ativas e passivas, resultando em pretensões suscetíveis de serem deduzidas em juízo. Lado outro, devido à concretização do controle jurisdicional e do universo dos legitimados a invocá-lo, que não mais engloba apenas os titulares dos interesses em voga, habilitados outros órgãos e entidades, é certo que qualquer ato omissivo ou comissivo dos Poderes Legislativo e Executivo pode ser questionado junto ao Judiciário, que terá a palavra final acerca de sua conformidade com a ordem jurídica em

⁵¹ GOHN, Maria Gloria. **Teorias dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo. Loyola, 1997. p. 226.

⁵² *Ibid.*, p. 226-227.

⁵³ *Ibid.*..., p. 320-321.

abstrato, especialmente em patamar constitucional, para daí concluir por sua licitude ou falta dela.⁵⁴

Tudo isso imbricou na acentuada ascensão institucional do Poder Judiciário no sentido de que:

Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.⁵⁵

Se há algum tempo atrás o Judiciário era não mais que um porto distante da população comum, fechado em seus ritos e solenidades próprias, adornado por suas suntuosas – e por vezes até intimidadoras – vestes e tratamentos interpessoais com excessivos protocolos, hoje seus integrantes gozam de certa intimidade com todos os extratos sociais, devido em grande parte às suas atuações em episódios de ampla repercussão e alto teor de reprovação social, quase sempre com viés de ordem política.

Da paisagem criada pela junção destes fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Poder Judiciário -, decorre a condição propícia que fez nascer uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, configurando o judiciário em um campo fértil de discussões acerca destas matérias.

Muito embora predomine neste recém aberto campo de discussões elementos jurídicos, cada vez mais se acentua sua natureza política. Muito embora suas características institucionais o separam dos demais poderes essencialmente políticos, como se pode citar, por exemplo, o fato de seus integrantes não serem eleitos pela sociedade, mas sim empossados, via de regra, por razões meritórias objetivas, fato que não descaracteriza a representatividade do poder que exercem, ou seja, o faz em nome do povo e para o povo, não perturba a natureza política que marca a atuação deste poder.

⁵⁴ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O Novo Processo Coletivo Para o Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Breves Apontamentos Sobre o Projeto de Lei 8.058/2014. **Revista de Processo – REPRO**. Ano 41, n. 252, Fevereiro 2016. Editora Revista dos Tribunais. p. 280

⁵⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 422.

Já constatava Montesquieu que “todo homem investido de poder é tentado a abusar dele”. A questão que surge desta realidade que a cada dia se apresenta de forma mais consistente é acerca da legitimidade democrática da função judicial e seus limites. Veja, a seguir, algumas situações em que esta questão se manifesta em toda sua grandeza: i) a possibilidade de invalidação de leis cunhadas pelo Legislativo cujo seus integrantes, ao menos em tese, representam os anseios e interesses da sociedade que os elegeram; ii) controle das políticas públicas que a princípio tocam ao Executivo no exercício de sua função primária; iii) adequação à determinadas ações administrativas com suplementação às omissões dos demais poderes.⁵⁶

À primeira vista, a única dedução possível diante do retrato acima apresentado é aquela, segundo a qual, o Poder Judiciário ocupa uma posição superior aos demais poderes, como se a função institucional deles estivessem sempre pendentes de sua homologação. Lado outro, diante da previsão do artigo 2º da Lei Maior - a separação, independência e harmonia dos Poderes da República – esta conclusão, por tudo e em tudo, não pode ser tomada por correta.

Visto por outro ângulo, o retrato se mostra com melhor aspecto: acerca da jurisdição constitucional, essencialmente envolve a tarefa de interpretar e aplicar a Lei Maior, atividade própria ao Judiciário, portanto, apontar o dedo para o que não lhe é conforme demonstra absoluta subserviência à Constituição, um documento promulgado por representantes diretos eleitos pela vontade popular, tendo em vista que se trata de uma atribuição concedida pelo Texto Maior.

Em outras palavras é dizer: se a conduta do Judiciário tem sido nesta medida, é porque o texto Constitucional, criado e promulgado por representantes diretos do povo, assim lhe permite agir, não incorrendo em qualquer ilegalidade, falta ou excesso de poderes.

1.3.1 Controle de Constitucionalidade e suas Espécies Normativas.

O controle de Constitucionalidade decorre da supremacia da Constituição e de sua força vinculante para o Poder Público, tornando, assim, consequência lógica e necessária, sua defesa. Proceder ao controle de Constitucionalidade nada mais é que

⁵⁶ Acerca da jurisdição constitucional ver: BARROSO, *op. cit.*, p. 421-430.

realizar uma espécie de filtragem da norma objetada frente aos preceitos da Lei Maior, para concluir por sua adequação ou inadequação ao sistema constitucional.

Didaticamente, o controle de constitucionalidade é separado em modelo difuso e modelo concentrado, ou ainda sistema americano e sistema austríaco ou europeu. O modelo brasileiro denomina-se misto, tendo em vista que o texto Constitucional congrega tanto o modelo concentrado quanto o difuso.⁵⁷

A primeira das espécies de controle de constitucionalidade, comumente denominada de controle difuso, também denominado de sistema norte-americano ou concreto, nasce nos Estados Unidos da América a partir do célebre *leading case* *Madson v. Marbury*⁵⁸, formalizado no ano de 1803 pela Suprema Corte Americana. No entanto, alguns julgados da justiça americana já anunciavam esta tendência: Foram observados, antes, no Estado de New Jersey, em 1780, a declaração de que leis contrárias à constituição reputavam nulas; em 1782, um grupo de juízes da Virgínia declararam que leis inconstitucionais afiguravam nulas; em 1787, a Suprema Corte da Carolina do Norte invalidou leis contrárias aos artigos da Confederação.⁵⁹

Não obstante, Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, são contrários em creditar em absoluto o marco inicial da *judicial review* ao caso *Madson v. Marbury*; estes autores esclarecem na nota de rodapé 22 que

⁵⁷ MENDES, Gilmar. Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2016.

⁵⁸ MARBURY v. Madson. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Marbury_v._Madison>. Acesso em: 22 fev. 2016. “O presidente Federalista John Adams perde a eleição para Thomas Jefferson, no entanto, antes de Adams deixar a presidência para o democrata, o Congresso passa o "Judiciary Act" de 1801 que além de outras alterações aumenta o número de juízes, modificando o "Judiciary Act" de 1789. Adams, dias antes de deixar a presidência aponta diversos juízes para cortes federais, dentre eles William Marbury. Quando Jefferson assume a presidência ele ordena que Madison, o novo secretário de estado, não conclua o processo de nomeação de alguns juízes que Adams previamente teria apontado, Marbury sendo um desses. O Congresso, para apoiar Jefferson passa o "Judiciary Act" de 1802 que altera a composição do Judiciário novamente, desta vez voltando as alterações do "Judiciary Act" de 1789. Marbury então, entra com uma ação junto a Suprema Corte Americana contra Madison de modo a reaver a sua chamada comissão que concluirá o processo de nomeação dele como juiz. A Corte decide que de fato Marbury tem o direito de reaver a sua comissão, porém, a Corte não tinha competência para obrigar Madison a entregar a comissão. O voto do juiz Marshall foi de extrema importância, pois, levantou indagações nunca antes discutidas no Direito Americano. Marshall avaliou que o "Judiciary Act" de 1789 entrava em conflito com a Constituição e assim levantou a questão da Revisão Judicial. Marshall determinou que era da competência, como era o dever do Judiciário interpretar as leis para aplicá-las e no caso de conflito dizer qual lei será usada no caso tudo de acordo com a Constituição. Como a Constituição é a lei máxima do ordenamento cabe aos juizes interpretar todas as leis inferiores de acordo com ela e se há um conflito entre uma lei inferior com a Constituição cabe ao Judiciário determinar a inconstitucionalidade da lei e anulá-la.”

⁵⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

Indubitavelmente, as raízes mais remotas do controle de constitucionalidade das leis (instrumento importantíssimo no contexto dos problemas envolvendo a limitação do poder), ao menos em seu aspecto teórico-dogmático, são encontradas em Edward Coke, Juiz inglês, que, em 1610, desafiava o poder do rei e do parlamento com a construção de uma teoria da limitação do poder público por normas jurídicas superiores e intangíveis, sem revelar qualquer preocupação com a natureza, a origem ou a legitimidade política do governo. Neste caso, as normas utilizadas pela corte judicial para sustentar a invalidade de um ato do governo adviriam da *comum law*, sendo considerada como limite externo à ação do governo. Em Coke, a decisão que tornou celebre sua doutrina e influenciou o constitucionalismo americano em todas suas vertentes, encontra-se lapidado no *Bonham's case*, datado exatamente do ano de 1610 (sobre o assunto, Cf. BALL, David T. *The Historical Origins of Judicial Review, 1536 – 1803*. Nova York: Edwin Mellen Press, 2005). Nessa ordem de ideias, também Matteucci afirma que: “para Coke los jueces eran los leones que debían custodiar, frente al rey, los derechos de los ciudadanos: para defender los derechos de los ingleses, a menudo nego los derechos del rey” (Cf. MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad cit.*, p. 89).⁶⁰

Por esta espécie de controle de constitucionalidade cabe a qualquer juiz ou tribunal decretar a inconstitucionalidade de uma lei – daí nominá-lo difuso –, dentro de um caso concreto – também denominado incidental ou concreto em razão da exigência da existência de um caso real, não se admitindo que o faça a partir de uma hipótese em abstrato.

Foi o primeiro método de controle de constitucionalidade assimilado no ordenamento jurídico brasileiro, presente no histórico constitucional desde a Carta de 1891. Ruy Barbosa, inspirado no Direito Constitucional americano teve especial participação na agregação desta técnica jurídica no direito pátrio, consolidando, então o controle difuso de constitucionalidade nos parâmetros do *judicial review* norte-americano.⁶¹

A Constituição seguinte, de 1934, mantendo este mesmo sistema difuso de controle de constitucionalidade, aperfeiçoou-o com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade interventiva, e também a denominada cláusula de reserva de

⁶⁰ ABBOUD, Georges. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes:** entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional. *Revista de Processo*, v. 233, p. 13-38, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 25.

⁶¹ *Ibid.*, p. 235.

plenário⁶². Trouxe, ainda, a competência para o Senado Federal, para suspender a execução, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional pelo Judiciário.⁶³

Na Constituição seguinte, 1937, popularmente conhecida como Polaca dada a sua inspiração na Carta Ditatorial polonesa de 1935, trouxe a possibilidade do Presidente da República influenciar a decisão do Poder Judiciário que declarasse inconstitucional determinada lei, podendo submeter esta decisão ao Parlamento que pelo voto de 2/3 de seus membros poderiam torná-la sem efeito. Este fato foi corrigido na Carta seguinte, de 1946, frutificada a partir da redemocratização e reconstitucionalização do país.⁶⁴

A outra espécie de controle de constitucionalidade, mais tratado por controle concentrado de constitucionalidade, também conhecido como sistema austríaco de controle de constitucionalidade, ou ainda, sistema europeu continental, deita raízes na Constituição da Áustria de 1920, encontrando em Hans Kelsen seu precursor, ao instituir naquele país, através dessa Constituição, o Tribunal Constitucional, cuja atribuição central estava voltada à guarda e a integridade da Constituição.⁶⁵

Denominado também de controle objetivo, reservado, fechado, em tese, principal, abstrato ou centralizado⁶⁶, difere-se do sistema anterior uma vez que atribui competência exclusiva a um único Tribunal, o Tribunal Constitucional, para o exercício da jurisdição constitucional, ou seja, a legitimidade para averiguar a conformidade da norma infraconstitucional para com a Lei Maior é restrita a um só órgão do Judiciário.⁶⁷

A via adequada ao exercício desta espécie de controle de constitucionalidade são determinados instrumentos processuais aos quais, segundo Gilmar Ferreira Mendes, no caso do Brasil, a diversidade destes instrumentos é o que individualiza o modelo pátrio.

O controle de constitucionalidade no Brasil pode ser caracterizado pela originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção

⁶² Atualmente a cláusula de reserva de plenário encontra previsão no artigo 97, da CF/88: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

⁶³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 203.

⁶⁴ LENZA, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁵ Acerca do pensamento de Kelsen em torno de um guardião da Constituição, fato histórico é seu embate com Carl Schmitt, a que deu origem a publicação do texto: “A defesa da constituição em 1931”, e a resposta de Kelsen em seguida com o texto: “Quem deve ser o guardião da constituição?”

⁶⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. *op. cit.*, p. 235.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 739.

dos direitos fundamentais. Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).⁶⁸

O controle concentrado materializa-se através do chamado processo objetivo, cujo foco é a jurisdição abstrata, onde os Tribunais Constitucionais, provocados pela ação direta, realizam o ideário da justiça constitucional. Caracterizá-lo como processo objetivo significa dizer que as regras que o norteiam escapam daquelas aplicáveis ao processo comum subjetivo; não se aplicam os mesmos princípios do processo comum afluído entre partes, tendo em vista que, o que de fato está em baila nesta espécie peculiar de processo é a defesa da regularidade da ordem constitucional.⁶⁹

Acerca da objetividade do processo e direcionamento exclusivo à tutela da ordem constitucional, desvinculada de qualquer pretensão subjetiva, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal em decisão cuja Ementa foi assim redigida:⁷⁰

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO – INCLUSÃO DE ENTIDADE PRIVADA NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL – INADMISSIBILIDADE – TUTELA DE SITUAÇÕES SUBJETIVAS E INDIVIDUAIS – INCOMPATIBILIDADE COM A NATUREZA ABSTRATA DO CONTROLE NORMATIVO – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO – AGRAVO IMPROVIDO.

É do corpo deste julgado que Bulos colhe as seguintes passagens que corroboram a imperturbável natureza objetiva e abstrata desta espécie de ação:

O controle normativo abstrato constitui processo de natureza objetiva. A importância de qualificar o controle normativo abstrato de constitucionalidade como processo objetivo - vocacionado, exclusivamente, à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional – encontra apoio na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já enfatizou a objetividade desse instrumento de proteção *in abstracto* da ordem constitucional. Precedentes. Admitido o perfil objetivo que tipifica a

⁶⁸ MENDES, Gilmar. Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 22. fev. 2015

⁶⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. *op. cit.*, p. 235.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Adin 1.254-MC, Relator Ministro Celso de Mello, Data de Julgamento: 19.9.1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363416>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

fiscalização abstrata de constitucionalidade, torna-se essencial concluir que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. Precedentes. Não se discutem situações individuais no âmbito do controle abstrato de normas, precisamente em face do caráter objetivo de que se reveste o processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. O círculo de sujeitos processuais legitimados a intervir na ação direta de inconstitucionalidade revela-se extremamente limitado, pois nela só podem atuar naqueles agentes ou instituições referidas no art. 103 da Constituição, além dos órgãos de que emanaram os atos normativos questionados. A tutela jurisdicional de situações individuais – uma vez suscitada controvérsia de índole constitucional – há de ser obtida na via do controle difuso de constitucionalidade, que, supondo a existência de um caso concreto, revela-se acessível a qualquer pessoa que disponha de legítimo interesse.⁷¹

Este sistema foi assimilado no ordenamento jurídico brasileiro via a Emenda Constitucional 16, de 6 de dezembro de 1965, passando, então, a coexistir ambos os métodos de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado –, daí afirmar-se tratar o controle de constitucionalidade no Brasil da espécie misto.

1.3.2 Políticas Públicas e o Poder Judiciário

João Pedro Schmidt, abordando o conceito de política pública, entende que esta expressão remete para a esfera do público e suas particularidades; diz respeito ao plano das questões coletivas, da *polis*. O público se afasta do privado, do particular, do indivíduo e de sua esfera íntima. Ressalta também que o público não se confunde com o estatal, o público é uma dimensão genérica da qual são espécies o estatal e o não-estatal, daí o equívoco em empregá-las como sinônimos. “O Estado está voltado (deve estar) inteiramente ao que é público, mas há igualmente instâncias e organizações da sociedade que possuem finalidades públicas expressas, às quais cabe a denominação de *públicas não-estatais*”.⁷²

Ainda este autor, referenciando documento do Ministério da Saúde, transcreve a definição legal de política pública:

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgRg em Adin 1.254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.9.1997, apud BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. *op. cit.*, p. 235-236

⁷² SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos**, tomo 8, Santa Cruz do Sul: EDUNISC: 2008. p. 2.037-2.333.

Políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades.⁷³

Controle de políticas públicas envolve a tênue linha divisória entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. A Lei Maior garante efetividade aos direitos fundamentais nela previstos via adoção, em grande parte, das políticas públicas. Por outro lado, as decisões acerca das prioridades de investimentos e das políticas públicas a serem adotadas são opções políticas a cargo principalmente do Poder Executivo.

Nesta seara, a legitimidade da jurisdição constitucional estará confirmada tão logo seja desempenhada para assegurar a supremacia da Constituição, e condenada na medida em que afigurar-se verdadeira hegemonia judicial, daí a necessidade de parâmetros objetivos que justifiquem a intervenção judicial nas políticas públicas.

Dentro desta relação de limites e abusos, o autor Matthew Taylor, defende que ignorar o Poder Judiciário ainda no processo de elaboração das políticas públicas é incorrer em erro grave. A doutrina nacional conta com um sem fim de trabalhos que destacam o papel político do judiciário, dando enfoque ao impacto na realidade política que avulta do processo político, lado outro, estes trabalhos ignoram o papel político do Poder Judiciário quando da descrição do processo decisório no sistema político como um todo.⁷⁴

Em que pese a importância do Poder Judiciário, constata Matthew Taylor, tratando especialmente de sua faceta política, é contido por sua natureza reacionária, ou seja, não atua a menos que seja provocado a tanto. A política brasileira oscila entre dois extremos: de um lado o sistema político puramente consensual, e nesta condição apenas propostas que contam com amplo apoio da maioria são aprovadas. Neste sistema há muitos fatores que restringem o processo decisório, como Congresso fraco em que a representação desproporcional fortalece grupos de interesses organizados; sistema

⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos. Brasília, 2006. In: SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos Sociais e Políticas Públicas**: desafios contemporâneos, tomo 8, Santa Cruz do Sul: EDUNISC: 2008.

⁷⁴ TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. Rio de Janeiro. **Sielo Brasil**, on-line version ISSN 1678-4588. vol. 50 n. 2. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001#nt06>. Acesso em: 24 fev. 2016.

partidário fraco que viabiliza a existência de um grande número de partidos políticos implicando em fragmentariedade deles; fraqueza do gabinete presidencial onde os ministérios são utilizados como moedas de troca de modo a manter as coalizões legislativas; interesses dos servidores públicos em seus privilégios, dentre outros.

De outro lado, a política brasileira pode ser mais majoritária que se pensa, tornando as decisões e as mudanças políticas não tão difíceis quanto apontado na corrente anterior, haja vista a existência de elementos que facilitam o processo, tais como: forte controle do presidente sobre a agenda política e os fortes poderes legislativos exercidos pelo presidente; mecanismos de controle partidário na arena legislativa; poder do colégio de líderes na Câmara dos Deputados, permitindo um controle sobre a agenda legislativa.

Matthew Taylor, no entanto, enxerga um meio termo nesta discussão de extremidades, admitindo que o processo político pode ser descentralizado diante das regras eleitorais, pelo sistema multipartidário, pelo federalismo, etc, mas de outro norte, o sistema decisório é centralizado, dada as regras internas do Congresso e pelos acentuados poderes legislativos e orçamentários do Executivo.

Este meio termo ou equilíbrio entre processo decisório centralizado e descentralizado depende de fatores tais como o assunto em pauta, a popularidade do executivo, proximidade de eleições e diversos outros. Neste contexto, indaga Matthew Taylor: qual seria, então, o lugar a ser ocupado pelo Judiciário mas que lhe tem sido negado? Primeiro: reconhece uma tendência majoritária quando se trata de deliberações de políticas públicas, mas no que tange a implementação delas, o predomínio é do consenso, e aí se revela a ocasião adequada à participação do Judiciário, tendo em vista que, juntamente com outros personagens como governadores, prefeitos, burocracias estatais, podem ter uma atuação significativa na implantação das políticas públicas. “Os tribunais ampliam o leque de atores que podem influenciar a implementação de políticas públicas, mesmo depois de elas serem aprovadas por amplas maiorias legislativas.”⁷⁵

Outro motivo que aponta o autor para a participação do Judiciário está relacionado ao fato de grupos de interesses procurarem o campo institucional que lhes sejam mais favoráveis para se oporem às políticas públicas. Por uma série de requisitos relacionados ao Judiciário, por exemplo, a obrigatoriedade de suas decisões não se estranha que seja cada vez mais requisitado.

⁷⁵ TAYLOR, *op. cit.*

Matthew Taylor exemplifica sua colocação trazendo à baila a era de governo Fernando Henrique Cardoso:

Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico, usado recorrentemente por grupos deixados de fora das negociações entre membros do parliamentary agenda cartel. As mais significativas e reais ameaças às reformas surgiram no Judiciário e não no Legislativo: das 10 principais iniciativas políticas aprovadas durante o governo Fernando Henrique, todas foram contestadas de alguma forma pelo Judiciário, e sete das 10 foram alteradas ou atrasadas de alguma maneira no STF. Em outras palavras, nem toda proposta do governo foi contestada judicialmente, mas as mais importantes e contenciosas certamente o foram, e com algum sucesso.⁷⁶

Ainda destacando o Judiciário em sua atuação política, cita este mesmo autor a determinação de interrupções de leilões de privatizações, interviu na reforma do sistema da previdência social, anulou ou modificou legislações voltadas à reforma agrária. No governo de Luiz Inácio Lula da Silva, o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social – PIS, COFINS -, cujo custo poderia atingir quase 11% do total de tributos federais arrecadados.⁷⁷

Para Carlos Alberto Sales⁷⁸, a abordagem de políticas públicas pelo Judiciário não é algo que esteja fora dos padrões. Justifica a intervenção em razão da ligação direta ou indireta com o fato das políticas públicas terem como característica marcante o próprio direito contemporâneo, de modo que as relações do indivíduo para com o Estado ou aquelas entre indivíduos apenas, são calcadas em objetivos sociais subjacentes, influenciando a interpretação e a aplicação do direito de maneira geral.

Por essa razão, o Judiciário termina por ser um campo fértil de disputas envolvendo políticas públicas, e mais, torna-se um espaço privilegiado para sua discussão, pois nele desaguam conflitos erigidos do mau funcionamento ou dos desacertos destas políticas visando obter reparos. “As políticas públicas, portanto,

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ SALLES, Carlos Alberto. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 177-191.

passam a fazer parte da matéria-prima com a qual trabalha o Poder Judiciário, tornando-se elemento essencial da decisão judiciária”.⁷⁹

É *munus* do Estado alocar recursos para a realização das ações que visem alcançar os vários objetivos sociais revelados a partir de diversos processos decisórios da sociedade e erigidos à normas jurídicas. É nesta perspectiva que para Carlos Alberto Sales, “a atividade jurisdicional do Estado volta-se para a solução de conflitos de natureza coletiva [...] fazer valer aqueles objetivos sociais incorporados ao ordenamento jurídico”.⁸⁰

Em trabalho realizado por Rogério Gesta Leal⁸¹, tendo por objeto a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, julgada em 29 de Abril de 2004, relatada pelo Min. Celso de Mello, onde questionado o veto do Presidente da República sobre o § 2º, do artigo 55, da Lei Federal 10.707/2003, cuja matéria se referia às Diretrizes Orçamentárias da União, destinada a fixar as diretrizes à elaboração da Lei orçamentária para 2004, ao final julgada prejudicada em razão de medidas do executivo adotadas posteriormente a sua distribuição, destaca, também, a visão da Suprema Corte acerca do controle de políticas públicas pelo Judiciário.

Sustentou o relator que o presente remédio constitucional apresenta-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.⁸²

Segundo ainda o relator Celso de Mello, destaca-se a dimensão política da jurisdição constitucional conferida ao STF, que não pode furtar-se do gravíssimo encargo de assegurar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas, sob pena do poder público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da ordem constitucional.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In: **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Gesta-Leal-O-control-jurisdiccional-de-politicas-publicas-no-Brasil-possibilidades-materiais.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 de 29.04.2004, Relator Ministro Celso de Mello. In: LEAL, *op. cit.*

Contudo, adverte o Min. Relator não se tratar o controle de políticas públicas pelo judiciário de uma situação generalizada, mas somente será legítima em situações devidamente justificadas, e quais, então, seriam estas situações justificadas?

Para o Ilustre Relator, isto vai ocorrer quando, Legislativo ou Executivo, agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar ou comprometer a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo.⁸³

Nota-se, portanto, que a intervenção do judiciário em políticas públicas é reconhecida em nível da mais alta Corte do país, bem como os incontáveis exemplos que diariamente se repetem em todas as instâncias judiciais do país. Tornou-se o dia-dia dos magistrados brasileiros enfrentarem súplicas dos jurisdicionados que envolvam políticas públicas.

1.3.3 Suprimento da Omissão dos Demais Poderes.

No que concerne ao suprimento das omissões dos demais poderes é sem dúvida alguma o momento de maior tensão, envolvendo constitucionalismo e democracia. O conceito de democracia não está restrito ao princípio majoritário e governo da maioria, envolve demais princípios e também direitos de minorias que devem ser considerados, caso contrário, estar-se-ia diante de uma ditadura da maioria e não democracia.

Luís Roberto Barroso observa que o processo político majoritário é alimentado por interesses, enquanto a lógica da democracia é pautada em valores, dentre os quais, aqueles atinentes às minorias, restando, então, somente o judiciário para assegurá-los, daí a afirmação de que ao Judiciário é conferida a função contra majoritária.

A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas ideias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos esses elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo

⁸³ LEAL, *op. cit.*

do que se vem de afirmar foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. STF, DJU, 4 ago. 2006. 2006, p. 26, 24.831/DF, Rel. Min. Celso de Mello.⁸⁴

Neste contexto, seria carente uma abordagem do tema suprimento das omissões dos demais poderes da república pelo Judiciário se não dedicada algumas linhas para tratar do fenômeno do ativismo judicial. Muito embora não raras vezes se defronta com o emprego da expressão “ativismo judicial” como sinônimo à “judicialização”, o correto é que ambas não se confundem.

Leciona Luís Roberto Barroso tratar o ativismo judicial uma expressão cunhada nos Estados Unidos empregada de modo a identificar a atuação da Suprema Corte daquele país durante os anos de 1954 a 1969, período correspondente à administração do Juiz Earl Warren.⁸⁵ Neste período, constatou-se uma profunda e silenciosa revolução com relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, capitaneadas por uma jurisprudência da Suprema Corte progressista em matéria de direitos fundamentais, sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial.⁸⁶

Em outras palavras é dizer: “Procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito”.⁸⁷ Enfim, uma interpretação que de certo modo amplia o alcance do texto Constitucional mas

⁸⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 429.

⁸⁵ Vale aqui transcrever o pequeno histórico acerca da expressão ativismo judicial feito por Barroso: “A locução ativismo judicial foi utilizada, pela primeira vez, em artigo de um historiador sobre a Suprema Corte americana no período do *New Deal*, publicado em revista de circulação ampla. V. Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Supreme Court: 1947*, Fortune, jan. 1947, p.208, apud Keenan D. Kmiec, *The origin and current meanings of ‘judicial activism’*, California Law Review 92:1441, 2004, p. 1446. A descrição feita por Schlesinger da divisão existente na Suprema Corte, à época, é digno de transcrição por sua atualidade no debate contemporâneo: “Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de auto contenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro com a expansão da esfera de atuação do legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para obtenção de resultado socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano.” BARROSO, *op. cit.*, nota de rodapé. p. 440-441.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 440-441.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

sempre umbilicalmente a ele ligado, dado que na hipótese de ausência desta ligação, tratar-se-ia de atividade puramente criacionista, esta sim, mais íntima ao Congresso e não afeta ao Judiciário.

O modo interpretativo proativo faz-se, inclusive, necessário para a própria autopreservação do texto Constitucional segundo apontado por Konrad Hesse em sua obra emblemática “A Força Normativa da Constituição”:

Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.⁸⁸

Neste emblemático trabalho para o direito Constitucional, Hesse, visando contrapor a teoria de Ferdinand Lassale - segundo a qual há duas Constituições: uma efetiva e que decorre dos fatores reais de poder; e outra escrita sem qualquer força normativa e que não passa de mera folha de papel - defende a normatividade do documento escrito e para tanto apresenta a necessidade que haja entre os detentores de poder o que chama de “vontade da constituição”. Significa esta expressão o desejo puro e legítimo de aplicar o texto Constitucional às relações sociais com viés não apenas a aplicação pura e simples da norma, mas, sobretudo que esta aplicação se dê em compasso à realidade na qual inserida aquele fato, isso, segundo Hesse, contribui para a perpetuação da força normativa da constituição; eis o fundamento que embasa a conduta proativa do Poder Judiciário.

Teixeira Vinchinkeski conceitua o instituto como sendo “aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição”.⁸⁹ Nada mais, portanto, que a consumação da proclamada “vontade da constituição”, de Konrad Hesse.

O ativismo judicial, em última análise, revela um protagonismo (expressão utilizada em larga escala na doutrina nacional) do Poder Judiciário de modo a assegurar

⁸⁸ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes, Editora Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre: 1991

⁸⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Sielo Brasil**. Revista Direito GV, vol. 8, n. 1. São Paulo Jan./Jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 set. 2015.

ao texto normativo a evolução dinâmica necessária para a regulamentação social na velocidade incapaz de ser alcançada pelo Congresso, notadamente em pontos omissos dos demais poderes, para tanto, sendo necessário que o Judiciário se coloque em suas vestes políticas. Não por outra razão, Gomes Canotilho, com novel mestria, proclama a constituição como sendo o “estatuto jurídico do político”.

Neste contexto, assevera Cláudio Souza Neto que o suprimento pelo Estado-Juiz das omissões dos demais poderes não destoa de qualquer outra atividade típica a ele atribuído. Exemplifica sua afirmação destacando a legitimidade do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade das normas: se sob a pecha da preservação do sistema constitucional o judiciário pode afastar uma norma criada pelo legislativo, também sob esta mesma base pode suprir uma lacuna deixada pelos demais poderes que implique em subversão do patrimônio constitucional, objetivo fim da guarda jurisdicional.⁹⁰

No mesmo compasso raciocina Dirley da Cunha Júnior, para quem cabe ao judiciário, na atual realidade de um Estado social de massa, avocar para si novas responsabilidades, notadamente como interventor e criador de soluções reclamadas à atual configuração dos conflitos sociais, colocando-se na condição de corresponsável pela efetividade das garantias socioeconômicas. De outra forma, coloca-se na condição de conivente com as reiteradas violações a estes direitos.⁹¹

Dois julgados em particular traduzem com especial precisão a questão do suprimento de omissões dos demais poderes: o primeiro deles objetou a demarcação de terras indígenas na reserva “Raposo Serra do Sol”, cuja Ementa foi assim grafada:

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO Pet 3.388 / RR MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO

⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 45.

⁹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 352.

REGIME CONSTITUCIONAL DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.⁹²

Diante da inexistência de normas atinentes à demarcação contínua de terras indígenas, no mencionado precedente a Suprema Corte fixou 19 salvaguardas que viabilizaram o desfecho da contenda, como ainda a servirem de precedentes a litígios desta natureza.

A conduta proativa da Suprema Corte, a despeito de uma omissão legislativa, propiciou condições para solução de um litígio levado até suas barras, postura que em última análise se coadunou com o quanto estipulado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O segundo exemplo que corrobora o quanto aqui elucidado também advém da Suprema Corte: aborda o tema do direito de greve no setor público. O direito de greve encontra previsão no artigo 37, VII, da Constituição Federal, norma de eficácia limitada, pendente, portanto, de regulamentação infraconstitucional.

Não obstante, inexistente a reclamada regulamentação, acarretando durante muito tempo para o setor público a impossibilidade do exercício deste direito fundamental do trabalhador. Chamado a pronunciar-se sobre a questão, diante da omissão do Poder Legislativo em criar a necessária regulamentação ao exercício deste direito, atuou, então, o Supremo Tribunal Federal de maneira proativa, criando os mecanismos necessários para que esta prerrogativa fosse materializada em benefício do servidor público, qual seja, reconheceu a aplicabilidade para o setor público da Lei 7.783/89, a qual regulamenta este mesmo direito no setor privado.⁹³

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. PET. 3388-PR. Relator Ministro Ayres Brito. Data de Julgamento 03.04.2009. DJe-071, DIVILG. 16.04.2009, PUBL.17.04.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Mandados de Injunção n.ºs. 670, 708 e 712. Brasília-DF, Outubro 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

O suprimento das omissões dos demais poderes pelo Judiciário também pode ser notado com especial clareza quando abordado o tema da judicialização da saúde: em 2005 o Governo Federal suportou gastos não programados da ordem de R\$ 2,5 milhões para cumprimento de ordens judiciais para aquisição e distribuição de medicamentos, período em que foi citado como réu em 387 processos. No ano de 2007, este gasto atingiu a cifra de R\$ 15 milhões para atender cerca de três mil ações judiciais. No ano seguinte, 2008, este valor saltou para R\$ 52 milhões. No âmbito estadual, tomando por análise o Estado de Minas Gerais, nos mesmos anos acima referidos os gastos foram da ordem de R\$ 8,5 milhões, R\$ 22,8 milhões, R\$ 42,5 milhões para atendimento de condenações em ações judiciais na área da saúde.⁹⁴

Enfim, trata-se de um fenômeno reduzido na expressão do professor constitucionalista Luís Roberto Barroso, segundo o qual há uma “judicialização da vida”.

Acerca do tema judicialização, Luiz Werneck Vianna e outros, na obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, separa o fenômeno em duas linhas: judicialização das relações sociais e judicialização da política.

Tratando da judicialização das relações sociais, aponta este autor que o direito hodiernamente não tem se limitado ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera política; tem avançado para regulação da sociabilidade e das práticas sociais, até mesmo daquelas que por tradição pertencem a esfera privada, portanto, fora da intervenção estatal, como, por exemplo, as relações de gênero no ambiente familiar, no tratamento dos filhos despendido por seus pais.⁹⁵

Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.

É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos -, os novos objetos

⁹⁴ MACHADO, Marina Amaral de Ávila. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. **Revista Scielo**. Disponível em: <<http://www.scielo.org/pdf/rsp/2011nahead/2403.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

⁹⁵ VIANNA, Luiz Werneck. *et. al.*, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavam, 1999. p. 149.

sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais.⁹⁶

Ainda nesta obra, o autor aponta um consenso sobre a incapacidade do Executivo e Legislativo em fornecerem soluções à grande demanda social por justiça. Há um deslocamento do foco no Legislativo como principal ator produtor das leis em favor do Executivo e este, a seu turno, teria também deslocada as funções de administração do bem-estar para adotar feições de uma agência técnica/burocrática que responde tão somente aos estímulos das variações da imediata conjuntura econômica. O protagonismo do judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na omissão do Estado, das ideologias, da religião, instituições basilares da sociedade desorganizadas, passam a identificar-se com a bandeira do direito na busca das promessas democráticas ainda não cumpridas. “[...] neste sentido, o direito não é ‘substitutivo’ da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente”.⁹⁷

Por seu turno, a judicialização da política, aduz Luiz Vianna, tem sua “origem [...] na descoberta, por parte da sociedade civil, da obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário [...]”.⁹⁸

O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, como se viu ao final da introdução, de ser adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma “comunidade de intérpretes, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições”.⁹⁹

No mesmo seguimento é a afirmação trazida por Eduardo Cambi, segundo o qual: “direito constitucional judicializou a política, uma vez que a política, representada pelos conflitos sociais e pelos direitos fundamentais, historicamente sonegados, passaram a ser temas de direito público”.¹⁰⁰

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*, p. 149-150.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 43.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 47.

¹⁰⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 211-212.

Ainda tratando das conjunturas que viabilizaram o fenômeno da judicialização da política, a Constituição de 1988 trouxe aquilo que Luiz Vianna denominou de “novos intérpretes da Constituição” em referência a expansão do rol de legitimados ao manejo do controle abstrato de constitucionalidade, neste sentido asseverou que:

O cenário pós-constituente, à exceção do governo Collor, tem sido o da expressão concentrada da vontade da maioria, particularmente nesses dois governos de Fernando Henrique, quando, pelo uso continuado e abusivo das medidas provisórias, provoca-se a erosão das formas clássicas de controle parlamentar da produção da lei. Foi esse o contexto que veio a favorecer a concretização dos partidos e dos sindicatos no exercício de intérpretes da Constituição, convocando o Poder Judiciário ao desempenho do papel de um tertius capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalisão. Daí que, por provação da sociedade civil, principalmente do mundo da opinião organizada dos partidos e do mundo dos interesses, nos sindicatos, o Poder Judiciário se vem consolidando como ator político e importante parceiro no processo decisório.¹⁰¹

Traduz sua explicação em números que a tornam suficientemente claras: no ano da promulgação da Constituição, 1988, foram distribuídas tão somente 11 Adins. Já no ano seguinte, 1989, este número subiu para 159 Adins, e no ano seguinte, 1990, 255 Adins, número igualmente alto em 1991, que foram distribuídas 233 Adins. Ações estas que tem como autores, predominantemente as associações, governadores, procuradores e partidos políticos, ou seja, os novos intérpretes do texto Constitucional.¹⁰²

São fatores, portanto, que de alguma maneira cooperaram para a formação daquilo que Zanferdini e Liberal acentuam como “[...] a realidade do século XXI é a da litigância de massa [...]”¹⁰³, sem negar a pertinência de outras causas aqui não abordadas mas com contribuições relevantes a esta realidade.

Os acontecimentos aqui narrados, ao nosso sentir, fornecem parte das explicações que justificam constatações da ordem daquela feita por Carvalho, segundo a

¹⁰¹ VIANNA, Luiz Werneck, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰² *Ibid.*, p. 55.

¹⁰³ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIBERAL, José Roberto Bernardi. Técnicas Processuais Destinadas à Solução de Demandas Repetitivas à Luz do Direito Brasileiro: Virtudes e Vicissitudes. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, jul/dez. 2015. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1736/1649>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

qual há uma “[...] explosão da demanda por jurisdição, que passou dos 350 mil processos novos, em 1988, para cerca de 8,5 milhões, em 1998[...]”.¹⁰⁴

“Nessa sociedade massificada, a velocidade dos acontecimentos não é compatível com o sistema de justiça que se oferta. A complexidade das novas relações sociais contribui para que haja mais e mais litígios”.¹⁰⁵ Demanda, assim, atuação legislativa para adequar o sistema da justiça brasileira à velocidade dos acontecimentos.

Torna-se, assim, cada vez mais penosa a função do judiciário em resolver conflitos, não só pela complexidade das causas, mas, nos dias atuais, pela quantidade de processos,¹⁰⁶ sem instrumentos adequados para tanto.

¹⁰⁴ CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. Quem tem Medo da CPI? *Jornal do Magistrado, AMB*, n. 50, 1999, p.2, in VIANNA, Luiz Werneck [et. al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 11.

¹⁰⁵ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 237-253, ago. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>>. Acesso em: 10 mar. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v17n2.p237-253>.

¹⁰⁶ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. Vol. 4. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002. p. 27. Ainda este autor, em nota de rodapé à pág. 27, traz alguns dados numéricos que ilustram sua afirmação: “O Supremo Tribunal Federal recebeu, no ano de 1970, 6.367 processos; em 1980, foram 9.555; dez anos depois, 18.564; no ano de 1998 o número atingiu o montante de 52.636 processos recebidos; e até o dia 30.06.1999 já haviam entrado 26.187 feitos. Cabe lembrar que o STF, na essência, é a Corte Constitucional brasileira composta de apenas 11 Ministros. Órgãos semelhantes, no cenário internacional apresentam realidade completamente diversa. A Suprema Corte Americana, em 1994, julgou 300 processos. Em Portugal, foram julgados 900. No Superior Tribunal de Justiça brasileiro, nos anos de 1989 e 1990, foram distribuídos, respectivamente, 6.103 e 14.087 processos.[...]”.

2 O JUDICIÁRIO BRASILEIRO DIANTE DOS ELEVADOS NÚMEROS DE PROCESSOS ATIVOS E AS AÇÕES REPETITIVAS: INSTRUMENTOS LEGAIS DE RESOLUÇÃO DAS AÇÕES DE MASSA

Situada a metamorfose social operada nas últimas décadas, conforme abordado no capítulo anterior, cabe agora enfrentar a reação da legislação nacional diante desta nova ordem que já a algumas décadas vem se desenhando, cuja preocupação que instiga as criações legislativas do instrumental legal adequado a ela tem sido em atender estas demandas em suas atuais configurações, tal qual se apresentam, como também a intensidade do volume delas, uma vez que, como já colocado aqui anteriormente, o volume de litígios judicializados hodiernamente é muito superior se comparado ao volume de quatro ou cinco décadas passadas.

Frente a esta preocupante realidade atravessada pelo Poder Judiciário, o parlamento brasileiro, em muitas das vezes apoiado por juristas e operadores do direito de notável experiência e saber jurídicos, tem enveredado esforços na tarefa criativa de mecanismos e instrumentos aptos a aparelharem o Judiciário, de modo a adequá-lo à espécie, qualidade e quantidade das demandas hoje submetidas a seu crivo.

E dentro de uma percepção realista, acredita ser possível defender algum êxito nesta empreitada parlamentar, haja vista que as normas legislativas criadas dentro deste propósito têm servido ao desígnio almejado, se por um lado não extirpando vez por todas o problema do excesso de demandas e das demandas repetitivas, por outro lado, certamente dando valorosos subsídios para amenizar consideravelmente o problema e evitando o colapso absoluto da instância judicial. Entretanto, não quer com isso apontar que o legislador brasileiro tem caminhado na direção correta para a solução dos problemas aqui objetados, como em notas de considerações finais será melhor tratado.

Ecoa nas letras jurídicas que justiça tardia mais se perfilha a injustiça que propriamente a justiça. Ou ainda, “[...] ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça”¹⁰⁷. Acaso o Poder Judiciário dos dias atuais estivesse desaparelhado dos instrumentos legislativos criados nas últimas décadas com foco a estas circunstâncias específicas, a atual realidade que no mínimo afigura-se preocupante

¹⁰⁷ Exposição de Motivos ao Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

diante do longo tempo que uma demanda judicial necessita para ser encerrada, estaria, por certo, em maior grau de degradação.

Não é necessário realizar um complexo raciocínio lógico para ter em vista que com o passar dos anos, o tempo de tramitação de um processo judicial aumentou, e considerando o exponencial aumento da quantidade de demandas nas últimas décadas, forçosa a conclusão que cedo ou tarde a prestação jurisdicional restaria inviabilizada dado ao tempo gasto para sua solução. Daí a preocupação e atuação vitais não só do Poder Legislativo, mas também das demais esferas de poder em combaterem este malefício que, em última análise, compromete o direito do cidadão à prestação jurisdicional adequada.

E nesta empreitada legislativa, alguns de seus trabalhos convertidos em normas jurídicas ilustram com fidedignidade ímpar o quanto dito até aqui.

2.1 A MINIRREFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 1994

O ponto de partida da matéria tratada no presente capítulo são as primeiras iniciativas adotadas pelo legislativo brasileiro no ano de 1994. Tais ações legislativas ficaram conhecidas na doutrina pátria como a reforma processual de 1994 ou minirreforma do processo civil de 1994, a partir do qual o processo civil pátrio, definitivamente, inicia uma caminhada rumo a uma justiça rápida e segura, abandonando a insistência em fazer da forma a protagonista, relegando o próprio direito a mero coadjuvante¹⁰⁸. Aquilo que Teori Zavascki denominou de “segunda onda reformadora”, cujo objetivo perseguido não era introduzir novos mecanismos, mas aprimorar os já existentes de modo a conformá-los às exigências dos novos tempos.¹⁰⁹

A produção legislativa que marca o início deste período foi a promulgação da Lei 8.952, de 13 de Dezembro de 1994, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Civil. Fundamentalmente, a grande inovação trazida por este dispositivo foi de atacar a estrutura em que erigida a tradicional concepção tradicional autônoma das

¹⁰⁸ JUNIOR, Roberto Eurico Schmidt. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis: 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995. p. 7-8.

¹⁰⁹ ZAVASCKI, Teoria Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 18-19.

diferentes espécies de processo adotada pelo Código de 1973, onde previsto de forma separada o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar.

A execução de uma decisão proferida em uma ação de conhecimento não mais necessitava da inauguração de um novo processo para torná-la efetiva, o que se denominou de sincretismo processual, algo que não era novidade no Código de Defesa do Consumidor¹¹⁰, com aplicação à Lei da Ação Civil Pública¹¹¹, também expresso na Lei da Ação Popular.¹¹² O sincretismo processual foi aprofundado mais tarde com a promulgação das leis 10.444/02 e 11.232/05, consolidando, vez por todas, esta tendência.

Foram as primeiras medidas da prenunciada alteração de paradigma que iniciou a saída do formalismo como ator principal, alçando a esta posição a efetividade e celeridade processuais, haja vista que a prestação jurisdicional ansiada pelo jurisdicionado é aquela que alcança a solução para sua pretensão resistida, e não aquela que enaltece tão somente o formalismo dos procedimentos.

A reforma processual de 1994 trouxe, assim, as primeiras iniciativas voltadas à adequação da legislação à realidade contemporânea dos conflitos sociais carente de uma adaptação eficiente.

[...] as modificações introduzidas, bem como aquelas que estão por vir, decorrem de uma visão mais moderna do processo, vendo-o como um instrumento de justiça, pacificador da sociedade. Desta sorte, se sentenças não alcançam efeito prático, por evidente que em nada pacificam; somente levam ao descrédito das instituições e à intranquilidade.¹¹³

Neste contexto destaca a problemática aventada neste trabalho cuja solução, em última análise, estaria aferindo a viabilidade da prestação jurisdicional, elemento indispensável à estrutura e organização sociais de todo e qualquer convívio humano.

2.1.1 Ampliação dos Poderes Decisórios do Relator.

¹¹⁰ artigo 84 do CDC

¹¹¹ artigo 117 do CDC

¹¹² artigo 5º, § 4º, da LAP.

¹¹³ JUNIOR, Roberto Eurico Schmidt. **O Novo Processo Civil**: Comentários aos artigos alterados pelas Leis: 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94. Curitiba: Juruá, 199. p. 72.

Uma das alternativas encontradas pelo legislador brasileiro objeta a seara recursal, ampliando os poderes do relator para o julgamento monocrático do recurso¹¹⁴, passando a atuar desde a admissibilidade até o mérito do recurso,¹¹⁵ admissibilidade esta de qualquer espécie, seja ela negativa, de mérito negativa ou de mérito positiva¹¹⁶, destacando ainda a valorização dos precedentes que ganha significativo relevo nesta nova fase do processo.

A redação do artigo 557, do Código de Processo Civil (atual artigo 932, IV, Novo CPC), antes de 1995 atribuía poderes ao relator, monocraticamente, indeferir o recurso de Agravo e apenas na hipótese de manifesta improcedência. A primeira grande elasticidade deste dispositivo lhe foi conferida pela Lei 9.139/95, que no lugar de Agravo, passou a prever “recurso”, e ao lado da expressão “manifestamente improcedente” acresceu “contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”, corrigindo uma limitação de ordem semântica. “Comparada com a da Lei nº. 8.038, a redação de certo melhorou: com proveito para a clareza, substituíram-se as insuficientes denominações específicas (“intempestivo”, “incabível”) pela genérica (“inadmissível”).¹¹⁷

Desenvolvida e aperfeiçoada a ideia posteriormente pela Lei 9.756/98, foi ela responsável em nosso ordenamento jurídico pela redação do artigo 557, do revogado Código de Processo Civil de 1973. Este dispositivo deu ainda mais poderes ao relator para negar, monocraticamente, seguimento a recurso manifestamente em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior – *caput* -, bem como a lhe dar provimento, também monocraticamente, se estiver de acordo com os mesmos elementos anteriores, exceto a previsão dos julgados do próprio Tribunal - § 1-A do art. 557 do Código Revogado de 1973.

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas inovações da lei 9.756 em matéria de recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 52, 1999. Disponível em: <download.rj.gov.br/documentos/10112/813727/DLFE-47867.pdf/Revista52Doutrina_pg_25_a_35.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016. p. 29.

¹¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1001.

¹¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com a nova lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 547- 548.

¹¹⁷ MOREIRA, *op. cit.*, p. 28.

A norma em questão, ao prestigiar a jurisprudência sumulada, não tem como escopo criar, propriamente, o caráter vinculante da súmula jurisprudencial, mas sim o propósito de simplificar a tramitação do recurso, propiciando sua solução pelo próprio relator. Na verdade deve ser entendida apenas como regra autorizativa de decisão singular em segundo grau de jurisdição, nas condições que especifica.¹¹⁸

Acerca da *mens legislatoris* desta norma, de maneira suficientemente clara e sucinta, asseverou o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros:

O “novo” art. 557 do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por Órgão Colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por essa razão, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no tribunal de segundo grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas. Prestigiu-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam o direito processual moderno.¹¹⁹

Ainda dentro desta ordem de ideias, é a concepção manifestada pelo Prof. Humberto Theodoro Júnior:

A L. 9.756 de 17.12.98, alterou diversos artigos do CPC, com o fito de simplificar e agilizar a tramitação do processo nos Tribunais. Seu objetivo principal foi o de ampliar os poderes do relator, de sorte a permitir, com maior frequência, os julgamentos singulares, evitando, quando possível, o pronunciamento coletivo.¹²⁰

O que fez o legislador ao promover as alterações do artigo 557 do extinto código, elevando os poderes do relator nada mais foi que sensibilizar a ponto de absorver os sinais manifestos do Poder Judiciário no sentido de ser esta uma alteração necessária.

¹¹⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 625.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 205.342-SP (1999/0017301-5). Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900173015&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento>. Acesso em: 14 jan. 2016.

¹²⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Código de Processo Civil**: alterações introduzidas pela Lei n. 9.756 de 17 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/120.htm>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

Neste sentido, andou bem o Legislativo brasileiro ao não dar costas às manifestações do interessado direto na questão e que tem no seu dia a dia a labuta centrada nos ritos jurídicos legalmente formatados.

Há na história recente do Poder Judiciário um episódio conhecido como a “Crise do STF”, o qual teria sido responsável, em grande parte, pelo processo evolutivo das atribuições do relator, deixando este de ter uma função de mero preparador dos autos para realmente decidir unipessoalmente o mérito, uma vez que neste período o órgão enfrentava um acúmulo de processos sem a respectiva decisão, reclamando uma solução que revertesse esta situação da Suprema Corte. Daí adveio a Lei nº. 3.396/58, que permitiu um primeiro exame de admissibilidade dos recursos extraordinários pela instância *a quo*, e alguns anos depois, em sessão plenária de 28 de agosto de 1963, o Supremo Tribunal Federal aprova uma Emenda Regimental alterando a redação do artigo 15, IV, do Regimento Interno da casa, ampliando os poderes do relator que desta feita passou a ter legitimidade para mandar arquivar o recurso extraordinário ou o agravo de instrumento, quando a matéria neles ventilada contrariasse jurisprudência sumulada.¹²¹

Ainda no ano de 1963 e cumprido o desiderato de desobstrução do STF, em Sessão Plenária, edita a Súmula 322, cujo teor da redação é no sentido de impedir seguimento a pedido ou recurso dirigido àquela Corte que seja manifestamente incabível, fora do prazo ou evidenciada a incompetência do mesmo.¹²²

Alguns anos mais tarde, em 1979, a Lei Complementar 35 de 14 de Março de 79 – Lei Orgânica da Magistratura (LOMN) -, em seu artigo 90, § 2º, já estabelecia determinadas circunstâncias em que era admissível o julgamento do mérito pelo relator.¹²³

Novamente o Plenário do Supremo Tribunal Federal, desta feita em 15 de Outubro de 1980, alterou o artigo 21, § 1º do Regimento Interno daquela casa para nele constar: “Poderá o Relator arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência.”¹²⁴

¹²¹ CARVALHO, Fabiano. **Poderes do Relator nos Recursos** - art. 557 do CPC. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14.

¹²² *Ibid.*

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ *Ibid.*

Cinco anos depois, em 04 de Dezembro de 1985, a Emenda Regimental nº. 2 desta data acresceu o § 2º ao artigo 21 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, cuja redação atribuía poderes ao relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, a desde já prover o Recurso Extraordinário.¹²⁵

Nota-se que são medidas legais de iniciativa que afeta ao Poder Judiciário anteriores à própria ação legislativa que já fornecia um norte para a solução daquilo que à época apenas se afigurava como uma tragédia anunciada. Embora com um lapso temporal médio de três décadas entre as primeiras medidas adotadas em âmbito interno da Suprema Corte e sua absorção definitiva na legislação federal – Código de Processo Civil -, tempo que possivelmente contribuiu para a consumação e agravamento desta anunciada tragédia, fato é que houve sim a iniciativa do Poder Legislativo na criação de um mecanismo que concedia maior agilidade para a conclusão das demandas judiciais, diminuindo o tempo de tramitação dos processos nos tribunais e, via de consequência, reduzindo a carga de trabalho dos órgãos colegiados enxugando suas pautas de julgamento.¹²⁶

Mecanismo este pensado com certa lógica, uma vez que, não há sustentação para argumentos defensivos no sentido de que um recurso manifestamente improcedente ou evidentemente contrário à maciça jurisprudência de determinado tribunal, fato constatado de plano pelo relator, ainda assim se arraste até uma sessão formal de Turma ou Plenário para ao final ter o mesmo destino daquele já percebido de imediato pelo relator.

Este recurso, embora com futuro anunciado, no entanto em nome do mero formalismo, exigirá inclusão em pauta, apreciação por todos componentes da turma ou do plenário, confecção de votos e toda a formalidade e cerimonial previstos para se atingir um mesmo fim, que desde logo e de maneira simplificada poderia já ter sido decretado. Com as alterações consumadas, se reserva o emprego das solenidades previstas às causas que dela de fato dependam, ou seja, não há perda de tempo com excessos de formalidades dispensáveis.¹²⁷

Este mecanismo serve à questão das demandas repetitivas uma vez que, determinada controvérsia já sedimentada em reiterada jurisprudência ou mesmo objeto

¹²⁵ *Ibid.*, p. 16.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 664.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v.3. p. 561.

de Súmula sejam tratadas de maneira mais célere sem a necessidade de mobilização de todo um sistema de julgamento, evitando que tribunais sejam abarrotados com recursos visando à reforma desta posição já consolidada. Evita a instalação de toda a estrutura judicial para debaterem uma ação cuja solução já está consolidada por meio de outras tantas já enfrentadas, dando ao órgão julgador, desta forma, uma maior dinâmica no desempenho de sua função e, por via reflexa, acode a questão do excesso de demandas ajuizadas, já que a agilidade na solução dos feitos impede o acúmulo.

2.1.1.1 Os precedentes paradigmas aplicáveis ao instituto.

Importante questão que não pode deixar de ser enfrentada é o exato alcance da expressão “jurisprudência dominante”, a ser tomada por paradigma quando da aplicação do instituto. Entende por jurisprudência dominante aquela já recorrente no tribunal por sua maioria absoluta, com diminuta divergência sobre a matéria.¹²⁸ Completa Cândido Rangel Dinamarco que por esta expressão pode ser tomada não só aquelas resultantes de um incidente de uniformização, mas também aquela existente em quantidade significativa de julgados, a critério do relator.¹²⁹

O *caput* do art. 557, do extinto código, elege por parâmetro autorizar a prolação da decisão negatória o precedente dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou ainda de Tribunal Superior.¹³⁰

Parte-se da ideia segundo a qual a reforma de 1998 objetou a celeridade processual, alcançada, em parte, pelo desestímulo do vencido em manejar peça recursal lhe demonstrando, desde logo, que esta iniciativa não terá chance de sucesso diante do posicionamento prevalecente das instâncias superiores.

Em última análise, este dispositivo trata da pertinência temática da decisão atacada para com a jurisprudência dominante de algum daqueles órgãos mencionados

¹²⁸ CARVALHO, Fabiano. O poder do relator nos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei nº 10.352/2001**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002. p. 203.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.); NERY JUNIOR, Nelson (coord). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.

¹³⁰ É conveniente que se traga para este trabalho a ressalva feita por Tereza Wambier (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 4. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com a nova lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.549) no sentido de que quando o legislador fez incluir a expressão “tribunais superiores”, referia-se exclusivamente ao Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar não interferem na justiça cível.

no *caput* do artigo. Entende por pertinência temática a perfilhação das teses jurídicas de um e outro, a qual, no ensinamento de Pedro Dias de Araújo, pode ser classificada em qualitativo e quantitativo. A identificação da tese jurídica no viés qualitativo dá-se quando há conexão de fundamentações jurídicas no mesmo sentido; cita como exemplo uma decisão de primeiro grau acerca de declaração de nulidade de determinada cláusula contratual com base no Código de Defesa do Consumidor, cujo entendimento reflete no respectivo Tribunal.¹³¹

Já em sua faceta quantitativa ocorre sempre que a decisão atinja a mesma conclusão, porém, fundamentada em diferentes razões; é o exemplo acima dado em que ambas reconhecem a nulidade de certa cláusula, porém um com fins nas prescrições do Código de Defesa do Consumidor e outra naquelas constantes do Código Civil.¹³²

Parece razoável a conclusão de que a pertinência temática intencionada pelo instituto em voga é aquela qualitativa, ou seja, um mesmo posicionamento final construído a partir dos mesmos fundamentos, pois, de outro norte, um mesmo entendimento erigido em alicerces distintos deixa de guardar similar situação jurídica e, por assim ser, escaparia da hipótese tratada no mencionado artigo.¹³³

Para que outra fosse considerada paradigmática no tribunal *ad quem* ou do próprio tribunal, de modo a viabilizar a aplicação deste instrumento legislativo, seria necessário que o decreto de nulidade, de igual sorte, fosse proferido a partir das regras do CDC. Se de outra forma, por exemplo, um decreto de nulidade fincado em direito prescrito pelo Código Civil, ausente estaria a pertinência temática em sua face qualitativa e, conseqüentemente, impedindo a aplicação do instituto em foco.¹³⁴

Nesta sorte de ideias, pela leitura da redação legal apreende, a princípio, que fundada a decisão negativa em precedentes de qualquer dos órgãos ali tratados, ainda que configurada a pertinência temática qualitativa, restaria confirmado os requisitos para a aplicação válida do instituto. No entanto, trata-se de uma falsa percepção: a necessidade que a norma traz é de uma relação lógica dos precedentes, tanto no tribunal local quanto nos superiores, pois, de outro norte não teria sentido o dispositivo caso

¹³¹ JUNIOR, Pedro Dias de Araújo. **Por uma Interpretação Sistemática do Artigo 557 do CPC.**

Disponível em:

<http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/PedroDias_InterpretSistDoArt557doCPC.pdf>.

Acesso em: 12 jan. 2016.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Ibid.*

fosse admissível à negativa de seguimento de um recurso em dado tribunal local por uma decisão ali consolidada, enquanto nos Tribunais imediatamente superiores esta posição é em sentido contrário; restaria aí configurada a violação ao direito constitucional de acesso ao duplo grau de jurisdição.¹³⁵

É precisamente o entendimento expressado pelo Superior Tribunal de Justiça extraído do seguinte julgado:

O relator pode negar seguimento a recurso que contrarie jurisprudência pacífica do respectivo Tribunal; a reforma dessa decisão depende ou da prova de que a jurisprudência do Tribunal não é aquela afirmada pelo relator ou da demonstração de que essa jurisprudência contraria a orientação, no particular, de Tribunais Superiores.¹³⁶

É de clareza solar a conclusão segundo a qual a expressão “jurisprudência dominante do respectivo tribunal” está inadequadamente lançada no texto legal, isso porque, para que configure “entendimento definitivo” a posição do tribunal local deverá guardar exata similitude com aquelas consolidadas nos tribunais superiores, tendo em vista que, da decisão do tribunal local, em tese, cabe ainda apelos às instâncias superiores. Daí o desacerto da previsão acerca do entendimento firmado pelo tribunal local.

Tanto é no mínimo questionável esta previsão que o próprio legislador, ao prever a possibilidade do relator, unipessoalmente, dar provimento ao recurso em conformidade com o entendimento dos tribunais superiores, não previu o tribunal local. (art. 557, § 1º-A, CPC/73). Tanto o *caput* quanto o § 1º-A do art. 557, do extinto código, cuidam do mesmo expediente, porém em circunstâncias distintas. Sendo assim, não há qualquer justificativa plausível para esta distinção que há entre um e outro senão a inserção equivocada da expressão “tribunais locais” no *caput* do artigo. Entretanto, como abordado nas linhas que se seguirão, esta aparente disparidade fora resolvida no Código de Processo Civil de 2015.

Com o vigente Código de Processo Civil de 2015 houve atualizações a este instituto. Tratado, como já dito, pelo atual artigo 932, §§ 4º e 5º, a possibilidade do

¹³⁵ VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual.e ampl. de acordo com a nova lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 160.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Agravo Regimental. 222.951, Relator Ministro Ari Pargandler, Data de Julgamento 6 abr. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900050029&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 12 mar. 2016.

relator negar seguimento ao recurso foi incrementada, agora, com as seguintes possibilidades: i) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos (art. 932, IV, “b”, Novo CPC); ii) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 932, IV, “c”, Novo CPC).

O inciso V, alínea “a” do mesmo artigo 932, Novo CPC, sanou uma contradição ressaltada nas linhas pretéritas, ou seja, a questão da previsão das súmulas do tribunal local. Na codificação anterior para negar seguimento ao recurso era possível tal fundamentação, contudo, para dar provimento ao recurso, o relator não poderia se valer do mesmo permissivo.¹³⁷ Nas alíneas “b” e “c” do inciso V do art. 932, do atual CPC, cuidou de reproduzir as novas possibilidades lançadas no inciso IV, sanado, portanto, a aparente contradição que havia.

Uma das críticas formuladas contra o instituto cuida de possível violação ao princípio processual da colegialidade das decisões. A formatação do Poder Judiciário brasileiro organizada na Constituição da República, em seu Título IV, Capítulo III, estabelece as instâncias primárias como monocráticas e as demais instâncias colegiadas, onde a revisão da decisão monocrática ocorre por uma turma ou plenário, isso de modo a assegurar uma maior probabilidade de acerto da justiça.¹³⁸

Entretanto, não há nas letras da constituição de forma expressa a determinação do juiz natural recursal, sendo esta previsão encontrada tão somente no Código de Processo Civil, ou seja, aborda a figura do juiz natural recursal representado pelo órgão colegiado do tribunal como o competente para o conhecimento do recurso.¹³⁹

No entanto, um exame do instituto em voga com maior afinco revela que ele preserva o princípio da colegialidade na medida em que não bloqueia seu acesso por parte do jurisdicionado¹⁴⁰, precaução esta tomada pela previsão constante do artigo 1.021 do Novo CPC, segundo o qual, das decisões do relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado.

¹³⁷ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016. Vide artigo 557, *caput* e seu parágrafo 1º-A.

¹³⁸ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 560.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 588.

¹⁴⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 29.

Presente dispositivo legal que assegura ao jurisdicionado a revisão da decisão por um colegiado, resta afastada a alegação de inconstitucionalidade. Esta é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode notar na seguinte passagem: “Tem legitimidade constitucional disposição regimental que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, desde que as decisões possam ser submetidas ao controle do colegiado”.¹⁴¹

Além do que, há expressa previsão legal acerca da possibilidade do julgamento do recurso de maneira monocrática pelo relator. Sendo assim, está o jurisdicionado previamente ciente que sua peça pode ser apreciada em definitivo pelo relator sem alcançar o colegiado, fato que diante de sua expressa previsão, em nada fere direitos dos jurisdicionados. Coloca-se o relator, ao lado do colegiado, como autoridade competente para conhecer e julgar o recurso.

Outra das críticas enfrentada pelo instituto, mesmo antes das alterações ora abordadas, é quanto à atribuição pelo legislador de maior importância à súmula frente àquela efetivamente permitida pelo sistema constitucional. Contudo, após estas alterações, as críticas foram mais incisivas, já que ser contrário não somente à súmula, mas agora, também, a jurisprudência dominante são motivos suficientes para o legislador, para servir de embasamento legal para uma decisão de negativa de seguimento ao recurso.¹⁴²

Ao nosso sentir, trata de um posicionamento esvaziado, notadamente pelo aqui enfrentado acerca do raciocínio lógico que permeou toda a evolução normativa do instituto. A importância dada ao precedente não transcende à permitida como alegado, ao contrário, apenas ao nosso sentir lhe confere o justo papel outrora omitido, qual seja, de orientação as novas contendas similares, afigurando verdadeiro contrassenso desprezar um fruto jurídico já consolidado.

2.1.2 Súmula Impeditiva de Recurso.

A Lei 11.276/06 acresceu no artigo 518 do Código de Processo Civil revogado, o parágrafo § 1º, que antes era dotado de parágrafo único sendo este deslocado para o

¹⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno Ag. 151.354-3-MG, Ag. Edcl-Ed., Relator Ministro Néri da Silveira, Data de Julgamento 16 abr. 1999. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=40098>. Acesso em: 14 jan. 2016.

¹⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 1, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 623.

parágrafo segundo, criando a denominada súmula impeditiva de recurso. Não destoia da intenção que norteou a Lei aventada no tópico anterior, ou seja, simplificar a decisão que impede seguimento de recurso quando de plano constatada sua inviabilidade.

Trata especificamente o § 1º do artigo 518 do Código anterior da possibilidade do juiz não receber o recurso de apelação quando sua decisão nele objurgada estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Também, a exemplo da norma acima analisada, esta atual possui precedentes oriundos do próprio Poder Judiciário, que devido a sua práxis do dia a dia na atividade judicante possui uma visão mais sensível as alternativas aos empecilhos opostos à atividade.

Em 2004, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar Junior, a pedido do Conselho da Justiça Federal elaborou um documento denominado de “Proposta para Alteração do Sistema Recursal Civil”¹⁴³. No item nº. 14 desse documento consta a seguinte proposição: “Decisão conforme súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior não admitirá recurso.”. Segue-se a esta proposta a justificativa que se transcreve: “A súmula deve ter efeito impeditivo de recurso, uma vez que já se sabe qual o resultado do julgamento a ser proferido na instância superior”.¹⁴⁴

Analisando a exposição de motivos redigida pelo então Ministro da Justiça e um dos expoentes da Advocacia nacional, Márcio Thomas Bastos, do projeto de Lei 4724/2004, convertido na Lei ora em análise, de fácil percepção a *mens legislatoris* por detrás da criação desta norma:

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de

¹⁴³ JUNIOR, Antonio Janyr Dall’Agnol. **Admissão do recurso de apelação e Súmulas** – (Exegese do art. 518, § 1º, do CPC). Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6358-admissao-do-recurso-de-apelacao-e-sumulas-exegese-do-art-518-1-do-cpc> 2013>. Acesso em: 17 nov. 2015.

¹⁴⁴ *Ibidem*

dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

O anteprojeto igualmente altera o art. 518 do CPC, e de maneira a inserir em seu § 1º a previsão do não recebimento, pelo juiz, do recurso de apelação, quando a sentença estiver em conformidade com Súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se, portanto, de uma adequação salutar que contribuirá para a redução do número excessivo de impugnações sem possibilidades de êxito.¹⁴⁵

No entanto, por opção do legislador, as súmulas abordadas no texto legal restringiram-se às provenientes de dois Tribunais Superiores: o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁶

Não haveria razão plausível para dar seguimento a um Recurso de Apelação cuja decisão final é esperada no sentido de seguir a posição sumulada na qual erigida à decisão atacada. Novamente, seria movimentar toda a estrutura do Tribunal, com seus ritos e solenidades para debruçarem-se sobre um recurso cujo resultado final já é conhecido, ou seja, uma conduta contraproducente, injustificada, enfim, excesso de formalidade inútil.

Os argumentos que sustentam este instrumento legislativo destacam-se pela simplicidade; um deles é no seguinte sentido: se é admitido que uma súmula vincule juízes e tribunais, lhes impedindo de julgar de modo a contrariá-las, de igual sorte é válida a proibição à parte de recorrer contra decisão calcada em entendimento assentado em jurisprudência sumulada. Em ambos os casos está em foco idêntico valor: o prestígio às súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.¹⁴⁷

Há, ainda, outro argumento, desta feita calcado na economia processual: se a função uniformizadora interpretativa da legislação federal e do texto constitucional cabem ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, respectivamente, qualquer decisão contrária ao posicionamento destas Cortes estaria tão somente procrastinando o feito até que atinja, em grau de recurso, uma ou outra das Cortes, a depender da natureza da matéria versada, onde serão confirmadas ou reformadas nos padrões do entendimento ali predominante. De sorte que, em última análise, seria mera

¹⁴⁵ BRASIL. Planalto. Exposição de motivos do Projeto de Lei 4724/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/182.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

¹⁴⁶ Neste sentido: ASSIS, Araken.de. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 178.

¹⁴⁷ JUNIOR, *op. cit.*, p. 645.

perda de tempo e procrastinação desnecessária ao processo, uma vez que sua solução já é, desde logo, previsível.¹⁴⁸

O instituto encontra guarida nos tribunais pátrios, a exemplo do aresto que se colhe junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual com a devida *venia* transcreve-se:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - APELAÇÃO - SEGUIMENTO NEGADO - APLICAÇÃO DO ART. 518, § 1º, DO CPC - SENTENÇA EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DO STJ (SÚMULA N. 314/STJ) - ALEGAÇÃO NO SENTIDO DE QUE A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE É DECENAL E NÃO QUINQUÊNAL - RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Dispõe o art. 518, § 1º, do CPC que o juiz não receberá a apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.
2. Verificada que a sentença está em conformidade com a Súmula 314 do STJ, correta a negativa de seguimento da apelação. O dispositivo processual tem por objetivo evitar impugnações que não tenham possibilidade de êxito, quando o STJ, última palavra em direito infraconstitucional, definiu a correta interpretação da norma legal através de enunciado sumular.
3. Recurso especial não provido.¹⁴⁹

Desta sorte, esta alteração legislativa implantou, em última análise, mais um requisito de admissibilidade ao Recurso de Apelação, é dizer: além da análise do preparo, da legitimidade para recorrer, da tempestividade, a sentença da qual erigida o Recurso de Apelação não pode estar fundada em súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ressaltar que este juízo de admissibilidade é estendido, inclusive, ao próprio juiz que recebe o recurso, ou seja, ainda na instância *a quo*, já que a dicção do § 1º do artigo 518 traz expressamente “juiz”. Por regra, o juízo de admissibilidade é inerente ao órgão *ad quem*, mas que compartilha com o órgão *a quo* este ônus como meio facilitador aos trâmites procedimentais, com vistas ao princípio da economia processual.¹⁵⁰

Nota-se a semelhança deste instituto com o anteriormente analisado: o juiz *a quo*, aqui, assemelha-se a figura do relator lá, onde no exame de admissibilidade do recurso de apelação lhe é dada competência para negar-lhe seguimento caso a decisão

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1078394/PE. 2ª Turma. Relatora Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento 16 out. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=artigo+518+cpc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 18 mar. 2016.

¹⁵⁰ JUNIOR, Nelson Nery. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 255.

esteja em conformidade com súmulas dos STJ ou STF, ou seja, trata da mesma *ratio* que confere igual competência ao relator na instância superior. O recurso de apelação, nestas condições, não apenas não irá encher a pauta do respectivo tribunal como ainda sequer irá fazer número na pauta do relator, já que sua tramitação será interrompida já na instância inaugural.

Além daquelas críticas formuladas contra o instituto anteriormente analisado – ofensa ao duplo grau de jurisdição, ofensa ao princípio do colegiado que também são reiteradas aqui –, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier chamam a atenção para o fato desta inovação legislativa não alcançar o resultado pretendido, qual seja, desacumulo de processos nos tribunais, uma vez que diante do cabimento de recurso de agravo de instrumento da decisão do juiz *a quo* que nega seguimento ao recurso de apelação, o que se estaria implantando, na verdade, seria tão somente mais uma instância a colocar-se entre a sentença e o acórdão.¹⁵¹

Outro ponto arguido seria a natureza da súmula impeditiva de recurso muito próxima, ou praticamente a mesma, da súmula vinculante, alegação precisamente rebatida por Bottini e Renault, que entendem que ao inverso da súmula vinculante, a medida não impõe ao juiz *a quo* que se atenha a interpretação dos tribunais mencionados na lei¹⁵², ou seja, em entendendo o juiz por bem não aplicá-lo, assim decidirá de modo válido, devolvendo a matéria ao conhecimento do tribunal respectivo, margem de discricionariedade esta que não existe na Súmula Vinculante.

Ainda estes mesmos autores:

Cabe ressaltar que a nova lei traz as vantagens da súmula vinculante, mas não vem acompanhada de seus alardeados efeitos. Isso porque sua aplicação evita a procrastinação de discussões de direito já assentadas pelos tribunais e, no entanto, não engessa a criação jurisprudencial, pois permite ao juiz a divergência, a discordância salutar e necessária ao desenvolvimento das teses jurídicas e da interpretação das normas. Ao magistrado cabe discordar das orientações sumuladas, quando acreditar pertinente e necessário, ou, por outro lado, acompanha-las, impedindo a utilização de recursos.¹⁵³

¹⁵¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 237.

¹⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. **Os caminhos da reforma**. São Paulo: Revista do Advogado, 2006. p. 11.

¹⁵³ *Ibidem*.

De modo que, ao nosso sentir, não há a presença do tão temido efeito de engessamento do direito, haja vista a inexistência de amarras do juiz *a quo* ao entendimento dos tribunais superiores.

Um fator que não pode ser omitido refere-se ao fato da aplicação do instituto pressupor inteira fidelidade da sentença à súmula do STJ ou do STF, toda ela tem que encontrar correspondente na súmula e não apenas parte dela.¹⁵⁴ Assim sendo, não se tratando de efeito vinculante, fica a parte permitida recorrer de sentença fundada em súmula para tentar demonstrar, por exemplo, que o entendimento sumulado não mais prevalece no próprio órgão, encontra-se superado que o entendimento sumulado é errado, que a sentença não deu adequada aplicação à súmula.¹⁵⁵ Afasta-se, desta maneira, por completo, a crítica formulada neste particular.

2.1.2.1 Alterações introduzidas pelo novo código de processo civil.

A matéria atinente ao recurso de apelação é tratada na nova normatização pelos artigos 1.009 e ss., ao que parece, ouve a opção do legislador em substituir o instituto aqui analisado – súmula impeditiva de recurso – pelo anteriormente analisado. Pela leitura do atual artigo 1.010, não se encontra mais dentre as providências do magistrado *a quo* o poder de negar seguimento ao recurso quando a decisão esteja em conformidade com súmulas do STJ e do STF.

Logo abaixo, em seu artigo 1.011, Inciso I, traz a previsão da decisão monocrática de negativa de seguimento à apelação, mas desta feita pelo relator do recurso e não mais pelo juiz *a quo*, permissivo este quando em termos com o artigo 932 e Incisos III a V, justamente o instituto tratado no tópico anterior.

Entretanto, se de fato foi sepultado o instituto da súmula impeditiva de recurso previsto no § 1º, art. 518 do Código revogado ou apenas adotou novas feições, apenas poderá ser aquilatado com as práticas diárias instrumentalizadas a partir do recém

¹⁵⁴ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**, 50. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 593-594.

¹⁵⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1. p. 228.

inaugurado Código de 2015 e com a consequente manifestação dos doutrinadores que por certo virão ao longo do tempo enfrentar esta questão.¹⁵⁶

2.1.3 Julgamento Prévio da Improcedência do Pedido

Instrumento implantado via Lei 11.277/06 incluiu no Código de Processo Civil o artigo 285-A, atual artigo 332 do Novo CPC, através do qual fica permitido ao juiz, quando o fato controvertido for unicamente de direito e neste mesmo juízo já haverem precedentes de julgamento de total improcedência em casos idênticos, dispensar a citação do réu e proferir a sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

Prestigia a norma o princípio da razoável duração do processo inserto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República, que busca salvaguardar o judiciário da prática de atos inúteis à formação da convicção do magistrado.¹⁵⁷

Sua aplicação pressupõe o preenchimento de alguns requisitos tais como: haver no mesmo juízo sentença anterior cuja matéria do processo a ser julgado tenha sido objeto do contraditório; que este julgado paradigma tenha sido integralmente decidido pela improcedência; que a questão de mérito a ser julgada seja unicamente de direito ou se de direito e fato não houver necessidade de dilação probatória; a decisão a ser proferida deve ser uma sentença.¹⁵⁸

Desde os bancos da academia, o operador do direito aprende a forma tríplice da relação processual, onde na base estão as partes em igualdade de condições e no ápice o Estado, representado pela figura do juiz. Esta forma tríplice da relação processual apenas se aperfeiçoa com a citação válida do réu, após a distribuição da ação e o despacho inaugural do juiz.

¹⁵⁶ Como por exemplo, a manifestação de Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem não só está sepultado o instituto da súmula impeditiva de recurso da forma como concebida no artigo 518, § 1º, do extinto CPC, como também atirou na mesma vala o juízo de admissibilidade realizado pelo juízo de primeiro grau. A esta segunda assertiva corrobora sua conclusão o quanto estipulado na parte final do parágrafo terceiro do art. 1.010 do Novo CPC, o qual traz: “independentemente de juízo de admissibilidade.” No entanto, ainda assim, não nos parece crível que um magistrado de instância inaugural aceite e encaminhe a instância superior recurso de apelação que incorra em erros crassos como, na hipotética situação do recurso ter sido imposto pela parte que carece de interesse recursal, ou ainda interposto por quem não detém capacidade postulatória nos autos. Admitir que o juiz *a quo* deverá fechar os olhos a situações desta natureza é, por tudo e em tudo, agir em sentido contrário ao até aqui perseguido pelas inovações legislativas tratadas. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil**, São Paulo: Método, 2015. p. 551.

¹⁵⁷ FILHO Misael Montenegro **Petição inicial curso de direito processual civil**, vol. 1, Teoria geral do Processo e processo de conhecimento. 4. ed. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas S.A, 2007. p. 324-325.

¹⁵⁸ DONIZETTI, Elpidio, **Curso didático de direito processual civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 305.

A situação trazida pela Lei 11.277/2006 é no sentido de uma relação jurídica atípica, em que se considera válida a relação processual mesmo sem a citação do réu, permitindo ao magistrado atingir um juízo cognitivo profundo do processo com a prolação da sentença de mérito. De se destacar o grau de inversão das diretrizes basilares do processo, fato que revela a profundidade da alteração com vistas ao enfrentamento das ações repetitivas.

Não é outra o *mens legislatoris* ao criar esta norma senão a mesma já identificada por ocasião das normas abordadas nos tópicos anteriores. É propositada a repetição em cada um dos tópicos acerca da intenção do legislador ao criar as normas aqui analisadas, para com isso aclarar o trabalho do Poder Legislativo focado no combate à mazela das ações repetitivas e do acúmulo de ações ativas junto ao Poder Judiciário.

Oriunda do Projeto de Lei 4728/2004 de cuja exposição de motivos, a exemplo da norma acima tratada também redigida pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos, já encontra-se referência expressa ao combate das ações repetitivas, diz o texto:

Sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão.

A proposta vai nesse sentido ao criar mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo já houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada.

A sugestão encontra-se acorde com os preceitos que orientam a política legislativa de reforma infra-constitucional do processo, ressaltando que a proposta resguarda o direito do autor apelar da decisão, possibilitando, ainda, a cassação da mesma pelo juiz, e o prosseguimento da demanda em primeira instância.¹⁵⁹

É taxativo o legislador ao afirmar que o mecanismo legislativo apresentado é de permitir ao juiz “nos casos de processos repetitivos”, ou seja, é a atuação direta do

¹⁵⁹ BRASIL. Planalto. **Exposição de motivos do Projeto de Lei 4728/2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/186.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

Poder Legislativo visando fornecer subsídios ao Poder Judiciário para enfrentar esta nova configuração dos conflitos sociais que batem à sua porta.

Mas este dispositivo não dispensa o juiz da análise dos requisitos precedentes à aplicação deste instituto; continua o juiz obrigado a, tão logo recebida a petição inicial, averiguar se estão presentes os requisitos da petição inicial (arts. 319 e 320, Novo CPC).

Ou seja, são deveres do magistrado que antecedem o enfrentamento do mérito da causa, haja vista que, por exemplo, percebendo o juiz sua incompetência absoluta para conhecer da petição inicial lhe tocará tão somente declinar para aquele que seja competente, sem adentrar em qualquer questão de mérito da demanda.

Ultrapassadas estas etapas, caberá ainda ao magistrado, desta feita já em sede meritória, averiguar se a petição inicial não está sujeita às causas de decadência, uma vez que até a vigência do instituto aqui tratado, a única hipótese em que é permitido ao juiz enfrentar o mérito da demanda de pronto, sem conhecimento do réu, é quando constatada uma causa de decadência. Constatando o juiz a decadência do pedido, ao invés de citar o réu, de pronto proclama sentença definitiva de mérito; ou ainda averiguar se não encontra-se fulminado pela prescrição.

Contudo, segundo a jurisprudência dominante, a aplicação desta norma exige, ainda, que o entendimento reiterado da instância inaugural esteja em consonância com orientação pacífica do Tribunal Superior ou do Tribunal a qual está vinculada a instância originária.

Este é o entendimento firmado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar o Recurso Especial 1.225.227, relatado pela Min. Nancy Andri ghi, de cujo Acórdão colhe-se a seguinte Ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. SENTENÇA LIMINAR DE IMPROCEDÊNCIA. ART. 285-A DO CPC. NECESSIDADE DE CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL LOCAL E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

1. Sentença de improcedência proferida com fulcro no art. 285-A do CPC que, embora esteja em consonância com a jurisprudência do STJ, diverge do entendimento do Tribunal de origem.
2. O art. 285-A do CPC constitui importante técnica de aceleração do processo.
3. É necessário, para que o objetivo visado pelo legislador seja alcançado, que o entendimento do Juiz de 1º grau esteja em consonância com o entendimento do Tribunal local e dos Tribunais Superiores (dupla conforme).

4. Negado provimento ao recurso especial.¹⁶⁰

A exemplo dos demais instrumentos jurídicos até aqui analisados, criados com foco ao combate de demandas repetitivas e acúmulo de ações junto ao poder judiciário, as críticas resumem-se na inconstitucionalidade do instituto, uma vez que incorre em suposta afronta a demais garantias de ordem constitucional. Neste sentido, Alexandre Câmara defende a inconstitucionalidade do artigo por entender violado o princípio constitucional da isonomia.¹⁶¹

Já Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery também comungam da inconstitucionalidade da norma por entenderem feridos os princípios da isonomia, devido processo legal, direito de ação, contraditório e ampla defesa, e demais fundamentos.¹⁶²

Lado outro, encontram patrocinadores à defesa da constitucionalidade da norma como Antônio Machado, para quem a figura não infringe qualquer princípio constitucional, em que pese suprimir quase todo o procedimento de primeira instância¹⁶³, ou Theodoro Júnior ao defender que o julgamento liminar previsto por este instituto não contraria o devido processo legal no que se refere a contraditório e ampla defesa.¹⁶⁴

Outra crítica que pesa contra a norma é quanto a falta de precisão técnica da redação do dispositivo, notadamente no que se refere à exigência de precedentes anteriores sem, no entanto, precisar a quantidade necessária em atender ao requisito legal. Ao deparar com a redação do instituto denota-se que o mesmo se limita a informar a necessidade de “outros casos idênticos”, sem de fato precisar quantos seriam.

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.225.227-MS (2010/0223447-0), Relatora Ministra. Nancy Andrighi., Data de Julgamento 12 jun.2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23429894/recurso-especial-resp-1225227-ms-2010-0223447-0-stj/inteiro-teor-23429895>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

¹⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Processo de conhecimento**. Lições de Direito Processual Civil. vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 281-283.

¹⁶² JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 555.

¹⁶³ MACHADO Antônio da Costa. **Código de processo civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, leis processuais extravagantes processuais anotadas. 2. ed. Barueri-SP: Manole, 2008, p. 304.

¹⁶⁴ JUNIOR, Humberto Theodoro **Petição inicial**. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 407.

No entanto, resta claro, ao menos, que a exigência é de pelo menos dois casos paradigmas, já que a lei se refere no plural.¹⁶⁵

2.1.3.1 A abordagem do instituto pelo novo código de processo civil.

Ao apreciar as inovações legislativas do instituto no Novo CPC constata-se, a partir da exposição até aqui feita acerca do mesmo, que o legislador nada mais fez que absorver o quanto já proclamado pela doutrina e jurisprudência.

Há de se recordar do exposto acima que a doutrina já chamava a atenção para antes mesmo da aplicação deste instituto, o juiz deveria verificar se sujeita a pretensão do autor à decadência ou prescrição. Pois bem, isso agora consta expressamente do texto legal, artigo 332, § 1º, Novo CPC.

Outra alteração cuida da homogeneização do sistema processual brasileiro no que concerne à valorização dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. É possível constatar das alterações legislativas ocorridas nos institutos tratados neste capítulo, as quais temos demonstrado individualmente, que nas normas que objetam a questão do precedente, todas elas inovaram para constar como válidos na qualidade de paradigmas, aqueles emanados dos referidos tribunais superiores, especialmente Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Na exposição atinente ao presente instituto trouxemos à baila, inclusive, o acórdão proferido no julgamento do REsp 1.225.227 – STJ, o qual assentava entendimento segundo o qual o julgado paradigmático da instância *a quo* para aplicação do presente instituto deveria estar em consonância com o entendimento assentado nos referidos tribunais superiores. Claro! pois como já escrito neste trabalho em linhas pretéritas, o precedente que de fato possui o condão de nortear todo o Poder Judiciário é aquele das instâncias superiores, pouco ou nada importando aquele firmado nas instâncias inferiores se em sentido contrário àqueles.

Assim é que a nova legislação suprimiu os julgados da instância originária como paradigma, fazendo contar as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. (art. 332, I, Novo CPC). Uma opção, ao nosso sentir, mais técnica diante da já manifestada posição da exigência da correspondência das decisões firmadas

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido é a lição dada por MACHADO, *op. cit.*, p. 604.

pelo Tribunal local para com aqueles superiores; que deixe, então, de uma vez por todas a previsão apenas dos tribunais superiores.

Os incisos II e III deste mesmo artigo seguem a tendência já revelada em outras passagens, como nos artigos 932, IV, e suas alíneas, 1.035, § 3º, Incisos I e II, ou seja, matérias que muito embora não sejam temas de enunciados sumulados, mas que atravessaram procedimentos que lhes garantiram amplo debate antes de firmado o entendimento.

E, finalmente, o inciso IV que trata de enunciado de súmula do tribunal de justiça, mas apenas e tão somente sobre direito local, o que justifica o afastamento do STJ e do STF e a primazia daquela instância.

2.1.4 Da Repercussão Geral e do Julgamento por Amostragem

Introduzida no ordenamento pátrio via Emenda Constitucional 45, de 8 de Dezembro de 2004, que por sua vez introduziu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, regulamentada pela Lei 11.418/06. Cuida esta legislação, possivelmente, de uma das mais incisivas investidas legislativas no enfrentamento das causas repetitivas e no acúmulo de demandas ativas junto ao Poder Judiciário. Trouxe para o ordenamento pátrio os institutos da repercussão geral no âmbito do Recurso Extraordinário e do chamado julgamento por amostragem, inserindo no Código de Processo Civil, revogado os artigos 543-A e 543-B, atuais 1.035, 1.036 e ss. do Novo CPC.

2.1.4.1 A repercussão geral.

Tratada no artigo 1.035 do atual Código de Ritos, estabelece:

Art. 1.035. - O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º - Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do processo;

§ 2º - O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal

Na lição de Marinoni e Mitidiero, a repercussão geral é assim abordada:

Impõe-se que a questão debatida, além de se ensartar como de relevante importe econômico, social, político ou jurídico, ultrapasse o âmbito de interesse das partes. Vale dizer: tem de ser transcendente. Também aqui o legislador infraconstitucional alça mão de linguagem propositalmente vaga, consentindo ao Supremo Tribunal Federal a aferição da transcendência da questão debatida a partir do caso concreto. A transcendência da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pode ser caracterizada tanto em uma perspectiva qualitativa como quantitativa. Na primeira, sobreleva para individualização da transcendência o importe da questão debatida para a sistematização e desenvolvimento do direito; na segunda, o número de pessoas susceptíveis de alcance, atual ou futuro, pela decisão daquela questão pelo Supremo e, bem assim, a natureza do direito posto em causa (notadamente, coletivo ou difuso).¹⁶⁶

Igual precisão goza a manifestação de Bruno Dantas na conceituação do instituto:

Pressuposto especial de cabimento do recurso extraordinário, estabelecido por comando constitucional, que impõe que o juízo de admissibilidade do recurso leve em consideração o impacto indireto que eventual solução das questões constitucionais em discussão terá na coletividade, de modo que se lhe terá por presente apenas no caso de a decisão de mérito emergente do recurso ostentar a qualidade de fazer com que parcela representativa de um determinado grupo de pessoas experimente, indiretamente, sua influência, considerados os legítimos interesses sociais extraídos do sistema normativo e da conjuntura política, econômica e social reinante num dado momento histórico.¹⁶⁷

Dentro deste conceito formulado por Dantas, ressalta a natureza que transveste a repercussão geral na seara processual, qual seja, a condição de pressuposto de admissibilidade do Recurso. Além de tantos outros pressupostos como preparo, legitimidade e interesse para recorrer e prazo de interposição, está o recorrente, ainda, obrigado a demonstrar a presença da repercussão geral em seu Recurso Extraordinário sob pena do mesmo ter seguimento negado.¹⁶⁸

Há, ainda, situações em que se presume a existência da repercussão geral: quando o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal, consoante previsto no artigo 543-A, § 3º do extinto Código de Processo Civil, dispositivo que sofreu alterações no novo código conforme abordado mais adiante.

Esta novidade legislativa permitiu uma readequação do Supremo Tribunal Federal a sua verdadeira condição de Tribunal Constitucional e não como mera

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão geral no recurso extraordinário**, 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 37-38.

¹⁶⁷ DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais* – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, págs. 246/247.

¹⁶⁸ Neste sentido, também, AZEM, Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.75.

instância recursal a toda e qualquer demanda, entendimento do qual comunga Teresa Wambier.¹⁶⁹

De outro norte, inquestionavelmente solucionou, pelo menos em parte, o problema do excesso de demandas junto a Suprema Corte, circunstância constatada de face, se analisados os dados estatísticos de distribuições de feitos junto ao Excelso Pretório antes e depois da vigência desta norma: no ano de 2006 foram distribuídos aproximados 116 mil processos; no ano seguinte, 2007, 112 mil processos aproximadamente, números que em 2008 já foram reduzidos para 66 mil processos e, em 2009, 42 mil processos, aproximadamente.¹⁷⁰

Não foram poucas as afirmações dando conta de uma crise do Supremo Tribunal Federal, ou então de uma crise numérica desta Corte, agravada após a promulgação da atual Carta Constitucional, que já sob o modelo anterior tinha no Recurso Extraordinário seu epicentro, materializada esta crise de forma radical no sistema difuso, que implicou em um aumento vertiginoso dos Recursos Extraordinários junto ao STF e consequentes agravos de instrumento interpostos contra as decisões denegatórias de seguimento deles.¹⁷¹

Não é única a causa para a explosão numérica do Recurso Extraordinária ocasionada após a Constituição de 1988: por um lado há a massificação das demandas nas relações homogêneas e, por outro, discussões acerca de temas como planos econômicos, sistema financeiro de habitação, fundo de garantia por tempo de serviço, índices de reajuste do Instituto Nacional do Seguro Social, ocasionaram a multiplicação de demandas que a falta de um mecanismo de essência minimamente objetiva para resolver essas causas de massa, implicaram em uma avalanche de processos que versavam sobre uma única tese, atingindo o STF pela via do Recurso Extraordinário.¹⁷²

Dentro deste contexto, terminou o Supremo Tribunal Federal por avalizar uma tendência de maior objetivação do Recurso Extraordinário, abandonando seu caráter

¹⁶⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 292. Segundo ela, a repercussão geral permitiu ao Supremo Tribunal Federal o exercício de seu verdadeiro múnus, ou seja, cuidar do direito objetivo – eficácia, uniformidade e interpretação, e não de direitos subjetivos dos litigantes, haja vista que o direito objeto é que possui reflexos à nação.

¹⁷⁰ Dados obtidos segundo estatísticas divulgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?pagina=pesquisaClasse&servico=estatistica>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

¹⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 972.

¹⁷² *Ibid.*, p. 973.

subjetivo, para assumir, de forma decisiva, a defesa da ordem constitucional objetiva¹⁷³, sendo a exigência da repercussão geral, um elemento identificador desta mudança de paradigma da Suprema Corte.

2.1.4.2 Julgamento por amostragem.

No que tange ao instituto previsto no artigo 1.036 do Novo CPC, o instituto do julgamento por amostragem trouxe um dos mais imediatos instrumentos de enfrentamento das ações repetitivas de que dispõe a legislação brasileira. Seus benefícios vão além do simples controle desta espécie de demandas no Poder Judiciário, apresentando benefícios no seguinte sentido:

- Em primeiro lugar, garante uma uniformidade de decisões para casos similares, fato de relevante contribuição para a segurança jurídica e para a credibilidade do Poder Judiciário. Para quem milita no Judiciário não é novidade situações segundo a qual demandas similares, por exemplo, ações por danos morais contra inserção indevida em órgãos de proteção ao crédito – SPC e SERASA -, não é rara a situação em que um mesmo causídico que patrocine duas ações desta natureza obtenha em uma delas uma condenação em determinado valor e em outra, valor muito inferior, sem que haja nas ações qualquer condição peculiar que justifique tal diferença.

É uma situação quase inexplicável para um leigo, não entenderá que em situações similares o outro alcançou um valor de indenização superior ao seu; certamente lhe despertará suspeitas de favorecimento, discriminações, influências pessoais, etc.

No segundo momento favorece uma uniformização interpretativa sobre fatos similares e normas aplicáveis, pois, ainda nos valendo do exemplo anterior, pior que justificar diferenças de valores em condenações sobre o mesmo fato é justificar uma decisão que reconhece o direito pleiteado a um, ao passo que ao outro não. Como ressaltado na exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil:

[...] posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações

¹⁷³ *Ibid.*, p. 974.

idênticas, tenham de submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.¹⁷⁴

É neste mesmo sentido que Raphaelle Costa Carvalho¹⁷⁵, citando o Ministro Luiz Fux, afirma que decisões isoladas nestas espécies de ações repetitivas implica, para além de volume excessivo de trabalho para os juízes, o risco de decisões conflitantes em causas idênticas, restando assim violada a cláusula pétrea da isonomia.

- E em terceiro lugar, o objetivo primeiro desta norma, alcançado segundo nosso sentir em parte, é no sentido de que inúmeras demandas, nas mais diferentes instâncias, são resolvidas em apenas um único julgamento, racionalizando a prestação jurisdicional e, em última análise, favorecendo não apenas os envolvidos nas ações de natureza repetitivas, como também todos os demais jurisdicionados que possuem uma ação aguardando solução.

Por este dispositivo caberá ao Tribunal de origem, constatada a ocorrência de demandas repetitivas, selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo para análise da repercussão geral, sobrestando a tramitação dos demais. Entendendo a Suprema Corte pelo não atendimento do pressuposto da repercussão geral, todos os demais recursos sobrestados, desde logo, serão considerados prejudicados.

Lado outro, vislumbrando a Suprema Corte a presença da repercussão geral, a decisão proferida no mérito valerá como precedente a ser seguido pelos Tribunais inferiores nos demais recursos que aguardam sobrestados; é o que Barbosa Moreira denominou de “julgamento por amostragem”.¹⁷⁶ Ou ainda, nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, trata-se da “objetivação do Recurso Extraordinário”.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Exposição de Motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

¹⁷⁵ CARVALHO, Costa Raphaelle. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Breve Análise de Sua Estrutura e de Seu Papel na Realidade Processual Brasileira. **Revista de Processo**. ano 40, n. 250. Dezembro 2015. Editora Revista dos Tribunais. p. 292.

¹⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, n. 332, p. 619.

¹⁷⁷ No recurso extraordinário, alega violação aos arts. 59 e 239 da Constituição Federal. (...) apesar de não se vislumbrar no presente caso a violação ao art. 239 da Constituição, diante dos diversos aspectos envolvidos na questão, é possível que o Tribunal analise a matéria com base em fundamento diverso daquele sustentado. A proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (RE 388.830, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 10/03/06. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261682>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

Em conformidade com o entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ao apreciar as questões de ordem nos autos do AI 715.410, relatado pela Ministra Ellen Gracie e do RE 540.410, de relatoria do Ministro Cesar Peluso, DJe 04.09.2008, entra nesta providência do instituto, inclusive os recursos interpostos anteriormente a vigência da Lei 11.418/06, ou seja, aqueles recursos interpostos antes de 03.05.2007.

Especial atenção deve ser despendida aos recursos selecionados para representarem a controvérsia, uma vez que estes devem fielmente retratar a controvérsia a partir da suscitação de todas as razões que fundamentam a pretensão externada. É possível afirmar com toda segurança que é na adequada e prudente seleção dos recursos representativos da controvérsia que reside a eficácia da norma ora em apreço.

Isso porque, para que o precedente firmado pelo Supremo seja aplicado aos demais recursos sobrestados faz-se necessário que todas as teses argumentativas tenham sido enfrentadas no julgamento paradigma, de modo que todas as peculiaridades possíveis existentes caso a caso sejam enfrentadas no recurso selecionado. Mantida em qualquer um dos recursos sobrestados alguma peculiaridade que o separe daqueles representativos da matéria, será este um caso peculiar com elementos novos que não permitem sua colocação na mesma prateleira dos demais, e como tal, exige a apreciação do Poder Judiciário por força do princípio esculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Tal cuidado deve também ser observado com relação às peças defensivas apresentadas pelos recorridos. De maneira alguma o mecanismo introduzido pelo instituto aqui tratado se sobrepõe aos princípios basilares do processo como o Contraditório e a Ampla Defesa (artigo 5º, LV, CF/88).

De modo que, à sorte do recurso que possua fundamentos não apreciados na amostra objeto do julgamento, e por conseguinte restará apartado da matéria coletiva, também assim será com aquele que possua tese defensiva não contida na amostra, ou seja, será um recurso que exigirá apreciação individual pela Suprema Corte.

Portanto, as amostras selecionadas para julgamento devem representar a controvérsia em sua maior amplitude, sob pena de não abraçarem todos os recursos que versem sobre dada matéria. No entanto, uma vez selecionadas amostras ideais, estará assegurado o sucesso desta norma atinente a sua finalidade de celeridade processual, homogeneização dos julgados e adequada abordagem às demandas repetitivas.

Seguiu-se a esta norma a Lei 11.672, de 8 de Maio de 2008, que implantou igual procedimento voltado aos processos do Superior Tribunal de Justiça, inserindo no extinto Código de Processo Civil o artigo 543-C, atual 1.036 e ss., a partir da mesma sistemática da Lei anteriormente tratada, razão pela qual dispensa maiores considerações.

2.1.4.3 Os institutos no novo código de processo civil

A Lei 13.105/2015, que instituiu o novo diploma processual civil, operou alguns acréscimos no instituto aqui tratado, que muito embora sutis, foram de grande valia para seu aperfeiçoamento e esclarecimento a pontos antes duvidosos. Tratado no novo *Codex* a partir dos artigos 1.035 e ss., dentre estas alterações podemos destacar as seguintes:

Um primeiro ponto de melhoria do instituto deu-se quanto à presunção da repercussão geral. O § 3º do art. 543-A trazia esta presunção apenas na hipótese do recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.¹⁷⁸ Já o novo dispositivo, além da hipótese anteriormente tratada, acresceu também a hipótese do recurso impugnar acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, e ainda na hipótese do recurso impugnar decisão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal.¹⁷⁹

Tratam-se as alterações abordadas de acréscimos para fazer constar questões que gozam de amplo debate – julgamento em caso de recursos repetitivos e declaração de inconstitucionalidade por maioria dos membros ou órgão especial –, cuja impugnação via recurso não justificaria novas discussões, além do fato de aperfeiçoá-lo colocando em sintonia com o próprio Código de Ritos, ao prever os acórdãos exarados pela novo método dos recursos repetitivos.

Outra novidade está no § 5º do artigo 1.035 do Novo CPC, que atribui poderes ao relator do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a existência da repercussão geral no processo, que determine a suspensão do processamento de todos os processos

¹⁷⁸ Art. 543-A, § 3º CPC – Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do tribunal.

¹⁷⁹ Art. 1.035, § 3º Novo CPC – Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:
I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;
II – tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos;
III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.¹⁸⁰

O § 6º do mesmo dispositivo também cuida de novidade sem correspondente na legislação anterior e cuida de evitar que recurso intempestivo seja beneficiado pela aglutinação das demandas e da decisão em conjunto, pois prevê que o interessado possa requerer ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrido o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar sobre esse requerimento.¹⁸¹ Da decisão que indeferir o requerimento caberá agravo nos termos do art. 1042 deste código (art. 1.035, § 7º, Novo CPC).

Novidade também é a previsão de tempo para que o Supremo Tribunal Federal julgue o processo cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida, sendo este prazo de 01 ano¹⁸², cuja inobservância acarretará consequência bastante interessante, qual seja, os feitos das instâncias inferiores terão o levantamento do sobrestamento e a volta de sua tramitação, a teor do § 10º deste mesmo dispositivo.

Esta “penalidade”, ao nosso sentir, possui consequências positivas e negativas: positivas uma vez que o jurisdicionado não terá que ver sua causa suspensa indefinidamente até que a Suprema Corte decida o caso e, negativa, tendo em vista que com a retomada da tramitação processual pode sobrevir-lhe decisão que não se adegue àquela do caso paradigmático a ser julgado pelo Supremo futuramente e, via de consequência, será objeto de reforma, que significa dizer, em última análise, que houve uma atividade judicial inútil.

E assim há de se indagar: até que ponto aproveita-se ao jurisdicionado a retomada da tramitação do feito apenas para não permanecer estagnado se ainda assim ficará a sorte do julgamento paradigmático do Supremo Tribunal Federal? não vislumbramos, ao menos em princípio, vantagens práticas com esta previsão legal.

¹⁸⁰ Art. 1.035, § 5º Novo CPC – Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

¹⁸¹ Art. 1.035, § 6º, Novo CPC - O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

¹⁸² Art. 1.035, § 9º, Novo CPC – O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

Estas inovações que versam sobre a decisão da repercussão geral encontram iguais correspondentes no instituto dos julgamentos dos recursos repetitivos por amostragem, previsto no artigo 1.036 e ss. do Novo CPC.

O legislador no Novo CPC não se omitiu em sanar uma lacuna deixada pela legislação anterior no que tange ao julgamento por amostragem. Acaso o jurisdicionado tivesse sua causa, em qualquer instância que fosse, equivocadamente sobrestada, uma vez que verse sobre assunto distinto da matéria repetitiva, a legislação não trazia qualquer previsão das medidas a serem adotadas neste caso. A solução ficava a cargo da jurisprudência dos tribunais superiores.¹⁸³ No entanto, a moderna legislação prevê esta situação no artigo 1.037; *in verbis*:

Art. 1.037. (...)

§ 9º - Demonstrada distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10 – O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I – ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II – ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III – ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV – ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11 – A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12 – Reconhecida a distinção no caso:

I – dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II – do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único

§ 13 – Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I – agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II – agravo interno, se a decisão for de relator.

Colhe-se, então, dos dispositivos acima transcritos que o legislador ao sanar a lacuna que existia na legislação anterior foi minucioso nesta tarefa, aperfeiçoando o instituto para melhor aplicação.

Outro desdobramento que há no Código de Processo Civil de 2015 é a instituição do presente instituto em âmbitos dos tribunais estaduais e federais

¹⁸³ Esta decisão equivocada não seria atacada por agravo e nem por reclamação constitucional, sendo cabível, tão somente, agravo interno para o próprio tribunal local. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, Rcl. 7.569, rel. Min. Ellen Gracie, j. 9.11.2009, DJe 11.12.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606662>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

regulamentado nos artigos 976 e ss. sob o título “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”.

Apesar de o IRDR consistir em inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, seus traços fundamentais ou, pelo menos, os objetivos perquiridos com a criação desse incidente podem ser encontrados em institutos existentes já no regime legal anterior[...].

Na verdade, a doutrina aponta o IRDR como um aperfeiçoamento do julgamento repetitivo, uma vez que ambos os institutos consistem em escolher um ou mais processos como representativos da controvérsia, sobrestando os demais na origem. A partir da análise do feito escolhido, chega-se à tese jurídica que será aplicável a essa e a todas as demais ações afetadas ao julgamento.¹⁸⁴

Trata-se, enfim, de uma expansão do instituto a situações similares àquela primariamente prevista.

2.1.5 Súmula Vinculante.

De mesma gênese da norma acima tratada – Emenda Constitucional 45/2004–, a Súmula Vinculante representa ao lado da providência anterior, também um instrumento direto de enfrentamento das ações repetitivas, mas, ao contrário da anterior, sofre duras críticas por parte da doutrina.

Em que pese as severas opiniões que condenam este instituto, não há de se olvidar sua eficácia frente às demandas repetitivas, uma vez que vincula as instâncias inferiores como também aos órgãos da administração pública, diferentemente dos julgamentos por amostragem que possuem força de mero precedente.

Na história da legislação brasileira assemelham as súmulas vinculantes aos “assentos com força de lei”, normatizados pelo artigo 2º do Decreto nº. 6.142/1876. Esta norma permitia ao então Supremo Tribunal de Justiça interpretar as leis civis, comerciais e criminais quando afluído impasses em suas aplicações manifestados em julgamentos divergentes de juízes e tribunais do império. Em 1843, Joaquim Nabuco, simpatizante deste instituto apresentou um projeto de Lei visando dar poderes ao Supremo Tribunal de Justiça para julgar, em definitivo, as causas em grau de recurso, porém a ideia não foi do agrado de muitos, o próprio Joaquim Nabuco relata que o Conselho de Estado recusou os “assentos com força de lei” alegando que “subverteriam

¹⁸⁴ CARVALHO, Costa Raphaele. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Breve Análise de Sua Estrutura e de Seu Papel na Realidade Processual Brasileira. *op. cit.*, p. 301-302.

princípios basilares de hermenêutica, pois, se ao legislativo incube a exegese autêntica do Direito, ao Judiciário cabe sua interpretação doutrinária”.¹⁸⁵

Mesmo em tempos recentes, a legislação já dava presságios à Súmula Vinculante, a partir da Emenda Constitucional 3/93 relacionada às ações declaratórias de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade, circunstância que sobleva clara a partir da redação do artigo 102, § 2º da Constituição dada por esta Emenda Constitucional.¹⁸⁶

Gilmar Ferreira Mendes, citando Nelson de Sousa Sampaio, destaca sinais indicativos de prenúncio à súmula vinculante: a própria função do Poder Judiciário, segundo este autor, pressupõe a prática de atos que englobam desde a clássica sentença até atos propriamente legislativos; classificam estes atos em: sentença clássica, precedente, sentença normativa, jurisprudência vinculante, atos quase legislativos e plenamente legislativos.¹⁸⁷

Raciocínio reforçado pelo entendimento de Hans Kelsen, segundo o qual a função criadora dos direitos nos tribunais, cuja existência não se nega, é reforçada quando a um dado tribunal é conferida a competência para editar normas gerais através das decisões com força de precedente. “Conferir a tal decisão caráter de precedente é tão só um alargamento coerente da função criadora do direito dos tribunais”.¹⁸⁸

Oriunda do sistema da *common law* entre os anglo-saxões, advindo do brocardo “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido”. Sistema parecido existe no direito norte-americano através do instituto do *stare decisis*, através do qual a Suprema Corte norte-americana garante aos jurisdicionados daquele país segurança e igualdade de entendimento na interpretação de casos repetitivos.¹⁸⁹

Entretanto, a súmula vinculante apresenta acentuadas características que a separam do instituto norte-americano. Neste instituto americano, ao contrário da súmula vinculante, não há um destacamento dos casos concretos que os originaram e não são representados por enunciados normativos de ordem geral e abstrato. O emprego do precedente norte-americano é feito na solução de casos similares, entretanto, perturba a questão de limitar o alcance do que efetivamente se configura um precedente, uma vez

¹⁸⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. *op. cit.*, p. 1336.

¹⁸⁶ LENZA, *op. cit.*, p. 646.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 976.

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. *op. cit.*, p. 1336.

que, na sua aplicação não é considerado apenas o dispositivo da decisão, mas toda a fundamentação que a acompanha.¹⁹⁰

Já a súmula vinculante caracteriza-se por enunciado literal autônomo que se aparta dos casos concretos que lhe deram causa, tornando-se de fácil identificação já que representada por este enunciado de autoria do Supremo Tribunal Federal. O precedente do *stare decisis* é frequentemente alvo de embates a despeito de quais das suas partes são tomadas por precedentes e, assim, estabelecer sua vinculação normativa. Será assim considerado se resultado de fundamentada e cuidadosa análise judicial proveniente de um intenso contraditório entre as partes. O ponto que não foi submetida a esta sabatina não é considerada precedente e sim *dicta*, não possuindo *status* de precedente.¹⁹¹

Marcelo Alves Dias Souza, tratando da questão, refere-se à súmula como um verdadeiro extrato, com conteúdo eminentemente jurídico restrito a interpretação de questões de direito a partir de várias decisões anteriores em igual sentido, isentas de afirmações *obiter dicta*, caracterizada como norma abstrata e genérica quanto às suas condições de aplicabilidade, sendo cabível a uma generalidade de casos quando houver coincidência de teses jurídicas. E na hipótese desta coincidência de teses com aplicabilidade obrigatória da súmula, eis aí a chamada súmula vinculante.¹⁹²

Sua nota característica que a difere das demais súmulas é exatamente a condição de aplicação obrigatória quando constatada a aludida coincidência de teses jurídicas conforme consignado pelo autor acima referido.

2.1.5.1 Requisitos legais para edição da súmula vinculante.

Na seara do artigo 103-A da Constituição Federal, a aprovação da Súmula Vinculante exige quórum qualificado de 2/3 dos integrantes da Corte, que representa o total de 8 ministros, e cuja matéria seja constitucional e que tenha sido alvo de decisões reiteradas; que haja controvérsia atual entre órgãos do judiciário ou deles com a

¹⁹⁰ NEVES, Antônio Castanheira. O problema da constitucionalidade dos assentos: comentários ao Acórdão n. 810/93 do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1994 apud JUNIOR, Nelson Nery; Nery, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 530.

¹⁹¹ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 531.

¹⁹² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 2. tiragem, Juruá Editora, Curitiba, 2007. p. 270.

administração pública; esteja sujeito a gerar insegurança jurídica, e que possa gerar as chamadas ações repetitivas (§ 1º).

Boa parte dos requisitos traçados pela legislação sofrem críticas severas da doutrina, reservando as mais salientes delas para serem tratadas em tópico específico mais adiante.

A norma Constitucional, considerada de eficácia contida e aplicabilidade imediata, fora disciplinada, em seguida, pela Lei 11.417, de 19 de Dezembro de 2006, que regulamenta a edição, a revisão e o cancelamento das Súmulas Vinculantes, e da outras providências.

A legitimação para a edição da Súmula Vinculante pertence, de ofício, ao Supremo Tribunal Federal, possuindo legitimidade para provocação, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Procurador Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Defensor Público Geral da União; Partido Político com Representação no Congresso Nacional; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; os Tribunais Superiores; os Tribunais de Justiça do Estado ou do Distrito Federal e Territórios; os Tribunais Regionais Federais; os Tribunais Regionais do Trabalho; os Tribunais Regionais Eleitorais; Tribunais Militares (artigo 103-A, CF).

Admite-se, no caso dos Municípios, a proposição de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de Súmula Vinculante, mas apenas em casos concretos, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte.¹⁹³

Uma das principais críticas que pesa contra a súmula vinculante situa-se na invasão ou possível invasão do Poder Judiciário à atividade típica do Poder Legislativo, ou seja, ao ato de legislar e, via de consequência, afronta ao princípio da separação e autonomia dos poderes gestado pelo artigo 2º da Constituição Federal, na medida em que seus enunciados possuem o condão de vincular não só os órgãos do Poder Judiciário como também órgãos da administração pública.

No entanto, importante ressalva deve ser feita ao enfrentar o princípio da separação dos poderes equipado com o instrumento dos freios e contrapesos. Este instrumento, ao contrário de almejar a manutenção social, busca exatamente o oposto: a

¹⁹³ *Ibid.*, p. 1.338.

flexibilidade do sistema para as alterações sociais. Trata-se de uma ideia associada à mecânica moderna com seu conceito de equilíbrio dinâmico a partir da qual forças opostas podem fazer com que um mecanismo caminhe marcha à frente. Assim é que a separação dos poderes mantida através do sistema de freios e contrapesos não deve ser perturbada pela falsa concepção de que se objetiva um equilíbrio estático, mas sim um equilíbrio que permita o avanço do sistema a partir das provocações da dinâmica social.¹⁹⁴

Outra crítica de relevo feita à súmula vinculante é quanto ao possível engessamento das interpretações judiciais na medida em que o enunciado da súmula vinculante obriga as instâncias inferiores.

Opondo-se a esta crítica, Gilmar Ferreira Mendes não deixa esquecer que a norma constitucional que instituiu este instituto trouxe conjuntamente a previsão da revisão e do cancelamento da súmula vinculante, a qual demanda, tal qual a criação da súmula, também quórum qualificado de 2/3 dos membros do Supremo Tribunal Federal, como também admite como legitimados a propor o cancelamento ou a revisão da súmula os mesmos legitimados a sua provocação inaugural.¹⁹⁵

Segundo ainda o Ministro, esta previsão normativa de revisão ou cancelamento é de notável estima, uma vez que é da natureza da própria sociedade e mesmo do Direito estar em constante transformação. Assim, a imprescindibilidade do cancelamento ou revisão da súmula jaz na possibilidade de adequá-las a essas necessidades também de índole prática. Outrossim, do mesmo modo que a criação de uma súmula vinculante não se dá de um instante para outro, exigindo reiteradas decisões sobre o tema, sua revisão ou cancelamento exige, também, apurada discussão.¹⁹⁶

Ademais, o procedimento formal para a proposta de revisão ou cancelamento de uma súmula vinculante faculta a seu proponente maiores chances de superação do entendimento sumulado se comparado ao sistema de recursos em massa, que são respondidos pelas fórmulas massificadamente criada pelos tribunais. Neste sentido, transcreve o Ministro Gilmar Ferreira Mendes um trecho do pronunciamento do então também Ministro Sepúlveda Pertence, explanado na Câmara dos Deputados:

¹⁹⁴ ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas provisórias e súmulas vinculantes: risco à separação de Poderes? **Revista do Advogado**, ano XXXII, n. 117, Outubro 2012. p. 178.

¹⁹⁵ MENDES, *op. cit.*, p. 978.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 979.

É muito mais fácil prestar atenção a um argumento novo, num mecanismo de revisão de súmula, do que num dos 5 ou 6 mil processos a respeito que subam num determinado ano ao Supremo Tribunal Federal, até porque a sentença que contém o argumento novo tem de ser sorteada, porque não dá para conferir mais do que por amostragem.¹⁹⁷

Além das críticas acima postas, outra, desta feita direcionada ao texto legislativo, também encontra ecos na doutrina pátria: trata-se da inexatidão de muitas das expressões aplicadas no texto legal, tendo em vista que, a partir dele não é possível afirmar objetivamente quantos precedentes constituem “reiteradas decisões”, qual a extensão de “atualidade” para ser considerado cumprido o requisito da “controvérsia atual” ou o que se enquadra como “grave insegurança jurídica”.¹⁹⁸

De maneira alguma o poder do judiciário para ditar as súmulas vinculantes é ilimitado; não por outra razão a Lei traz os requisitos os quais devem ser atendidos para a edição da súmula. Entretanto, não há um controle efetivo se tais requisitos são de fato observados por ocasião da edição de uma súmula vinculante. Há o exemplo da súmula vinculante 12, editada a partir de um único precedente da corte.¹⁹⁹ É certo que não é possível afirmar quantos precedentes constituem “reiteradas decisões”.²⁰⁰ No entanto, um único precedente, por tudo e em tudo, não atende a exigência das “reiteradas decisões”.²⁰¹

No que tange ao risco de insegurança jurídica, em que pese alto grau de abstração da expressão, estará cumprido quando impossibilitado aos jurisdicionados identificar com clareza e uniformidade uma conduta dos órgãos judicantes.²⁰²

A par das duras críticas a que está sujeito o instituto, sobreleva-se nítida a intenção do legislador em coibir a questão das demandas repetitivas, haja vista um dos requisitos autorizadores da edição da súmula tratar expressamente da relevante

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ ABRAMOVAY, *op. cit.*, p. 182.

¹⁹⁹ Súmula Vinculante 12 – “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal.”

²⁰⁰ Acerca do requisito legal das “reiteradas decisões”, Gilmar Ferreira Mendes escreveu: “Exige-se aqui que a matéria a ser versada na súmula tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Busca-se obter a maturação da questão controvertida com a reiteração de decisões. Veda-se, desse modo, a possibilidade da edição de uma súmula vinculante com fundamento em decisão isolada. É necessário que ela reflita uma jurisprudência do Tribunal, ou seja, reiterados julgados no mesmo sentido, é dizer, com a mesma interpretação.” (MENDES, *op. cit.*, p. 978).

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequibilidade da súmula vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 44, n. 174, Abr./Jun. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496906>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

multiplicação de processos, como também não se omitiu frente a outra conhecida fonte de beligerância processual, o Poder Público.

[...] tem-se aqui a clara convicção de que a Administração Pública contribui, decisivamente, para o incremento das demandas judiciais de caráter homogêneo. Daí situar-se na seara da Administração Pública o grande desafio na implementação da súmula vinculante em toda a sua amplitude.²⁰³

De outro norte, alerta Gilmar Ferreira Mendes pela necessidade de se promulgar normas de organização e procedimento que permitam a observação por parte da Administração Pública das súmulas vinculantes, ou mesmo procedimento administrativo adequado que permita a solução de eventuais questões suscitadas, sob pena de vermos uma substituição “da crise numérica, ocasionada pelo recurso extraordinário, pela multiplicação de reclamações formulada diretamente contra a Administração perante o Supremo Tribunal Federal”.²⁰⁴

Contudo, a eficácia deste instituto, alerta ainda Gilmar Ferreira Mendes, somente será alcançada caso seja aplicada em tempo social e de forma politicamente adequada; significa dizer que caso haja um espaço de tempo muito estendido entre o surgimento da controvérsia com ampla repercussão social e a tomada de decisão com efeito vinculante, esta poderá não surtir seus efeitos pedagógico-institucional, deixando de orientar as instâncias ordinárias e a Administração Pública.²⁰⁵

Tratam-se, enfim, todos estes institutos aqui abordados, de ações legislativas com expressa disposição ao combate do acúmulo de demandas ativas junto ao Poder Judiciário, assim como do fator agravante deste problema, as ações repetitivas, revelando a existência destes instrumentos a confirmação da moléstia do Poder Judiciário a ser extirpada.

Confirmando mais: a atuação ativa do Poder Legislativo em criar mecanismos de modo a aparelharem o Poder Judiciário, modernizando-o frente às novas configurações dos conflitos chamado a solucionar. Entretanto, como se verá nos capítulos seguintes, deixando de utilizar a melhor técnica para tanto, fator que compromete o sucesso da empreitada.

²⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, pág. 981

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

3 A ABORDAGEM LEGAL ÀS AÇÕES REPETITIVAS NO DIREITO COMPARADO

Um dos objetivos deste trabalho é identificar se outras nações também enfrentam o percalço das ações repetitivas em seus sistemas Judiciários e se, tal qual na realidade brasileira, são empecilho para o sistema processual de modo a reclamar medidas para coibir o agravamento da questão, e em caso afirmativo, em que consistem de fato tais medidas de enfrentamento elaboradas nestas localidades.

Uma vez comprovada a proposição acima, forte o indício de que os fatores – ou possíveis fatores – que provocaram o fenômeno das ações repetitivas, alguns deles já abordados no capítulo inaugural deste trabalho, não são exclusividades da realidade brasileira, mas sim se repetem em outras partes do mundo.

A partir de um paralelo traçado entre os principais traços dos instrumentos legais cunhados nestas outras nações para fazer frente ao problema objetado e aqueles disponíveis na legislação brasileira, será possível identificar a metodologia estratégica de atuação de um e outro e, desta forma, identificar se as conjecturas existentes no direito nacional guardam similitude àquelas existentes no direito comparado, informação esta que será de grande valia para as notas conclusivas do presente trabalho.

3.1 A ABORDAGEM ALEMÃ AS AÇÕES DE MASSA

Contrariando o senso comum que prega a título de comparação os sistemas legais estrangeiros face ao nacional, quase sempre enaltecendo a eficácia e vanguarda daqueles e menosprezando este, o direito alemão não conta com uma vasta legislação genérica voltada às demandas coletivas, ao contrário do que ocorre no Brasil. As poucas previsões da legislação alemã nesta matéria são setoriais, como por exemplo a encontrada no § 33 da Lei contra Práticas de Restrição à Concorrência (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ou na forma abreviada GWB, a Lei dos Cartéis), a previsão do § 13 da Lei contra Práticas de Concorrência Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, ou UWG), e também os §§ 13, 22 e 22a, da Lei das Condições

Gerais dos Negócios (*Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, na forma abreviada AGB-Gesetz ou AGBG).²⁰⁶

O sistema alemão enfrenta dificuldades de ordem prática quanto à efetividade da prestação jurisdicional e dificuldades doutrinárias na abordagem da jurisdição coletiva devido à deficiência normativa neste campo. A causa desta atrofia deve-se, segundo alguns, ao alto teor de desconfiança que o sistema alemão possui para com a legitimidade extraordinária. Para outros, no entanto, a barreira que impede o curso evolucionário das ações coletivas não apenas da Alemanha, mas em países de origem germânica em geral como a Áustria e Suíça, reside no fato de muitas das questões coletivas serem resolvidas na esfera administrativa por instituições fiscalizatórias governamentais destes países que, contando com uma eficiência notável, atendem aos fins para os quais foram concebidas, uma vez que se atêm rigorosamente aos mandamentos legais.²⁰⁷

A eficiência das instituições governamentais voltadas para este setor acabam por, em última instância, evitar que conflitos colidam o Poder Judiciário desestabilizando-o com uma avalanche inesperada de processos. De sorte que, inexistindo situações estremadas não haverá reclamos de urgência por soluções, e, por consequência lógica, não se enviarão maiores esforços na criação delas, já que desnecessárias.

Em que pese a falta de demanda por criação de medidas de resolução de conflitos coletivos, a doutrina tem insistido por mais atenção às questões desta matéria dado ao ainda incipiente sistema disponível. Neste sentido, ilustra Antônio do Passo Cabral, trazendo à baila a situação segundo a qual não é permitido ao autor coletivo pretender a condenação por danos individuais, mas tão somente uma decisão declaratória ou inibitória, fato que despertou não só na Alemanha, mas em outros países como Noruega e Suécia, debates acerca das ações em grupos, preservando os princípios da ação individual e ao mesmo tempo viabilizando a tratativa coletiva, alcançando, enfim, a possibilidade de tutelas condenatórias, fato que a muito já era realidade no direito brasileiro.

²⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. São Paulo. v. 147, p. 123-146, maio 2007, ano 32. p. 130.

²⁰⁷ *Ibidem*.

3.1.1 A Criação do Chamado Procedimento-Modelo.

O *leading case* paradigma das ações repetitivas na Alemanha data dos anos de 1999 e 2000, quando uma empresa de telecomunicações nacional, a *Deutsch Telekom* abriu seu capital com ações negociáveis na Bolsa de valores de Frankfurt. Ocorre que a direção desta empresa omitiu informações relevantes para o mercado de capitais, e alguns meses após estrear seus papéis no mercado de ações, estas omissões foram descobertas, acarretando em um acentuado declínio do valor nominal das ações nos meses que se seguiram.

Esta desvalorização dos papéis da *Deutsch Telekom* implicou em prejuízos reais a dezenas de milhares de investidores alemães devido à conduta omissiva da empresa, a qual foi recepcionada por seus investidores como de má-fé.

Nos três anos seguintes a este evento - 2001 a 2003, o Tribunal de Frankfurt (sede da bolsa de valores daquele país) foi surpreendido com uma avalanche de aproximadamente 13 mil ações, todas elas pleiteando a reparação dos prejuízos face a empresa de telecomunicações, ou seja, uma grande quantidade de ações judiciais com idêntica tese jurídica.

Tal fato ocasionou uma total paralização da seção de direito comercial daquele órgão em virtude da quantidade de ações dos investidores da *Deutsch Telekom*, a ponto das audiências dos demais processos com tramitação nesta Vara serem designadas para períodos superiores há 03 anos.

Diante da situação atípica enfrentada pelo tribunal de Frankfurt, em 2004, dois recursos foram propostos insurgindo-se contra suposta violação a real efetividade da tutela jurisdicional, dado ao excessivo tempo para a conclusão de uma ação, endereçados diretamente ao tribunal constitucional alemão (*BVerfG*). Por intermédio destas peças recursais pôde o *BVerfG* se aperceber que o congestionamento causado pelo excesso de demandas advindas da *Deutsch Telekom* estava de fato implicando na violação à tutela efetiva, e que situações semelhantes poderiam se repetir.

Por esta razão, o tribunal constitucional esboça os primeiros ensaios do processo-modelo, mais tarde, em 16.08.2005, introduzido no sistema alemão pela *Gesetz über Musterverfahren in Capitalmarktrechtlichen Streitigkeiten* (lei do Procedimento-modelo para investidores em mercado de capitais), na qual previsto o procedimento da *Musterverfahren*.

Acerca dos objetivos da *Musterverfahren*, assenta Antonio Cabral que tem por escopo:

[...]estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar esses escopos (*feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial.²⁰⁸

Em última análise visa molecularizar o conflito de modo a impedir sua pulverização em incontáveis processos individuais, evitando assim abarrotar o sistema judiciário.

3.1.2 As Fases do Procedimento-Modelo Alemão

Os atos procedimentais encadeados que formam a *Musterverfahren* é apresentado de maneira didática por Antonio Cabral, cujas principais etapas destaca-se:

3.1.2.1 Fase inaugural: o pedido de coletivização.

A ignição do procedimento fica a cargo do autor ou do réu ainda na ação individual, que requer a instauração do incidente padrão (*Musterfeststellungsantrag*) ao juiz presidente do feito (*Prozessgericht*), requerimento este que deve vir acompanhado do escopo da tratativa de ordem coletiva. O poder de provocação inaugural é restrito às partes litigantes, sendo vedado ao juiz fazê-lo de ofício.

Ao formular o requerimento, o postulante delimita os pontos conflituosos da demanda (*Streitpunkte*) para os quais almeja uma solução coletiva, assim como especifica os meios de provas que pretende produzir na instrução do feito. Outro requisito a que deve se ater o postulante é a demonstração de que o pedido de instauração do incidente terá reflexos para além da demanda em que formulado, ou seja, a solução do conflito servirá não apenas as partes litigantes, mas aproveitará a um número coletivo de litigantes.

²⁰⁸ CABRAL, *op. cit.*, p. 132.

Este requisito, em última análise, preserva a essência do instituto Alemão, qual seja, a efetividade de uma única decisão proferida em um caso concreto aplicável a demais outros processos que guarda a devida similitude à contenda paradigmática. Não alcançando o postulante comprovar o proveito desta decisão para limites extraprocessuais, evidentemente lhe será negada a súplica, e com certa lógica, posto que inexistente razão para que se instaure um incidente coletivo se o proveito final apenas à demanda individual terá proveito.

Além dos requisitos de admissibilidade para a instauração do incidente, a normatização Alemã traça algumas hipóteses em que a postulação do incidente não é permitida; são elas: i) quando a causa individual se encontrar em estágio hábil para julgamento; ii) quando da instauração do procedimento-modelo puder resultar um prolongamento ou postergar de maneira indevida a solução do processo individual; iii) quando o meio de prova pretendido for inadequado à finalidade perseguida; iv) quando as alegações não são proporcionais ao incidente; v) quando o ponto controvertido alegado pelo postulante não carecer de ser aclarado com eficácia coletiva (*KapMuG*, § 1º). Verificada qualquer destas hipóteses deve o juiz refutar o requerimento.

O juízo de admissibilidade do pedido de instauração do procedimento-modelo fica a cargo do juiz da instância inaugural que preside o feito onde formulado o requerimento.

3.1.2.2 Publicidade a instauração do procedimento-modelo.

Uma vez aceita a súplica para instauração do procedimento-modelo, a providência seguinte que deve adotar o magistrado é a publicação desta decisão em um cadastro eletrônico público e gratuito (*Klageregister*), de cuja publicação deve constar um extrato do pedido, as partes envolvidas, objetivo do procedimento, etc. Neste mesmo cadastro são também lançados requerimentos similares de instauração da *Musterverfahren*, listados em ordem cronológica de acordo com a data de seus respectivos anúncios públicos, e esta providência tem uma razão específica que será abordada mais adiante.

Este cadastro fica sob a batuta de órgãos federais ligados ao Ministério da Justiça que são responsáveis pela eficiência tecnológica do sistema, entretanto, a responsabilidade pela fidedignidade das informações que alimentam o sistema ficam a

cargo do juiz que as faz inserir. Sobrevindo nova decisão que rejeite o procedimento-modelo ou findo este, os dados serão apagados do sistema de registro.

3.1.2.3 Decisão do juízo de origem e a vinculação do tribunal hierarquicamente superior

Promovida a publicidade da instauração do procedimento-modelo, o juízo de origem profere uma decisão (*Vorlagebeschluss*, prevista no § 4º e alíneas da Lei da *KapMuG*), decisão esta que provoca o tribunal imediatamente superior ao respectivo juiz o qual, por seu turno, caberá a decisão de mérito no procedimento-modelo.

O juízo de origem desta decisão que provoca o tribunal, segundo a Lei, deve ser oriunda daquele em que primeiro, cronologicamente, tenha sido formulado o pedido de instauração da *Musterverfahren*. “Desta forma, o modelo alemão prevê um juízo de admissibilidade pelo magistrado de primeiro grau, que remete o incidente ao Tribunal para o julgamento do mérito”.²⁰⁹

Outra exigência que há na norma para validade efetiva do incidente é que no período de 04 meses, a contar da publicação no registro público da primeira postulação, tenham surgido outros 09 procedimentos-padrão com iguais objetos; é dizer: somente terá seguimento um procedimento-padrão se no prazo de 04 meses houverem registros da existência de 10 procedimentos com iguais objetivos. Esta a razão para se formalizarem os registros similares no mesmo cadastro conforme salientado acima.

Não atingida a quantidade mínima de requerimentos – 10 postulações – no prazo assinalado – 04 meses –, o(s) requerimento(s) existente(s), serão rejeitados, retomando cada um deles a tramitação processual individual.

A decisão do juízo primevo é irrecurável e após publicada no registro público vincula o tribunal hierarquicamente superior responsável pelo julgamento do mérito do procedimento-modelo.

²⁰⁹ OTHARAN, Luiz Felipe. **Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas**: notas de direito comparado. Novembro, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/43-artigos-nov-2010/4647-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-como-uma-alternativa-as-acoes-coletivas-notas-de-direito-comparado>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

3.1.2.4 Tramitação do procedimento-modelo após instaurado: designação de representante das partes processuais. Suspensão dos processos pendentes.

Instaurado o procedimento-modelo sua tramitação será deslocada do juízo de origem para o tribunal regional (*Oberlandesgericht*), este sim, o órgão com competência para decidir acerca do mérito do *Musterverfahren*. Visando a garantia da segurança jurídica e a uniformidade da jurisprudência, na hipótese de haverem tribunais estaduais diversos, é possível que a matéria seja devolvida à apreciação de um tribunal superior, ou ainda, que possa existir uma espécie de acordo ou convênio entre os Governos Estaduais no sentido de eleger um destes tribunais estaduais, em específico como sendo o competente para conhecer e julgar o incidente.

O tribunal competente para conhecer e julgar a matéria ficará responsável por nomear um representante dos autores do incidente e outro representante para o(s) réu(s), figuras estas que são denominadas, respectivamente, *Musterklâger* e *Musterbeklagte*, cuja atuação principal destas duas figuras é a interlocução direta das partes processuais para com a Corte.

São estes representantes, por intermédio de seus respectivos advogados, que irão selecionar a linha de atuação para o grupo, sendo facultado a cada um de seus membros integrá-los, reforçando a linha de atuação escolhida, porém, jamais contradizê-la.

O ato de escolha dos representantes é discricionário do tribunal dentro dos parâmetros traçados pela Lei da *KapMuG* (§ 8º), como, por exemplo, a obrigatoriedade do *Musterklâger* ser um dos autores envolvidos no incidente. Indicados os representantes, nova publicação no registro, com extrato da decisão do juízo de origem, o objeto do procedimento e a descrição dos representantes indicados das partes e seus respectivos procuradores (§ 6º, *KapMuG*).

Passo seguinte à publicação, por decisão de ofício e irrecorrível, ocorre a suspensão de todos os processos cuja matéria seja relacionada ao objeto do *Musterverfahren*, independentemente de requerimento ou de adesão formal ao procedimento-modelo, ou seja, poderão ser atingidos processos individuais em que não houve requerimento de tratativa coletiva por nenhuma das partes litigantes.

3.1.2.5 Intervenção de interessados.

Traço marcante do instituto alemão é permitir a efetiva participação dos interessados no procedimento-modelo, reconhecendo como “interessado” todo aquele cujo processo em que participa será influenciado pela decisão final do *Musterverfahren*. Manifestado o interesse em participar, recebe o processo no estado em que se encontra, lhe sendo facultado o uso de meios tanto de ataque quanto de defesa. Ao terceiro é ainda facultado “durante a tramitação do processo-modelo[...] intervir, apresentando argumentos, sendo peculiar, no caso alemão, o fato de tais argumentos poderem ser capazes de alargar o objeto do incidente[...]”²¹⁰, dando maior relevo à atuação do interessado.

Uma crítica tecida quanto à intervenção de interessados no procedimento-modelo foca a maneira pela qual o legislador optou por regulamentá-la; esta regulamentação é feita através da *Beiladung*, uma modalidade interventiva daquele sistema jurídico que por vezes se assemelha a intervenção de terceiros, outras vezes ao litisconsórcio do direito brasileiro, previsto em alguns procedimentos específicos pela codificação processual alemã – *Zivilprozessordnung* ou *ZPO* –, mas despido de qualquer uniformidade. Ademais, a *Beiladung* no ordenamento é voltada às normas de cunho processuais-administrativas, o que dificulta ainda mais identificar um padrão para o processo coletivo.

Outro traço da intervenção dos interessados é a inclusão automática: aqueles que são partes em processos individuais cujo objeto se relaciona com o procedimento-modelo, ainda que não tenham intervindo no incidente de maneira voluntária, é considerado automaticamente interveniente, com os mesmos poderes de ação assegurados aos efetivos participantes. Aquela suspensão dos processos decretada após a publicação no registro da nomeação dos representantes das partes, objeto de análise acima, serve como a intervenção no incidente.

3.1.2.6 Efeitos e eficácia do procedimento-modelo.

A legislação alemã, também neste ponto, sofre severas críticas, notadamente por estar inquinada por uma suposta imprecisão técnica. Diz a norma – § 16 da *KapMuG* – que a decisão de mérito proferida no procedimento-modelo, vincula os juízes de origem.

²¹⁰ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo?**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrtj/article/viewFile/285/261>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Cuida a norma nesta passagem dos juízos que possuem sob suas varas demandas ativas ligadas ao incidente coletivo. A coisa julgada, ainda segundo a dicção legal, recai no que for objeto da *Musterverfahren*.

Relativamente aos intervenientes, dita a lei que a decisão será eficaz independentemente da alegação expressa da parte das questões objetos do incidente coletivo. Analisando a questão, primeiro sob o foco do possível efeito vinculante, Antônio do Passo Cabral invoca uma particularidade do procedimento alemão de considerável relevo: efeito vinculante, diz este autor, seria aplicável também a todos e quaisquer processos futuros, posteriores à decisão erigida do procedimento-modelo. Só que isto não ocorre uma vez que os processos futuros não são atingidos pela decisão do procedimento.

É previsão expressa da Lei *KapMuG*, § 16, que o julgado do procedimento-modelo atinge tão somente os processos cujos objetos guardam relação com o delimitado na *Musterverfahren*, ou seja, é necessário que haja uma litispendência dos processos individuais por ocasião da solução do incidente no tribunal, o que implica na necessidade de tais processos existirem ao tempo do julgamento coletivo. Se não há como atingir demandas judiciais futuras, tecnicamente não é correto falar em efeito vinculante.

O efeito interventivo, por seu turno, decorre da vinculação automática vista acima, ou seja, as partes do processo individual afetada pela suspensão determinada pelo procedimento coletivo, ainda que elas não tenham aderido expressamente ao incidente coletivo, são consideradas intervenientes, logo, são acolhidas pela decisão da *Musterverfahren*.

Entretanto, há a possibilidade do interveniente não ficar submisso à decisão: a alínea 2 do § 16 da Lei *KapMuG*, estabelece que o interveniente pode se opor a coisa julgada em algumas hipóteses listadas pela norma; são elas: i) o representante conduziu de forma negligente o processo; ii) no momento em que ingressou no procedimento-padrão não lhe foi possível a prática de atos processuais de modo a acrescentar elementos relevantes para a solução da contenda, e o representante deles ciente deste elemento, por culpa grave, não os informou.

Por outro lado, se o interveniente, mediante conduta omissiva, não tomou parte no procedimento-modelo, será ele atingido pela decisão exarada no procedimento coletivo. Neste particular, a *KapMuG* se vale de expediente similar previsto no § 68 da

codificação processual alemã – *ZPO* –, denominado de *exceptio male gesti processus*.²¹¹ Por esta previsão, entende, então, Antônio do Passo Cabral, que o legislador alemão teria optado pela eficácia da intervenção – *interventionswirkung* –.

3.1.2.7 Recursos no procedimento-modelo.

Há no § 15 da *KapMuG* previsão acerca de recurso contra a decisão proferida no procedimento-modelo cabível desde que atendidos os seguintes requisitos: i) deve o recorrente demonstrar a chamada “significação fundamental do recurso”, algo que significa basicamente o proveito dos argumentos ali sustentados a todos os envolvidos no incidente coletivo e não exclusivamente à causa do recorrente; ii) é inadmissível a alegação de vícios na decisão do juízo primevo que ensejou o incidente coletivo, mas somente vícios que inquinam a decisão final coletiva.

Por fim, cumpre destacar que a *Musterverfahren* não é um procedimento definitivamente incorporado ao processo alemão, ainda é aplicado na condição meramente experimental. Neste sentido:

Apesar da sua relevância jurídica o mecanismo de resolução incidental de conflitos não tem o seu uso definido, pois está em fase experimental. Isto é, ainda não se sabe se haverá a incorporação definitiva deste mecanismo de julgamento nas causas relativas ao processo civil – sendo objeto de estudos e debates na doutrina germânica. Atualmente, ele se encontra no terceiro momento de aplicação (2005 a 2009; 2009 a 2012; 2012 a 2020). Portanto, em 2020 será avaliado pela introdução do instituto de modo definitivo no processo civil alemão. Na última alteração legislativa ocorrida em novembro de 2012 o Ministério da Justiça sinalizou ser favorável pela implementação definitiva do *Musterverfahren*. Contudo, indicou a necessidade de alterações na *KapMuG* a fim de aprimorá-lo. Desta feita, ele passou por alterações substanciais como o aumento do seu objeto de aplicação, uma vez que passa a abranger matérias correlatas ao mercado de capitais (indenização referente à consultoria de investimentos) e a possibilidade de desistência do procedimento-modelo com efeitos *opt out*.²¹²

²¹¹ Trata da má-gestão do processo tal qual previsto no artigo 123 do Novo Código de Processo Civil. Tal artigo, inserido na Seção que trata da assistência simples, prevê a impossibilidade do assistente ingressar com nova ação para discutir a mesma matéria, exceto se provada má-gestão do assistido; *in verbis*: Art. 123 – Transitada em julgado a sentença no processo em que interveio o assistente, este não poderá, em processo posterior, discutir a justiça da decisão, salvo se alegar e provar que:

I – pelo estado em que recebeu o processo ou pelas declarações e pelos atos do assistido, foi impedido de produzir provas suscetíveis de influir na sentença;

II – desconhecida a existência de alegações ou de provas das quais o assistido, por dolo ou culpa, não se valeu

²¹² REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no *muesterverfahren* brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916/9328>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

Fato que revela o esmero que o legislador alemão possui para com a criação de um instituto: ao invés de simplesmente elaborá-lo e despejá-lo no sistema normativo, opta por experimentá-lo e testar sua real eficácia antes de incorporá-lo em definitivo.

3.1.3 A Inspiração Brasileira no Instituto Alemão

Vive-se neste momento um relevante marco para a legislação processual brasileira diante da promulgação e recente vigência – 18.03.2016²¹³ – do atual Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. Ao compulsar a respectiva exposição de motivos deste *Códex*, denota-se com clareza solar que uma das linhas mestras que orientaram sua reforma foi, sem sombra de dúvidas, o enfrentamento dos problemas objetados no presente trabalho, ou seja, o acúmulo excessivo de demandas ativas agravado pelas relações judiciais de massa, senão veja-se:

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência.

Por enquanto, é oportuno ressaltar 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” (= períodos em que nada acontece no processo).

[...]

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.²¹⁴

Ainda seguindo a sistemática da “corda guia” que balizou a reforma processual brasileira, a inspiração alemã mereceu destaque expresso na própria exposição de motivos do referido anteprojeto:

²¹³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Decisão à manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil em sessão plenária ocorrida no dia 03 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco>>. Acesso em: 17 maio 2016.

²¹⁴ Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.²¹⁵

Fruto desta baliza, dentre outras, foi a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas cuja notória inspiração, nos dizeres de Nicola Picardi e Dierle Nunes²¹⁶, e de Ulisses Schwarz Viana²¹⁷, recai no instituto alemão da *Musterverfahren*, introduzido pela *Gesetz uber Musterverfahren in Capitalmarktrechtlichen Streitigkeiten*, conforme expressa disposição da exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil acima transcrito.

Este incidente de resolução de demandas repetitivas fora aprovado com o texto original do Novo Código de Processo Civil pelo Congresso Nacional, com previsão no artigo 333, cuja redação estava assim redigida:

Art. 333 – Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, inciso I e II, da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º - Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos nos art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)

§ 2º - A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º – Não se admite a conversão, ainda, se:

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – Abril – Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 2, ISSN 0034-835x, p. 112.

Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190_Tomo2.pdf?sequence=8>. Acesso em: 12 abr. 2016.

²¹⁷ VIANA, Ulisses Schwarz. Inovações no Processo Civil Brasileiro: Objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – Abril – Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 2, ISSN 0034-835x, p. 302. Disponível em

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190_Tomo2.pdf?sequence=8>. Acesso em: 12 abr. 2016.

I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento;
ou

II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º - Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, edite ou emende a petição inicial, para adaptá-lo à tutela coletiva.

§ 5º - Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º - O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º - O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º - Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º - A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10º - O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.

Ressalvados pontos específicos de cada um dos institutos – brasileiro e o alemão, como por exemplo, a legitimidade para requerer a instauração do procedimento coletivo onde naquele cabe ao juiz a requerimento do Ministério Público ou a Defensoria Pública, e neste cabe às partes processuais provoca-lo, é notória a semelhança entre ambos, comprovando a origem da inspiração brasileira na criação germânica.

Entretanto, o instituto brasileiro foi vetado pela Presidência da República sob a parca justificativa segundo a qual:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas [...].²¹⁸

Fundamentação demasiadamente simplória para extirpar do sistema um mecanismo de tamanha complexidade como o incidente de resolução de demandas repetitivas. Dar-se-ia um passo definitivo rumo ao tratamento das demandas coletivas através de seus regramentos e princípios próprios, livre das amarras ainda vivas da concepção tradicional individualista do processo, caso mantido este instrumento no

²¹⁸ BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. **Novo código de processo civil 2015**. Editora Líder: Belo Horizonte, 2015. p. 176.

sistema brasileiro, mas assim não entendeu o executivo nacional, conduta esta que será detidamente explorada nas notas conclusivas deste trabalho.

Mesmo frustrado o incidente de resolução de demandas repetitivas, outros instrumentos há no ordenamento brasileiro que guardam semelhanças com o alemão: por ocasião da análise das condições de admissibilidade do *Musterverfahren* foi dito que o requerente deveria demonstrar que sua pretensão repercutirá extraprocessualmente para ter sua postulação acatada, ou seja, que a decisão coletiva aproveitará a um número coletivo de relações jurídicas e não apenas a do postulante. É precisamente o objetivo perseguido no sistema brasileiro pelo instituto da repercussão geral, já objeto de análise no presente trabalho – *vide seção II, item 2.1.4.1* –, dispensando, assim, considerações mais profundas acerca do tema.

A repercussão geral foi introduzida com o escopo precípua de alçar o Recurso Extraordinário a almejada condição de objetivação do processo, também objeto de análise neste trabalho – *vide seção II, item 2.1.4.1* - tal qual, assim, o instituto alemão.²¹⁹

Uma tendência já trilhada pelo legislador nacional, haja vista a iniciativa de concentração de demandas, inaugurada pela Lei 11.418/06, ou também denominada julgamento por amostragem, atualmente com previsão nos artigos 1.036 e ss. do Novo Código de Processo Civil, também já objeto de análise neste trabalho - *vide seção II, item 2.1.4.2* –, apresenta as características de suspensão das causas que versam sobre a matéria discutida no incidente coletivo, a aplicação da tese firmada coletivamente aos processos sobrestados, enfim, pontos de contato com o procedimento alemão.

Uma relevante diferença entre os institutos, digna de nota, assenta no objeto dos incidentes de resolução de demanda repetitiva. Enquanto no brasileiro é aceito como objeto de tratativas apenas de direito, no procedimento-modelo alemão o limite é a “[...] definição das questões fáticas e jurídicas que sejam comuns às ações repetitivas”.²²⁰ “Na

²¹⁹ Acerca desta matéria ver: DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. vol. 3. 9. ed. Bahia: JusPodium, 2011. p. 321.

²²⁰ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. ano 5, v. 8, n. 8, jul/dez. 2011. Acesso em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849/15124>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

Alemanha, o procedimento não se refere apenas as questões de direito: não há essa equivocada separação hermenêutica do fato do próprio direito”.²²¹

Seja no sistema alemão, seja no incidente de resolução de demandas repetitivas aprovado pelo Congresso Nacional e vetado pela Presidência da República, seja ainda nos demais instrumentos nacionais de concentração e julgamento por amostragens, faz-se presente, em todos eles, o mesmo fenômeno da cisão da cognição judicial ou processo de cognição segmentada. Implica este predicado que o julgamento dos incidentes coletivos não representará a solução de cada uma das ações individuais a ela ligadas.

A decisão do incidente coletivo enfrenta tão somente a tese jurídica central – no caso brasileiro – ou tudo quanto delimitado na instauração do incidente – no caso alemão –. Fixada a tese central, esta deverá ser seguida nas decisões das instâncias inferiores, entretanto, caberá ainda aos magistrados das instâncias primárias enfrentarem demais situações jurídicas acessórias à tese central, peculiar de cada caso individual, daí a consumação da denominada cisão da cognição judicial.

3.2 ABORDAGEM DO DIREITO INGLÊS ÀS AÇÕES DE MASSA

3.2.1 A Inglaterra como Berço das Demandas Coletivas.

Na lição de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²²², “[...] a Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos”. Citando *Stephen Yeazell*, os litígios coletivos anglo-americanos podem ser divididos em três momentos históricos: medieval (séculos XII ao XV); primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (século XVIII em diante).

Menciona uma contenda desenrolada por volta de 1199, junto a Corte Eclesiástica de *Canterbury*, em que o pároco Martin, da localidade de *Barkway*, provocou a Corte perseguindo hipotético direito a determinadas oferendas e serviços diários em desfavor dos paroquianos da localidade de *Nuthamstead*. Embora

²²¹ SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Incidente de resolução de demandas repetitivas: tutela coletiva ou padronização do processo?**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/285/261>. Acesso em: 14 abr. 2016.

²²² MENDES, *op. cit.*, p. 43-49.

considerados um grupo, foram chamados tão somente determinadas pessoas daquela coletividade para integrarem este litígio.

A multiplicação destas espécies de conflitos avança pelos séculos XVI e XVII em que instituições como família, vilarejos, igreja, que eram elementos notórios da organização social inglesa à época, tinham suas defesas por seus respectivos líderes, isso de maneira natural.

Tanto que em documentos históricos analisados não se encontram qualquer debate ou referência à legitimidade da representação destes grupos envolvidos em conflitos, dos efeitos das decisões, e de quaisquer outros reflexos processuais; a preocupação nestas contendas girava em torno do núcleo, ou seja, a solução do mérito, restando a questão da representação ou legitimidade extraordinária como um fato processual natural nestas espécies de conflitos, logo aceites espontaneamente.

Cumprir registrar, ainda, que o sistema Inglês, baseado na *commow law*, ainda mais acentuado no período medieval, atribuía permissibilidade a este comportamento processual, perpetuando-o através de uma prática constante e reiterada. “A ideia inculcada era a de que certo número de homens distintos e dotados de prudência poderiam responder pelos interesses da comunidade [...]”.²²³

Já nos derradeiros anos do século XVII, período da Reforma Renascentista e do Humanismo, coincidindo, na mesma vertente com a ascensão definitiva de uma nova classe social, a burguesia urbana e com ela os primeiros traços do individualismo, as ações de grupo que até este momento não passavam de práticas reiteradas sem quaisquer objeções, tiveram suas primeiras objeções, notadamente quanto à legitimidade, lhes dando a partir de então caráter de excepcionalidade. Passam, a partir deste momento, dada a esta excepcionalidade, bem como ao direito material focado, a desenvolverem-se junto ao chamado tribunal de equidade, tendo como um de seus litígios emblemáticos o caso *How v. Tenants of Bromsgrove*.

Nesta peleja, em que o Lorde *How*, Senhor de *Bromsgrove*, pretendia de seus arrendatários o reconhecimento do privilégio na caça de animais pequenos em certas regiões de suas posses, foi duramente contestado por alguns arrendatários em nome do grupo. Questionou-se, precisamente, a legitimidade de contestantes para a defesa de todo o grupo. Outra transformação ocorrida no século XVII é atribuída ao desenvolvimento da *bill of peace*, como possibilidade de demanda coletiva,

²²³ *Idem.*, p. 45.

condicionando-a a prévia existência de interesses comuns. Nota-se: se no medievo a condição bastante era a existência de um agrupamento coeso, agora este não mais bastava; exigia-se, então, a presença de interesses comuns, logo maior rigor para seu manejo.

Os séculos XVIII e XIX marcam o declínio dos conflitos coletivos na Inglaterra, a uma: a interpretação do requisito “interesse comum” passa a ser cada vez mais severa; a duas: as expressões dos grupos passariam a serem formalizadas, cada vez mais, pelas corporações legalmente instituídas. Assim, no final do século XIX e início do XX há praticamente o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra, marcando este momento dois emblemáticos litígios: o primeiro, *Duke of Bedford v. Ellis*, de 1901, em que um grupo de feirantes reivindicavam para si e para outros membros da atividade o direito de preferência na ocupação de espaços em determinados mercados públicos, não sendo reconhecido a que todos os membros da classe compartilhassem de interesse comum; daí a negativa ao procedimento coletivo.

Outro caso conhecido por *Mark & Co. Ltd v. Knight Steamship Co. Ltd.*, de 1910, em que dois comerciantes acionaram judicialmente uma transportadora em razão de acidente no transporte de suas mercadorias, reclamando reparações materiais para si e para os outros comerciantes que também haviam perdido mercadorias no acidente, porém não foram atendidos pois, reconhecido o direito a indenização como de caráter pessoal, bem como a exigência de atividade probatória particularizada a cada interessado.

3.2.2 *Rules of civil procedure* – o código de processo civil inglês

No ano de 1994 o então *Lord Chancellor* incumbiu o Magistrado *Lord Woolf of Barners* de realizar um levantamento focalizando a situação da justiça civil inglesa e, passo seguinte, formular sugestões capazes de melhorá-la o desempenho, notadamente acerca de situações indesejáveis que se repetiam mundo afora, a exemplo da lentidão excessiva, altos custos, excessiva complexidade, etc. O trabalho do magistrado *Woolf* resultou em dois importantes documentos: *Interim Report*, de 1995; e o *Final Report*, de 1996. Designado para reexaminar o assunto, *Sir Peter Middleton*, em 1997, recomendava a adoção das proposições do Magistrado *Woolf*, com algumas ressalvas.

O trabalho de *Woolf* apresentava a particular preocupação em desenvolver novos mecanismos que incrementassem o acesso à justiça, e neste viés, as providências relacionadas com as denominadas ações multipartidárias. Conforme exposto pelo próprio *Lord Woolf*, em seu relatório final, estas regras processuais deveriam:

[...] a) providenciar o acesso à Justiça quando um grande número de pessoas fosse afetado pela conduta de outra, mas o dano individual fosse diminuto a ponto de tornar economicamente inviável a propositura de uma ação individual; b) propiciar métodos expeditos, efetivos e proporcionais para a resolução de casos em que os prejuízos individuais sejam grandes o suficiente para justificar demandas singulares, mas que não podem ser satisfatoriamente conduzidos com os procedimentos normais, tendo em vista o número de autores e a natureza das questões envolvidas; c) atingir o equilíbrio entre os direitos dos autores e réus, que seriam normalmente exercidos em termos de persecução e defesa, e os interesses de um grupo para exercer, como um todo, o seu direito de ação, de modo efetivo.²²⁴

Eis, então, que o *Rules of Civil Procedure* – RCP, de 26 de Abril de 2000, materializou um projeto de reforma do sistema judicial civil da Inglaterra, onde os ingleses passaram a contar com um sistema de normas escritas em substituição aos costumes e regras específicas ditadas pelas diversas Cortes, fato que representou uma das maiores transmutações legislativas há mais de século.²²⁵

Este estatuto, erigido nas diretrizes do Magistrado *Woolf*, contempla na *Part 19*, denominada de *parties and group litigation*, normas expressamente dispostas acerca das demandas coletivas. Está subdividido em três subseções, além da norma 19.1 de cunho geral; são elas: i) *addition and substitution of parties*; ii) *representative parties*; iii) *group litigation*, esta última a que melhor serve os propósitos do presente trabalho, razão pela qual a ela serão dedicadas algumas notas mais detidas.

3.2.3 Group Litigation Order – GLO

Tem por finalidade precípua a definição da tese jurídica aplicável ao conflito com eficácia a todas as demandas que integram o grupo registrado, relegando para um segundo momento o enfoque aos sujeitos.²²⁶ Regulamentada na *Part. 19*, denominada

²²⁴ MENDES, *op. cit.*, p. 54.

²²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o código de processo civil inglês. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, v. 99, p. 74-83. Jul/Set.1999. p. 74.

²²⁶ LEVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 196, p. 165-206. jun. 2011. p. 186.

Partires and Group Litigation do Código de Processo Inglês, seção III, itens 19.10 a 19.15, bem como as regras traçadas no *Practice Direction* 19B.

O preceito esculpido na regra 19.10 do RCP dita que a *Group Litigation Order* trata de uma ordem da corte, proferida desde que atendidas certas condições específicas, com a finalidade de propiciar o gerenciamento de demandas (*case management*) com questões de fato ou de direito relacionadas entre si, ou seja, um foco eminentemente gerencial e o enfrentamento de questões de fato e de direito, numa perspectiva pragmática, específica da *common law*.²²⁷

Em uma análise sucinta do instituto, destaca Bruno Wurmbauer as seguintes peculiaridades: quanto à legitimidade para a criação da *GLO*, a detém tanto as partes litigantes quanto o próprio juiz, de ofício. Inaugurado o incidente através da provocação das partes, a primeira providência do causídico é verificar junto a *Law Society's Multi-Party Action Information Service* a existência de outro grupo já registrado versando sobre as mesmas questões, hipótese na qual deverá aderir a este grupo, consoante a regra do artigo 2.1 da *Practice Directions*.

Um requisito bastante criticado pela doutrina é a exigência de permissão para a criação do incidente quando provocado *ex officio*: a depender da matéria tratada no incidente haverá um órgão específico para dele conhecer, e para cada um destes órgãos competentes há uma autoridade específica para emitir a permissão de criação do incidente: se competente a *Queen's Bench division*, a autoridade é o *Lord Chief Justice*; se competente a *Chancery division*, a autoridade é o *Vice-Chancellor*; e, finalmente, se competente uma das *Country Court*, a autoridade será o *Head of Civil Justice*.²²⁸

Quando de iniciativa das partes o incidente é inaugurado através de uma petição que deve conter os seguintes requisitos de admissibilidade: i) um sumário da controvérsia abordada na contenda individual; ii) o número de demandas existentes que gravitam em torno da mesma controvérsia; iii) número de partes que potencialmente possam vir a ser incluídas no incidente; iv) caso haja, deverá discriminar elementos e categorias que possam vir a constituir subgrupos.

²²⁷ WURMBAUER JÚNIOR, Bruno. A tutela dos direitos repetitivos e as novas perspectivas do processo coletivo: modificações introduzidas pelo novo CPC e o IRDR. **Dissertação de mestrado apresentado a faculdade de Direito da Universidade de Brasília**. Brasília-DF, 2014. p. 42.

²²⁸ ROSSONI, Igor Bimkowski. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro**: avanço ou retrocesso? Dezembro 2010. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocessol#_ftnref49>. Acesso em: 25 abr. 2016.

Provocada a criação do grupo, este deverá providenciar a constituição de um registro para que as ações que tratam da mesma matéria sejam também inscritas, bem como de que maneira as informações serão nelas inseridas; é o denominado registro de grupo (*Group Register*). Neste registro especifica-se, também, quais questões serão objetadas no incidente, bem como a corte de gerenciamento (*Management Court*) que conhecerá do incidente, a teor do quanto traçado pela regra 19.11.²²⁹ “Assim, podemos extrair do modelo que o registro é essencial para a administração de processos repetitivos, sob pena de sequer se saber quais são as demandas repetitivas”.²³⁰

3.2.3.1 Juízo-administrador

Fica a cargo do juízo-administrador adotar as medidas administrativas e jurisdicionais necessárias à condução do incidente, ter ciência de todas as questões jurídicas envolvidas, bem como a presidência da instrução do feito. Enfim, a lei inglesa confere amplos poderes de gestão ao *management court*.

Dentro do rol de incumbências do juízo-administrador, além daquelas acima traçadas, está, ainda, de ditar critérios para a inclusão ou exclusão de demandas no grupo, como ainda “[...] a possibilidade de alteração dos GLO *issues* (19.13.a) a fim de melhor gerir o grupo, e mesmo de extinção do *group litigation* quando a questão não puder ser tratada adequadamente de forma coletiva”.²³¹

Está a cargo do juízo-administrador, também, a definição da chamada *Cut-off date*: o juízo-administrador estabelece uma data a partir da qual não será admitida a inclusão de nenhuma ação individual no grupo, detalhar os critérios de admissibilidade de uma nova ação até esta data, ou, ainda, permitir a inclusão de uma nova demanda específica, mesmo posterior a data-limite em situações excepcionais.

Possibilidade bastante peculiar dentro do juízo-administrador é a previsão legal que, em última análise, estabelece a possibilidade de uma espécie de administração compartilhada: por esta permissibilidade, a questão principal – mérito –, sempre ficará a

²²⁹ WURMBAUER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 43.

²³⁰ ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. **Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP) para obtenção do grau de “Mestre” na área de concentração de Direito Processual.** São Paulo, 2013, p. 136. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-151559/pt-br.php>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

²³¹ ROSSONI, *op. cit.*

cargo do *managing judge*, enquanto questões processuais podem ser delegadas para um *strick judge* ou *Master*, como ainda, questões relativas aos custos processuais podem ser repassadas ao *specialist costs judge*, ou seja, a um terceiro juízo. Trata-se, enfim, da possibilidade de se estabelecer uma administração tríplice do incidente, de modo a otimizar e garantir maior eficiência ao procedimento.

3.2.3.2 A figura do advogado-líder

Dentre os advogados das partes envolvidas no *group litigation*, o juízo-administrador designará um deles para ocupar a posição de Advogado-líder (*Lead Solicitor*), cuja função principal é conduzir o julgado. Na prática, a escolha desta figura é feita pelos próprios causídicos envolvidos que de comum acordo apontam um nome para este cargo.²³²

Esta figura processual faz-se necessário uma vez que, muito embora a formação do *group litigation order* seja da espécie *opt-in*, que significa dizer que, para se valer da decisão final o interessado deve formalmente aderir ao GLO, não há meios para harmonizar as manifestações individuais de todas as partes dentro do procedimento, daí a construção da figura do Advogado-líder.

Não significa, com isso, que o procedimento inglês esteja sujeito a uma representação em sentido estrito nos moldes de uma substituição processual, não, definitivamente este modo de representação não encontra espaço neste incidente coletivo, mas significa, tão somente, a figura do Advogado-líder, um mecanismo processual de eficiência dinâmica conferida ao incidente coletivo.

3.2.4 A Possibilidade de Ações-Testes dentro da *Group Litigation Order*

A critério do juízo-administrador pode indicar uma ou algumas das demandas registradas na GLO como ações-teste (*Test Claims*). Nesta situação, a tese principal fixada nas ações representativas terão aplicabilidade as demais integrantes do grupo, permanecendo elas todas sobrestadas até a decisão final daquelas selecionadas para julgamento.

²³² LÉVY, Daniel de Andrade. O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 196, p. 165-206. jun. 2011, pág. 190.

Quando uma ação é destacada para formar uma ação teste, as decisões são obrigatórias para todos os casos semelhantes que se encontram previamente registrados no *group register*. O resultado da ação teste também pode vincular os casos semelhantes registrados posteriormente, caso a corte assim determine.²³³

Neste particular, há calorosa discussão doutrinária acerca da legitimidade dos titulares das ações-teste e a legitimidade quanto a representatividade que desfrutam para com os interesses globais dos grupos, fatores não enfrentados pelo CPR Inglês.

3.2.5 A coisa julgada e sua eficácia no *group litigation order*

Regra geral, a decisão vincula todas as ações registradas na GLO. Não obstante, por opção do legislador inglês, é conferido amplos poderes de modulação dos efeitos desta decisão ao juízo-administrador – regra 19.12(1) do CPR -, tendo a faculdade, por exemplo, para determinar exceções à regra geral vinculativa à decisão das demais ações registradas no grupo, regulamentar os efeitos desta decisão para ações de mesma tese jurídica posteriormente registradas no grupo, dentre outras providências.

Uma flexibilização propositada de modo a permitir ao juízo-administrador extrair do incidente o maior alcance possível à solução dada ao incidente coletivo, pois, o que se persegue nesta espécie de instrumento processual, na essência, é a eficiência na administração de conflitos múltiplos a partir de um meio comum²³⁴, e não o apego exacerbado ao formalismo ritual.

3.2.6 Coexistência entre a *Group Litigation Order* e as Lides Individuais

Discussão acentuada no direito inglês é travada quanto à possibilidade de coexistência entre um *group litigation order* e uma demanda individual, ambos tendo por escopo a mesma tese jurídica. Acerca deste tema, Bruno Wurmhuber enfrenta o debate invocando o *leading case Taylor v. Nugent*.²³⁵

Este caso concreto propiciou uma ampla discussão acerca da preponderância entre o direito fundamental de acesso à justiça e os benefícios coletivos que o GLO

²³³ OTHARAN, *op. cit.*

²³⁴ LÉVY, *op. cit.*, p. 194.

²³⁵ WURMBAUER JÚNIOR, *op. cit.*

proporciona. Em primeira instância o *Justice Moses*, da *Queen's Bench Division*, reconheceu a inexistência de determinação legal para que a parte adira ao *group litigation*, entretanto, caso decida ingressar de maneira individual, em que pese conhecer a existência do incidente coletivo, deve ter ciência que esta opção poderá resultar na proibição de litigar individualmente, como ainda a consequente extinção do feito.

Já em grau de recurso a *Court of Appeal*, sob a relatoria de *Lord Woolf*, entendendo de modo diverso, decidiu pela impossibilidade de se tolher do jurisdicionado o direito fundamental de acesso à justiça; em outras palavras, entendeu pela impossibilidade de forçar a parte a aderir a um *group litigation*. Lado outro, não há óbices para que o magistrado responsável pela demanda individual aplique ao caso a solução dada ao incidente coletivo, inclusive reconhecendo a possibilidade que se suspenda a tramitação do feito individual até que sobrevenha a solução coletiva.

Destarte, prevalece o entendimento pela possibilidade, portanto, de mesmo registrado um *group litigation order*, haver uma demanda individual que trate do mesmo objeto, entretanto, não implica, necessariamente, que a decisão individual seja divorciada daquela coletiva, haja vista que não há impedimentos de ordem legal que impeçam a aplicação da solução coletiva a ação individual pelo magistrado que a preside.

3.3 ABORDAGEM DO DIREITO NORTE-AMERICANO AS AÇÕES DE MASSA

O direito norte-americano, com suas bases fincadas no sistema da *common law*, espelha na figura dos precedentes judiciais o espírito da construção legislativa norte-americana, uma tendência resumida na expressão já abordada neste trabalho por ocasião da análise do instituto da súmula vinculante, segundo a qual: “mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido.”

3.3.1 Precedentes Históricos do Sistema Norte-Americano

Abordando os precedentes históricos que antecederam as ações coletivas nos Estados Unidos de maneira bastante didática, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes²³⁶,

²³⁶ MENDES, *op. cit.*, p. 63-69.

destaca o *leading case* *West v. Randall*, datado de 1820, curiosamente um precedente que não envolve demandas de massa. Tratava-se na verdade de um cidadão de *Massachusetts* demandando contra seu gestor de negócios pessoais alegando que este teria arruinado seu patrimônio.

A importância deste precedente para a história da ação coletiva americana reside, no entanto, no fato de ter despertado em *Joseph Story* o interesse pela matéria, vindo a tornar-se, algum tempo mais tarde, em um nome obrigatório em toda e qualquer tratativa, cujo foco estivesse nas ações coletivas.

Joseph Story era um jurista americano e magistrado integrante da Suprema Corte desde 1811 até a data de seu falecimento, ocorrida em 1845. A partir do caso concreto acima apontado, *Story* construiu um raciocínio levando em conta hipotéticos outros interessados neste caso, por exemplo, herdeiros do titular do patrimônio dilapidado, daí partindo para uma construção que relativizasse o previsível litisconsórcio necessário.

Considerou em sua construção teórica situações como aquelas onde hajam partes bastante numerosas atrelada a dificuldade de reuni-las perante o tribunal, ou ainda naquelas situações que esteja presente o interesse geral e que alguns detêm a capacidade de promover a ação em benefício de todos. Nesses casos e em similares a ação não fica restrita a seus autores, mas de tantos outros interessados ali não presentes, razão pela qual se impõe a negativa ao pedido de litisconsórcio, cabendo ao tribunal seguir com a ação até sua conclusão.

Outo precedente destacado é o *case Beatty v. Kurtz*, de 1829, este sim envolvendo um conflito coletivo, onde um grupo de luteranos demandaram um herdeiro proprietário dos imóveis onde este grupo religioso realizava seus cultos e outro em que instalado o cemitério por eles utilizado, ameaçando-os despejá-los destes imóveis. Neste caso, o próprio grupo de luteranos elegeram alguns de seus membros para irem a juízo por eles.

Em 1836, *Joseph Story* publica sua obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, na qual destaca a relevância das ações coletivas para o poder judiciário e para o acesso à justiça; Mendes destaca que no trabalho escrito pelo autor a ação coletiva tinha por escopo:

[...] no primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação de demandas, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) a redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de

processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado).²³⁷

Na segunda edição da obra, *Joseph Story* aborda o tema das pessoas interessadas, porém, ausentes do processo, defendendo que estes indivíduos não poderiam ser vinculados aos efeitos da decisão coletiva, conclusão bastante criticada tendo em vista que este expediente contraria a essência da demanda multiplicada, já que conferir vinculação aos efeitos da decisão apenas às partes presentes muito se aproxima do litisconsórcio necessário e pouco efeito prático atribui a ação coletiva.

Em 1842 surge a primeira regra escrita vinculada a *class action*; tratava-se de um conjunto de regras criado pela Suprema Corte, dentre elas a denominada *Equity Rule* 48. Eis a previsão da norma:

Quando as partes forem numerosas em um ou outro polo e não puderem, sem manifesta inconveniência e opressivos retardamentos, figurar como parte na ação, a corte em conformidade com a sua discricção poderá dispensá-los da atuação como parte e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses contrários aos dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes.²³⁸

Nota-se, desta forma, que a Suprema Corte trilhou os caminhos traçados por *Story* na medida em que ao redigir a norma, materializou, *ipsis litteris*, seu manifesto entendimento acerca das ações coletivas, inclusive reverenciando seu posicionamento acerca dos efeitos da decisão para os interessados ausentes.

Esta incoerência quanto aos efeitos vinculativos da decisão coletiva entre as partes presentes e ausentes não tardou a ser constatada pela Suprema Corte. Ao julgar o caso *Smith v. Swormstedt*, que na espécie, itinerantes da Igreja Metodista constituíram uma associação cujos recursos financeiros advindos do comércio de peças religiosas, eram destinados à manutenção de pregadores idosos e seus dependentes. Ocorre que em razão da Guerra de Secessão – ocorrida entre 1861 e 1865 –, houve a cisão da igreja e via de consequência, foram suspensos os repasses desses valores aos beneficiários do Sul por parte dos integrantes da associação do Norte.

²³⁷ MENDES, *op. cit.*, p. 65.

²³⁸ *Ibidem.*, p. 66.

A ação pela modalidade representativa foi recusada pelo tribunal de primeira instância sob a pecha de sua inadequação, reformada posteriormente pela Suprema Corte que firmou posição não somente pela sua adequação, como ainda pela vinculação aos efeitos da decisão pelos interessados ausentes, à míngua da previsão da *Equity Rule* 48.

A posição adotada pela Suprema Corte no *case* acima narrado repetiu-se em diversas outras oportunidades, revelando uma tendência confirmada em 1912, com a revogação da regra 48 pela *Rule* 38, que na essência reproduziu o texto anterior, ficando a grande inovação por conta da supressão da parte final da redação, ou seja, a questão da não vinculação dos interessados ausentes. É neste sentido que firmou entendimento a Suprema Corte: “Se o pronunciamento judicial precisa ser efetivo e julgamentos conflitantes necessitam ser evitados, toda a classe deve estar vinculada pela decisão.”²³⁹

Mais adiante, no ano de 1938, os Estados Unidos passou a contar com seu primeiro Código de Processo Civil de âmbito federal. Dentro desta normatização estava inserida a *Rule* 23, responsável por regulamentar as chamadas *class actions*, cuja principal característica era sua aplicabilidade para todo o direito e não apenas para os processos erigidos na equidade.

Algumas décadas posteriores a *Rule* 23 deixou de ser suficiente para atender as exigências dos litígios coletivos que reclamavam o acionamento das *class action*, razão pela qual:

[...] a Suprema Corte norte-americana alterou, substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas. A nova emenda foi formulada com ênfase na representação adequada e leal, como pressuposto para a manutenção das ações coletivas, cujo julgamento passaria a atingir a todos os que fossem considerados como membros da classe, independentemente se o resultado fosse ou não benéfico para os membros.²⁴⁰

Constatando a insuficiência normativa não ficou-se inerte o legislador americano promovendo desde logo reparos na norma de modo a restabelecer a paridade entre os conflitos advindos da sociedade e os instrumentos legais de solução.

3.3.2 Modalidades da *Class Action*

²³⁹*Idem.*, p. 69.

²⁴⁰MENDES, *op. cit.*, p. 72-73.

Ensina Luís Roberto Barroso²⁴¹ que o texto da norma americana, a *Rule 23*, com redação essencialmente de 1966, traz a previsão de três espécies de ações de classe, são elas: a primeira delas prevista na regra 23 (b) (1) é aplicada naquelas circunstâncias cujo estado de conflito processado individualmente poderia implicar, a uma: decisões contraditórias entre as diversas ações individuais tratando da mesma tese jurídica; a duas: acarretar prejuízos aos interesses de outros membros da classe, algo muito próximo dos efeitos alcançados por intermédio do instituto do litisconsórcio unitário previsto no direito nacional.

O que caracteriza esta espécie da ação de classe é a impossibilidade de qualquer dos interessados se afastar dos efeitos da decisão, ou seja, na expressão norte-americana, proceder de forma *opt out*, característica que será abordada mais amiúde nas linhas que se seguirão.

A segunda das espécies – com previsão na regra 23 (b) (2) – é aquela mais apropriada para acudir situações que envolvem ação ou omissão inadequadas contra certa classe, cuja pretensão daí resultante é uma obrigação de fazer ou não fazer. São exemplos destas situações, nos dizeres de Barroso, em que classes sofrem atos discriminatórios, por exemplo, negros, mulheres, imigrantes, são discriminados dentro do ambiente de trabalho. Do mesmo modo que a espécie anterior, aqui os interessados não podem se furtar dos efeitos da decisão, ou seja, não é admitida o *opt out*.

Finalmente, encontra-se na regra 23 (b) (3) o mais comum dentre todas as espécies de ações de classe, a denominada *class action for damages*. Por esta modalidade materializam-se em juízo conflitos envolvendo destacadamente relações de consumidores massificadas, as denominadas pela doutrina norte-americana de *mass torts*.

Esta última modalidade, por sua finalidade, características e requisitos é a que mais de perto serve aos propósitos perseguidos neste trabalho, razão pela qual a ela serão dedicadas, em tópico específico, algumas considerações mais detidas.

3.3.3 A Estrutura Normativa das *Class Action*

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITTI, Vincenzo. (Org.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225-226.

A estrutura da norma americana – Regra 23 – preserva basicamente a mesma consistência de sua criação, isso em 1966, com algumas alterações perpetradas nos anos de 1987, 1998, 2003, 2005, 2007 e 2009. Atualmente está estruturado em:

[...] oito alíneas, de (a) a (h). A alínea (a) fixa quatro pré-requisitos para a admissibilidade da class action. A alínea (b) disciplina o denominado *Class Action Maintainable*, estabelece as espécies de ações - b(1)(A), b(1)(B), b(2) e b(3) - que podem ser processadas como sendo de classe, cujo enquadramento se deve fazer cumulativamente com as exigências de (a). A alínea (c) prescreve diligências no caso de prosseguimento da ação como de classe, ou seja, atos de comunicação (*notice*) necessários, efeitos da coisa julgada coletivamente e a possibilidade da condução coletiva de determinadas questões e do fracionamento do processo, mediante a formação de subclasses. A alínea (d), por sua vez, dispõe sobre os poderes do juiz para o processamento da demanda coletiva, eis que a interferência do órgão judicial, na condução de uma *class action*, é muito intensa. Na alínea (e) são tratadas as hipóteses de extinção do processo e transação nas *class suits*. Já a alínea (f) versa acerca das possibilidades de cabimento de recurso contra decisões de admissibilidade ou não das ações de classe. A alínea (g), por seu turno, prescreve sobre a nomeação do advogado e, finalmente, a alínea (h) estabelece que em uma ação de classe certificada, o tribunal pode conceder honorários advocatícios razoáveis e custos não tributáveis que são autorizados por lei ou por acordo entre as partes.²⁴²

3.3.4 Requisitos de Admissibilidade das *Class Action*

Compulsando a regra 23 denota-se que o sistema norte-americano exige para o manejo das ações de classe uma diversidade de condições, alguns anteriores ao próprio processo, outros concomitantes, outros ainda, específicos a considerar cada uma das espécies das ações de classe em baila. Toda esta sorte de elementos está magistralmente condensada pela Prof. Ada Pellegrini Grinover, nos seguintes termos:

A regra 23 das *Federal Rules* de 1966, que tem caráter pragmático e funcional, contem quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de *class action*, [...], cada uma com seus próprios requisitos. As considerações prévias fixam os pré-requisitos para qualquer ação de classe, da seguinte maneira:

(a) “Pré-requisitos para a ação de classe: Um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a 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 comum à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou

²⁴² ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Influência do sistema das class actions norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-class-actions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileira-semelhancas-e-distincoes-para-a-tutela-ambiental>>. Acesso em: 09 maio 2016.

exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe”.

Trata-se dos requisitos vestibulares (*threshold requirements*)

Seguem, na alínea (b), os requisitos para o prosseguimento da ação de classe, que na verdade criam três categorias de ações:

(b) “Prosseguimento da ação de classe: Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda: (1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:

(A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatível para a parte que se opõe à classe;

(B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou

(2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou

(3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior e a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interessado dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe” (grifei).²⁴³

Na aguçada visão de Cássio Scarpinella Bueno²⁴⁴, alguns dos componentes das ações de classe norte-americanas merecem uma atenção mais detida, dado aos desdobramentos vertidos pela jurisprudência daquele país; são eles:

3.3.4.1 Representatividade adequada e coisa julgada

De acordo com o texto da *Rule 23* (a) (4), a ação de classe só será aceita se as partes representativas exercerem dignamente a proteção e defesa dos interesses da classe. Ocorre na ação de classe norte-americana a peculiar situação segundo a qual

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. Coordenadores. **Processo Coletivo**. Do Surgimento à Atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 173-174.

²⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

Disponível em:

<<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>.

Acesso em: 10 mai 2016.

direitos e interesses individuais serão defendidos em juízo por outros titulares, sem serem precedidos de instrumento de mandato ou qualquer outra espécie de autorização, algo muito próximo da legitimação extraordinária do sistema processual brasileiro.

A verificação da adequação do representante da classe é feita em dois momentos distintos pela Corte: o primeiro deles por ocasião da propositura da ação, oportunidade na qual o juiz certifica se o procedimento é de fato afeto às ações de classe ou não. O segundo momento é ao término da ação tida por coletiva quando poderá haver o questionamento por parte de algum membro da classe ausente do processo acerca de sua sujeição ou não quanto ao decidido de maneira coletiva.

Lançada a dúvida, a discussão irá perquirir se de fato houve ou não uma atuação adequada do representante, cujo juízo formado acerca deste fato terá como consequência os efeitos da coisa julgada para os integrantes da classe. Diferentemente do que ocorre nas ações de classe brasileira, o regime das ações de classe americanas não aceita a formação da coisa julgada *secundum eventum litis e in utilibus*, ou seja, pelo sistema brasileiro apenas se produzirá os efeitos da coisa julgada para os membros ausentes da classe quando favorável a decisão.

Salienta Scarpinella que a doutrina americana elenca três elementos para que se considere presente a *adequacy of representation*:

[...] os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é, devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal? concorrência desleal?). É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquele da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações desta espécie. Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*.²⁴⁵

Nesta ordem de ideias aflora nítida a íntima relação da representatividade adequada com a ordem principiológica da constituição americana, segundo a qual ninguém será privado de seus bens sem o *due process of law*. A configuração do atual direito processual que dedica energia a seus vieses políticos e sociais e não mais apenas jurídicos, acaba por imbricar nos fundamentos tradicionais do processo – quase

²⁴⁵ BUENO, *op. cit.*, p. 13-14.

verdadeiros dogmas – no que concerne à essência individual, privada do processo, de modo a propiciar a efetividade necessária aos novos direitos.

É fato que este problema foi debatido à exaustão pelas cortes americanas, em especial nos conflitos paradigmáticos *Hansberry v. Lee* e *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, frutificando desta cuidadosa análise a já mencionada *adequacy of representation*, um pressuposto que deve gozar de ressaltada rigidez, uma vez que dele decorre o fato de que os membros da classe, estranhos ao processo, tenham a máxima garantia de que aqueles que por eles atuam, estejam em plenas condições de acastelar o interesse comum da maneira mais eficiente possível. E daí outra consequência: tida a representação por adequada e seus respectivos integrantes terem sido alvo de uma *fair notice*, os efeitos da coisa julgada se estenderá a todos estes membros, caso contrário, e aí sem prejuízo ao *due process of law*, os efeitos do *decidum* apenas aos efetivos participantes da ação serão estendidos.²⁴⁶

É neste cenário, portanto, que ganha protagonismo a preocupação com a representatividade adequada, na medida em que se uma ação de classe é voltada, essencialmente, para conflitos coletivos, passa a lhe ser elemento estrutural a possibilidade da decisão proferida em seu bojo vincular os sujeitos da classe ausentes da ação; se não há condições processuais que propicie este resultado, qual, então, a missão institucional desta espécie processual?

Daí concluir Scarpinella:

A questão da representatividade adequada, destarte, passa a ser questão prejudicial para o recebimento e o processamento de uma *class action* como tal(cf. item 2.3, infra), e, também, questão preliminar para a procedibilidade daquelas ações propostas por quem não litigou diretamente, a ser dirimida em casos futuros.²⁴⁷

Conclusão esta em perfeita sintonia com o quanto também deduzido por Bianca Mendes Pereira Richter: “a representatividade adequada funciona como um instituto

²⁴⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. “*Class action*” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 23-24 e 27.

²⁴⁷ BUENO, *op. cit.*, p. 12.

legitimador da tutela jurisdicional coletiva, pois a decisão alcançará quem não participou do processo, portanto, a representação deve ter sido adequada”.²⁴⁸

3.3.4.2 Publicidade

É exigência contida na regra 23 (c) (2) que à ação de classe seja dada publicidade aos demais elementos (ou possíveis elementos) da classe envolvida no litígio. Considera-se satisfatória a cientificação que contenha as seguintes informações:

(i) a possibilidade de cada membro pretender sua auto-exclusão, até a data indicada, dos efeitos de eventual decisão de mérito, não se sujeitando, destarte, à coisa julgada (right to opt out); (ii) que o julgamento, favorável ou desfavorável, afetará todo aquele membro que não requerer sua exclusão na forma da lei (não existe no regime jurídico das *class actions* a possibilidade de formação da coisa julgada *secundum eventum litis*), sendo certo que o que se excluiu não poderá alegar em ação posterior o *collateral estoppe* 153 e, por fim, (iii) que, querendo, poderá o membro participar diretamente da ação, desde que se faça representar por advogado.²⁴⁹

A primeira consideração a merecer destaque neste tópico é quanto a espécie da ação de classe sujeita a este mandamento: a considerar a literalidade do texto esculpido pela Regra 23, a conclusão imediata é que tal providência deve ser tomada apenas com relação à espécie *class action for damage* (Rule 23(b) (3)).

Entretanto, a jurisprudência daquele país pacificou entendimentos divergentes no sentido de que a publicidade é ato inerente às ações de classe, qualquer que seja sua espécie.

No entendimento de Bianca Mendes Pereira Richter, permanece, no entanto, uma diferenciação quanto à maneira pela qual se procede a esta publicação a depender da espécie da *class action* manejada. A partir da Emenda à *Rule 23*, ocorrida em 2003, para as *class action* da espécie *mandatory* (*Rule 23* (b)(1) e (b)(2)) é dispensada a notificação pessoal, sendo suficiente que o magistrado garanta a *appropriate notice*. Lado outro, sendo a espécie daquela tratada na Regra 23 (b)(3) (*class action for damages*) exige a notificação pessoal.

²⁴⁸ RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/25/14>. Acesso em: 11 maio 2016. p. 218.

²⁴⁹ BUENO, *op. cit.*, p. 18.

Esta segmentação que o sistema legal norte-americano faz é justificada, ainda segundo Bianca Mendes Pereira Richter, na medida em que nas duas primeiras espécies das ações de classe não assiste aos membros o direito de auto exclusão dos efeitos da decisão, o que não se repete na espécie *class action damages*, já que nesta modalidade há a possibilidade de auto exclusão dos membros da classe.²⁵⁰

Neste sentido, ao enfrentar os requisitos da publicidade nesta espécie, em particular da ação de classe, José Rogério Cruz e Tucci faz consignar que:

Em qualquer *class action*, fundada na alínea b (3), o tribunal deverá ordenar sejam notificados da existência da demanda todos os componentes do grupo. A notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias. Pela notificação, os componentes do grupo deverão ser informados de que:

- (a) Podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe;
- (b) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requererem a sua exclusão;
- (c) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado.²⁵¹

Outro ponto de interesse é a maneira pela qual ocorre a publicidade da ação coletiva: ainda segundo a jurisprudência americana, esta ciência deve ser feita individual e pessoal a todos os componentes da classe que possam ser identificados e encontrados mediante algum esforço considerado razoável. Em outras palavras, dá-se a notificação da seguinte maneira: os elementos do grupo facilmente identificáveis devem obrigatoriamente ser notificados pessoalmente, porém, aqueles membros não facilmente identificáveis, ainda assim deve haver a notificação porém não pessoal, mas da melhor maneira face às circunstâncias concretas do caso (*the best notice practicable under the circumstances*).²⁵²

Explica Antonio Gidi: a adequação da notificação deve ser calculada diante das circunstâncias do caso de modo a atingir o maior número possível de membros, por isso é necessário que haja compatível proporção ao tamanho, localização e demais outros elementos peculiares ao grupo. Exemplifica Gidi: se o grupo tem características locais, a publicidade em jornais e estações de rádios locais revela-se aceitável, lado outro, um

²⁵⁰ RICHTER, *op. cit.*, p. 222.

²⁵¹ TUCCI, *op. cit.*, p. 15-16.

²⁵² GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 218.

grupo com características nacionais, a publicidade reclama meios de incursão nacional.²⁵³

Dentro, ainda, desta assertiva, uma notificação de âmbito nacional feita, por exemplo, em revistas especializadas em esportes ou automóveis quando o grupo é composto por investidores do mercado ou consumidores de computadores, ainda que estes meios de publicidade sejam de circulação nacional, não atendem aos desideratos do instituto, uma vez que tais meios não têm como público alvo os integrantes daquele grupo.

Entretanto, explica Antonio Gidi, a decisão de qual será a forma adequada de se proceder a notificação, qual o nível de esforços dos autores seria razoável exigir para a identificação dos membros, ficará a cargo do juiz da causa em uma decisão discricionária formada a partir das circunstâncias concretas de cada caso, decisão esta apenas reformável em segundo grau na hipótese de constatado abuso ou erro.

Ilustrando a questão da publicidade nas ações de classe, Scarpinella invoca o exemplo do *leading case Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, de 1974: cerca de seis milhões de pequenos investidores lesados pelas empresas réis no *New York Stock Exchange*, dos quais dois milhões de membros eram considerados facilmente identificáveis, sendo que o custo de notificação apenas destes membros ficaria algo em torno de US\$ 225.000,00, enquanto a pretensão individual do representante era de apenas US\$ 70,00, e o valor médio entre os outros membros atingia um valor inferior a US\$ 4,00. O valor da pretensão coletiva era algo entre 60 a 120 milhões; apenas os honorários advocatícios eram estimados em 5 milhões de dólares.

Diante da previsão da Regra 23 (c) (2), uma espécie flexível de notificação, o juiz da causa reduziu a necessidade de notificação pessoal a apenas alguns membros mais seriamente prejudicados, algo aproximado a dois mil membros, e os outros poderia se dar pela amostragem, técnica conhecida como notificação por amostragem (*sampling notice*), e os demais membros seriam notificados através de anúncios em jornais de grande circulação e por intermédio de instituições bancárias e financeiras, reduzindo, assim, o custo das notificações para apenas US\$ 22.000,00.

E, ainda, considerando a alta probabilidade de êxito dos autores na demanda, o juiz inverteu 90% dos ônus financeiros da notificação para a empresa ré. Levado o caso à Suprema Corte, ambas decisões primárias restaram reformadas: a primeira quanto a

²⁵³ *Ibid.*

flexibilidade das notificações: entendeu a Suprema Corte, por uma interpretação literal da Regra 23 (c) (2) a exigência pela notificação pessoal de todos os membros do grupo facilmente identificáveis, dado ao seu caráter de imprescindibilidade para que a sentença coletiva produza coisa julgada *erga omnes*. E quanto à inversão do ônus financeiro, alegou a Suprema Corte que a *Rule 23* não prevê esta hipótese, de modo que, não poderia, então, ser aplicada. A conclusão final da Corte, portanto, foi pela obrigatoriedade da notificação pessoal a todos os membros facilmente identificáveis, ainda que o custo dela inviabilize a tutela jurisdicional coletiva.

Também tomando por referência este mesmo *leading case*, Antonio Gidi destaca não apenas a impossibilidade da tutela coletiva dos lesados no caso *Eisen*, como ainda tornou-se este precedente um monumental obstáculo ao acesso à justiça coletiva que envolvam números expressivos de pessoas, notadamente quando a pretensão individualmente considerada é de pequena expressão.

Essa pobre interpretação literal afronta uma leitura inteligente do dispositivo. Afinal, a letra da lei é clara ao prescrever que o juiz deve promover “a melhor notificação possível dentro das circunstâncias” (*the best notice practicable under the circumstances*) As circunstâncias envolvidas no caso *Eisen*, definitivamente, não permitiam a notificação pessoal a dois milhões de pessoas. Consequentemente, essa não poderia ter sido a melhor opção.²⁵⁴

Essa decisão estranhamente foi de encontro a tudo quanto proclamado pela sistema processual coletivo americano, uma vez que, em última análise, tolheu de fato o acesso daqueles jurisdicionados ao judiciário.

3.3.4.3 Certificação

Ao contrário do que ocorre no sistema brasileiro, no americano a ação não aflora no mundo jurídico já em suas vestes coletivas, no princípio é individual e uma vez inaugurada, o candidato a representante de toda a classe requer ao juiz que a receba na modalidade coletiva. Este candidato pode ser qualquer das partes processuais, tocando ao juiz avaliar a presença dos requisitos e a subsunção do pleito a uma das hipóteses traçadas na legislação de cabimento da ação coletiva para aí confirmá-la como da espécie coletiva; a isso se atribui a nomenclatura de certificação – *certification* –.²⁵⁵

²⁵⁴ GIDI, *op. cit.*, p. 222.

²⁵⁵ *Ibidem.*, p. 192.

Antonio Gidi equipara este procedimento a uma:

[...] espécie de “decisão saneadora”, em que o juiz estuda cuidadosamente o processo e verifica se ele pode prosseguir na forma coletiva. A ação proposta não terá natureza coletiva até que o juiz decida que ela tem condições de ser certificada como tal.²⁵⁶

Trata-se de uma etapa da ação de classe revestida de muito rigor, notadamente quando objetada aquelas ações de cunho indenizatórios, denominado o ato de *class certification*. Este ato não é imediato, podendo se estender por muito tempo até uma conclusão definitiva e passível de emendas durante sua tramitação e até que sobrevenha a decisão final ao litígio coletivo. Dado a sua significância para a demanda de classe, por vezes, a doutrina a ela se refere por *the chief battle of the litigation*.²⁵⁷

Não há um momento específico para que se requeira a certificação da ação por parte do interessado, no entanto, alguns tribunais criaram normas locais prevendo um período que varia entre 30 e 90 dias contados a partir da data da propositura da ação, da citação ou do encerramento da fase postulatória. Entretanto, não se trata de prazos preclusivos, uma vez que características específicas do caso, desde que não haja prejuízos a parte contrária e nem para os membros ausentes, podem implicar na relativização desses prazos.

De outro norte, a estrapolação do prazo pode ser oriunda da inércia da parte, fato que também não acarretaria a preclusão para a postulação da certificação da ação, posto que desta forma restariam punidos todos os membros em decorrência de um ato de desleixo do representante. Recomenda-se nesta situação uma suspeita de falta de diligência do advogado do grupo e, via de consequência, falta de adequação da representatividade, daí a necessidade de corrigi-la, ao invés da punição coletiva.

Trata-se de um ato puro de discricionariedade do juiz, haja vista que para conceder ou não a certificação empregará exercícios interpretativos aos conceitos vagos da *Rule 23*, tais como: questão comum, tipicidade, adequada representação, etc. É a partir do revolvimento de todas as circunstâncias que dão a moldura da controvérsia que o juiz irá definir o grupo, irá sopesar a maneira pela qual irá certificar a ação, até mesmo se é o caso de certificá-la, enfim, uma análise pura de fato, tanto que por esta razão o sistema norte-americano deixa-o a cargo do juiz da causa, dado a sua maior

²⁵⁶ *Ibidem.*, p. 193.

²⁵⁷ WURMBAUER JÚNIOR, *op. cit.*, p. 33.

proximidade com os fatos e com as partes, decisão a qual, posteriormente, o tribunal presta grande deferência, desde que adequadamente fundamentada.

Tamanha a relevância da decisão que acata ou não a certificação da ação que o conflito que se estabelece em torno dela ganha contornos de verdadeira disputa de ordem central da contenda. Neste sentido, Antonio Gidi:

A certificação é uma verdadeira batalha entre as partes. Se o juiz julgar necessário, i.e., se houver questão de fato ou de direito controvertida ou as provas constantes dos autos forem insuficientes, o juiz pode convocar uma audiência preliminar (*preliminar hearing, evidentiary hearing* ou *class certification hearing*) para que as partes possam apresentar os seus argumentos ou produzir as provas relevantes para a certificação.²⁵⁸

Os requisitos para que seja concedida a *class certification* confundem-se com aqueles já enumerados em linhas anteriores – *item 3.4* – razão pela qual desnecessário repeti-los todos neste momento.

A decisão positiva pela certificação da ação de classe, da qual é emitida a *certification order*, traz como efeitos práticos:

[...] aprova uma determinada descrição da classe, definindo quais sejam as pessoas que nela estão incluídas ou, como já visto, indica quais as pessoas que podem ser incluídas em tantas subclasses quantas se demonstrem viáveis (e necessárias). A decisão em tela, ainda, define qual será o objeto da ação coletiva, dando margem para se pensar, em termos de ordenamento jurídico brasileiro, em uma prévia definição dos limites objetivos da coisa julgada. Por fim, *the certification order* identifica e aponta quem será o representante da classe, uma vez que o juiz não está vinculado às alegações feitas pelos interessados quanto à pessoa que melhor possa conduzir o processo. Esta identificação de quem será o *class representative* ganha ainda maior destaque, por razões óbvias, naquelas hipóteses em que a *class* integra o pólo passivo da relação processual.²⁵⁹

Questão controvertida quanto à certificação da ação de classe está a cargo da recorribilidade da decisão que a concede ou nega. Ressalta Scarpinella que parte significativa da doutrina americana, bem como entendimento majoritário da Suprema Corte acenam no sentido da irrecorribilidade da decisão.

Tal posição sustenta-se sob a pecha do caráter interlocutório das ações de classe; significa isso que: a decisão não é terminativa. Uma decisão negativa quanto à certificação, por exemplo, não impede a tramitação do feito, este terá seguimento até

²⁵⁸ GIDI, *op. cit.*, p. 200.

²⁵⁹ BUENO, *op. cit.*, p. 22.

mesmo aparelhado em litisconsórcio dos interessados, porém despido do qualificativo “coletivo”.

De outro norte, algumas Cortes têm admitido recurso a partir do seguinte raciocínio: o fator motivador de uma ação de classe é, exatamente, a possibilidade do ingresso em juízo de maneira conjunta, em parceria, seja pelo fato dos valores envolvidos serem insignificantes se observados individualmente, a ponto de desestimularem quaisquer ações por parte de seus titulares, seja pela dificuldade, receio, temor, ignorância, em titularizar uma contenda judicial de maneira individual. Desta maneira, a decisão deve estar sujeita a uma revisão.

3.3.5 *Class Action For Damages*

O traço identificativo desta espécie de ação de classe é a possibilidade de formulação de pedido indenizatório pelos integrantes da classe, elemento que a aproxima das ações coletivas brasileiras, daí dedicar algumas linhas mais a esta espécie em particular.

Primeiro ponto, a previsão legal: a Regra 23, inciso (b)(3) é de aplicação específica à *damage class action*, não existia na legislação federal americana de 1938, configurando-se, portanto, “[...] a grande novidade das Federal Rules de 1966”.²⁶⁰

Segundo ponto, requisitos: além daqueles requisitos gerais já abordados neste capítulo – *vide item 3.3.4* – dois outros são necessários quando se trata da presente espécie da *class action*: i) a prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais; ii) a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença.

Grinover apresenta alguns *leading cases* de repercussão nacional que não foram aceitos na forma coletiva, por entender os Tribunais ausentes os requisitos tratados acima. Um desses casos foi o denominado “Castano”: tratava a espécie sobre a pretensão de reparação de danos provocados pela dependência da nicotina por haver suposta omissão de informações por parte da indústria tabagista.

Esta ação foi desqualificada em sede de recurso, uma vez que diversas variações afetavam a prevalência e a superioridade. No que concerne à prevalência, o Tribunal firmou seu entendimento no sentido de que ultrapassada a ação de classe, restaria

²⁶⁰ GRINOVER, *op. cit.*, p. 174.

pendente, ainda, a demonstração em ações individuais da causalidade relegando a questão comum como parte menor no julgamento coletivo.

E quanto a superioridade, o entendimento do Tribunal foi no sentido de que a ação de classe conduziria a pressões insuperáveis denominando-as como “chantagem judicial”, resultando daí que o tratamento coletivo ao caso poderia influir sobre o destino de todo um setor produtivo daquele país. Lado outro, salientou o Tribunal que cada autor poderia pleitear individualmente suas milionárias indenizações.

Um outro *case* emblemático ficou conhecido como *american medical system*: versava a disputa acerca de próteses penianas que exigiam dos pacientes substituições delas em razão de dores e desconforto. Foi negada a prevalência, uma vez que as questões legais diferiam dramaticamente de parte para parte, não fixando uma causa comum para o dano. Cada membro apresentava uma queixa diversa e cada um havia recebido uma orientação específica de seus médicos com relação aos resultados do procedimento.

A superioridade, neste caso, também foi rejeitada, uma vez que o problema específico de cada autor levaria a problemas que seriam insuperáveis do ponto de vista processual dentro do cenário coletivo, tendo em vista que o litígio sob o prisma individual estava alicerçado a partir de diferentes modelos de próteses utilizados e fabricados no período de 22 anos.

Trouxe à baila, também, o *case* conhecido por *Rhone-Poulenc*: cuidava da reparação de danos a hemofílicos que foram infectados pelo vírus HIV por receberem sangue contaminado. O argumento basilar deste processo empregado pelo tribunal para afastar a superioridade foi o risco de falência de empresas que poderiam não ser legalmente responsáveis. Neste sentido, asseverou o tribunal no sentido de que uma ação de classe poderia escrever o destino de todo um setor produtivo, quando individualmente tratava de graus distintos de responsabilidade, já que a legislação americana não reserva tratamento único aos casos de negligência, fato que impediu um tratamento único a este conflito.

Terceiro e último ponto que merece destaque cuida da possibilidade de não-vinculação: nas ações coletivas brasileiras vige a regra para a coisa julgada denominada de *secundum eventum litis*; é dizer: no sistema processual comum a coisa julgada é formada sendo o pedido julgado procedente ou improcedente, não importa. Já nas ações

coletivas, a depender da causa da improcedência, não há os efeitos da coisa julgada para os membros daquela classe, cada qual pode repropor individualmente a ação.²⁶¹

Já no sistema norte-americano os efeitos da coisa julgada difere-se da brasileira: naquele país, via de regra, a coisa julgada atinge todos os membros da classe, tenham sido eles partes ou não da ação judicial. Ao nosso sentir uma consequência mais adequada ao tratamento coletivo dos litígios pois, de outra maneira, a exemplo da brasileira, qual o proveito útil no trato da coisa coletiva se, se permite a parte movimentar uma vez mais o judiciário, desta feita de maneira individual diante da negativa obtida na contenda coletiva?

Entretanto, a *class action for damages* afigura-se uma exceção as demais espécies: nela os membros da classe em litígio podem optar por submeterem-se ou não aos efeitos do julgamento coletivo. Como visto anteriormente, a legislação americana, nesta espécie de ação de classe, exige a notificação pessoal dos integrantes da classe passíveis de identificação mediante esforço razoável, isso para que logo nos movimentos iniciais do processo coletivo, a parte possa manifestar-se quanto a sua adesão ou não a ela; é a opção pelo exercício daquilo que no sistema norte-americano denomina-se de *opt out*.

É possível, assim, afirmar que o fenômeno das ações repetitivas não é exclusividade da sociedade brasileira, manifesta-se, também, em outras ordens processuais a exemplo daquelas aqui abordadas. Entretanto, salta aos olhos a seguinte constatação: em algumas ordens jurídicas, a exemplo da Inglaterra e Estados Unidos, a questão é pensada e trabalhada há séculos, seja devido à configuração dos conflitos que naturalmente se formavam de maneira coletiva, a exemplo dos casos históricos ingleses, seja devido a cientistas do direito sensíveis aos sinais emanados da sociedade que lhes permitiram antever comportamentos característicos típicos das sociedades contemporâneas, a exemplo do Juiz americano *Joseph Story*, já em outras, como na Alemanha, surge meramente como ato reativo a uma situação até então desconhecida, mas que não impediu de ser igualmente analisada, processada, dissecada de modo a fabricar solução harmônica ao problema, ou seja, a partir de sua natureza coletiva, em que pese o preconceito da cultura alemã para com a legitimidade extraordinária,

²⁶¹ LEAL, Luciana de Oliveira. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=cce8be67-3e36-49f5-912b-219abbae66ea&groupId=10136>. Acesso em: 16 maio 2016. p. 7.

conforme visto nas linhas acima, o que infelizmente não ocorre no direito brasileiro consoante será abordado no capítulo seguinte.

4 A ABORDAGEM COLETIVA DO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A esta altura do trabalho é possível que o leitor mais atento já tenha formado um juízo de reprovação acerca de um suposto equívoco das razões sustentadas nos capítulos precedentes, o que se deve a propositada omissão dos instrumentos essencialmente coletivos quando analisado os mecanismos processuais brasileiros de enfrentamento às ações de massa, tema da seção II.

Se de fato está o leitor desconfortável neste particular é porque, ao menos até esta etapa do trabalho, alcançou-se um dos objetivos perseguidos, qual seja, demonstrar a possível confusão sistêmica em que incorre o legislador brasileiro entre a acepção essencialmente coletiva do processo e a tradicional visão individualista.

É evidente que não se omitiria de um trabalho cuja proposta seja a discussão das relações jurídicas massificadas, o sistema processual coletivo puro e seus respectivos instrumentos processuais como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, dentre outros. No entanto, diante das informações amealhadas durante as pesquisas para a confecção deste trabalho e aquilo que ao final se objetiva revelar, mostrou-se necessária a utilização desta técnica de redação. Ao lançar mão deste expediente, mesmo assumindo o risco de provocar conclusões precipitadas de reprovação, acredita, com isso, ser possível lançar forte luz sob aquilo que em sede de considerações finais será apontado acerca da já mencionada confusão sistêmica em que aparentemente incorre a legislação brasileira.

Desta sorte, para alento dos leitores com um juízo crítico mais apurado e na expectativa de que não abandonem a leitura deste trabalho, e até mesmo para atender um mínimo de conteúdo que um trabalho que tenha por propósito enfrentar as relações processuais massificadas deve apresentar, reserva este capítulo para a redação de algumas notas gerais acerca do sistema processual coletivo nacional.

O sistema das ações coletivas brasileiras posto, ao menos em sede normativa, é tecnicamente bem construído, superando, inclusive, países de larga tradição normativa jurídica, ao menos entre aqueles de tradição *civil law*, dentre os quais o Brasil é pioneiro

na criação e implementação desta espécie processual.²⁶² Conta com instrumentos específicos, normas com razoável extensão e abrangência, boa técnica de aplicabilidade, entretanto, como será demonstrado nas linhas que se seguirão, ponto alto deste capítulo, vez ou outra sofrem limitações desarrazoadas que, em última análise, restringem o alcance do sistema, deixando-o com um notável potencial ocioso.

4.1 OS PRIMEIROS PASSOS DO DIREITO COLETIVO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

De maneira alguma há a pretensão de realizar uma exposição exaustiva acerca do precedente histórico do direito coletivo no sistema jurídico brasileiro, longe disso, mas tão somente registrar marcos pontuais da trajetória desta espécie jurídica, necessários para a correta compreensão da ideia que se pretende passar neste capítulo.

Feita esta consideração é também com este desígnio que Ada Pellegrini Grinover, com a síntese e precisão que lhes são peculiares, atribuiu seus primeiros passos à Lei 4.717, de 29 de Junho de 1965 – Ação Popular –, um instrumento processual voltado à defesa de interesses que não ficavam limitados a esfera individual do cidadão, mas que lhe transcendiam, ou seja, instrumento voltado aos interesses transindividuais, acentuado mais tarde, com a reforma desta norma em 1977.

Seguiu-se a Lei 6.938 de 31, de Agosto de 1981, que previu a titularidade do Ministério Público para as ações que objetavam a responsabilidade civil e penal ambientais, mas foi com a Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985, que instituiu a Ação Civil Pública, que os interesses transindividuais relacionados ao meio ambiente e ao consumidor receberam um tratamento específico através da incidência de princípios e regras que, de uma face, rompiam com a raiz individualista do processo civil brasileiro, e em outra face, acabaram influenciando no Código de Processo Civil da época.

No entanto, tratava-se de um instrumento voltado a objetos restritos, meio ambiente e consumidor, até que a promulgação da Constituição de 1988 universalizou a proteção coletiva aos direitos transindividuais sem qualquer limitação quanto a objeto.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover... [et al]. – 10. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). p. 25.

No início da década de 90, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 – foi que instalou no Brasil um verdadeiro microsistema de processos coletivos, que também trouxe a categoria dos direitos individuais homogêneos e pela Lei 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca de ambos diplomas.²⁶³

A mais perfeita interação entre o Código e a Lei nº 7.347, de 24.7.85, está estabelecida nos arts. 90 e 110 *usque* 117, de sorte que estão incorporados ao sistema de defesa do consumidor as inovações introduzidas pela referida lei especial, da mesma forma que todos os avanços do Código são também aplicáveis ao sistema de tutela de direitos criado pela Lei nº 7.347.²⁶⁴

Acerca do microsistema formado a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor com os demais institutos já vigentes e as influências recíprocas entre elas, Nelson Nery Junior²⁶⁵ considera que o *Codex* consumerista não foi o responsável por implantar no sistema pátrio a tutela dos interesses difusos, outras normas haviam que objetavam esta matéria, como por exemplo a Lei da Ação Civil Pública, revelando, então, a necessidade de harmonizar as normas já existentes frente a recém criada, de modo a não ensejar duplicidade de regimes ou ainda conflitos normativos com as disposições processuais do CDC.

Não por outra razão o legislador do CDC dedicou o Título VI, “Disposições Finais”, para cumprir este desiderato de adaptação e compatibilização entre este Código e a Lei da Ação Civil Pública, de modo que, aliado o Título acima referido com a redação do artigo 90 do mesmo diploma, é possível afirmar que não houve a revogação da Lei 7.347/85 frente ao CDC, “[...] mas apenas a regulamentação destacada de um dos direitos protegidos por aquela lei, que é o Direito do Consumidor”.²⁶⁶

A regulamentação processual de relações fundadas no consumo está a cargo do Título III do Código Consumerista, restando à Lei da Ação Civil Pública incidência subsidiária nas hipóteses de omissão do CDC e, mantida a lacuna, socorre-se às

²⁶³ GRINOVER, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁴ WATANABE, Kazuo. Da Defesa do Consumidor em Juízo. Processo Coletivo e Processo Individual. In **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover... [et al]. – 10. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). p. 67.

²⁶⁵ NERY JUNIOR, Nelson. Título VI Disposições Finais. In **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover... [et al]. – 10. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). p. 219-224.

²⁶⁶ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 219.

disposições do Código de Processo Civil diante de sua natureza de norma geral subsidiária reguladora dos aspectos processuais (art. 90 CDC). Na redação original do CDC aprovada pelo Congresso Nacional dispunha o artigo 89 que as normas processuais do Título III seriam aplicáveis a outros direitos ou interesses difusos e individuais homogêneos, tratados coletivamente, contudo, sendo vetado pelo Presidente da República.

Entretanto, o veto não trouxe reflexos para o sistema do CDC, isso porque o disposto no artigo 21 da LACP, com a redação que lhe atribuiu o artigo 117 do CDC, traz a aplicação à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que couber, justamente os dispositivos do Título III do CDC. Não só é este dispositivo equivalente ao vetado, como ainda possui maior abrangência: o artigo vetado somente permitia a utilização dos mecanismos processuais do CDC para as ações que objetassem direitos individuais homogêneos tratados coletivamente, discriminação que não encontra equivalente no dispositivo da LACP.

A assertiva inversa também é verdadeira: os dispositivos da LACP são aplicáveis às ações propostas calcadas no Código de Defesa do Consumidor, naquilo que não forem contraditórios. Nelson Nery Junior cita como exemplo desta possibilidade o inquérito civil, instrumento de criação da LACP, que pode ser instaurado pelo Ministério Público para apuração de fatos ligados a relações de consumo, subordinadas ao regime jurídico do CDC; a possibilidade do magistrado, nas ações ajuizadas com fundamento no CDC, poder deferir efeito suspensivo aos recursos nos termos do art. 14 LACP.

Latente, portanto, a sintonia entre o CDC e a LACP, uma relação de complementação entre ambos com indistinta aplicação às ações que versem sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, harmonização esta viabilizada frente à perfeita técnica empregada pelo legislador do CDC, que trouxe expedientes legais voltados especificamente para este fim, conforme anteriormente tratado.

Ainda visando a excelência da conjugação das normas que compõem o microsistema coletivo, a lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor impôs alterações diretas na LACP, dentre as quais destaca-se: i) incluiu na LACP a tutela dos direitos coletivos (mediante acréscimo do inciso IV no artigo 1º), extirpando, assim, vez por todas, dúvidas acerca da incidência desta lei nas ações que tratam de direitos coletivos, e mesmo aquelas que tratam de direitos individuais homogêneos são também

aplicáveis as normas da LACP diante do que determina a redação do artigo 21 desta Lei, acrescentado pelo artigo 117 do CDC; ii) a correção de alguns pontos negativos a muito apontados pela doutrina como, por exemplo, a obrigatoriedade do Ministério Público assumir a titularidade ativa da Ação Civil Pública apenas em caso de desistência infundada por associação legitimada; iii) a alteração nos regimes jurídicos para a verificação quanto a legitimidade da causa das associações civis como da condenação nas despesas processuais e honorários de advogado no âmbito da LACP para compatibilizá-la com o sistema do CDC.²⁶⁷

4.2 DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE INTERESSES REGULAMENTADOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Não haveria espaço suficiente neste trabalho para abordar todas inovações legislativas que o Código de Defesa do Consumidor trouxe para o sistema jurídico pátrio, contudo, uma destas alterações reverbera diante da expressiva significação que possui, qual seja, a definição técnica das diversas espécies de interesses coletivos.

Em razão de todo o rearranjo social já tratado neste trabalho nos capítulos inaugurais, deu ensejo ao surgimento de uma nova classe de interesses, uma classe que

²⁶⁷ Não se perca de vista a consistente discussão doutrinária acerca do emprego da terminologia “Ação Civil Pública” dentro da matéria coletiva. Neste sentido, em artigo intitulado “Ação Civil pública ou Ação Coletiva?”, José Marcelo Menezes Vigilar (In Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos. Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 400-416) defende o equívoco que a nomenclatura da ação gera na matéria coletiva. Segundo este autor a expressão “Ação Civil Pública” foi empregada em primeiro lugar pelo processualista italiano Piero Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, vol.I, p. 275 e ss), na intenção de confrontá-la com a expressão “Ação Penal Pública”, isso quando tratar-se de iniciativa do Ministério Público diversa daquela de cunho penal, ou seja, empregar-se-ia esta expressão para a atividade exercitada pelo Ministério Público que não fosse de cunho penal. Assim se o Ministério Público ingressa com uma ação *ex delicto* esta será uma Ação Civil Pública. Qual a razão, então, para se atribuir o nome “Ação Civil Pública” as demandas previstas na Lei 7.347/85? O anteprojeto desta norma de autoria de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior, que uma vez ingresso na Câmara dos Deputados recebeu o número 3.034/84 não continha em seu texto a adjetivação “civil pública” após a expressão “ação”. E isto por uma razão bem conhecida: estes juristas historicamente sempre se posicionaram contrários a teoria imanentista da ação e, principalmente Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe foram alguns dos processualistas responsáveis por importar a modernidade do processo civil mundial para o sistema brasileiro. A expressão “coletiva” revela-se mais apropriada para expressar que tipo de interesse está em pauta, de modo que, não há como sustentar seja a ação coletiva um gênero que dentre suas espécies está a Ação Civil Pública. É plenamente possível a utilização de uma expressão pela outra. Ambas não deveriam, em última análise, existir, tendo em vista que ação não deve ser adjetivada, mas a expressão “coletiva” expressa melhor o tipo de interesse que se pretende tutelar, ao passo que “Ação Civil Pública” pode ser empregada para tutelar um interesse individual homogêneo. O nome, então, pouco importa: as ações serão coletivas porque veiculam pretensões coletivas.

não encontrava espaço dentro da tradicional separação entre interesses individuais e públicos, são os interesses metaindividuais, acompanhados de mecanismos processuais que pudessem garantir efetiva tutela a eles. Esta nova classe de interesses possui clara dimensão social alcançando grupos de pessoas quase sempre desorganizadas, porém com necessidades comuns. Essa nova espécie de interesse tutelável implicou em reflexos de ordem política, trazendo os chamados corpos intermediários para a gestão da coisa pública, assumindo contornos de gestão participativa, implicando em uma nova espécie de descentralização, com notas sociais, assumindo esses corpos e esses grupamentos sociais funções específicas.²⁶⁸

Daí a pontualidade do Código de Defesa do Consumidor em tratar de maneira direta e esmiuçada as várias espécies dos interesses coletivos. A primeira tratativa acerca dos interesses coletivos está no artigo 81, segundo o qual “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.” Os interesses individuais são os tradicionais que deram o tom durante a vigência do Código de Processo Civil revogado, ou seja, aquele que tramita em juízo patrocinado pelo próprio titular do direito.

A tutela individual é aquela exercida em juízo pelo próprio titular do direito, que nesse caso, é bem definido, ou seja, tem nome e endereço. Esta é uma hipótese de legitimação ordinária, amplamente regulada pelo Código de Processo Civil. Desta forma, como a tutela individual já se encontra prevista no Código de Processo Civil, tratou o CDC com mais ênfase da tutela coletiva.²⁶⁹

A nota marcante dos interesses transindividuais ou de grupo, segundo o magistério de Hugo Nigro Mazzilli, não está, ao contrário do que muitos podem supor, no fato de serem afetos a diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, em que pese o destaque deste atributo a primeira vista, mas reside precisamente na circunstância de que o sistema jurídico induz à necessidade de que o acesso individual dos lesados seja substituído por uma atuação coletiva, de modo que, a solução coletiva deve ter o condão não somente de evitar decisões conflituosas acerca

²⁶⁸ GRINOVER, *op. cit.*, p. 40.

²⁶⁹ FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. A Ação Coletiva Para Tutela de Interesses Individuais Homogêneos Prevista no Código de Defesa do Consumidor. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do **CONPEDI**, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/brasil/01_824.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

de uma mesma relação fática ou jurídica, como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide do ponto de vista da eficiência da prestação jurisdicional. A partir desta constatação torna-se possível identificar alguns elementos específicos da tutela coletiva: i) a controvérsia na tutela coletiva é instalada a partir de interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, enquanto que na tutela individual, via de regra, a controvérsia se restringe a interesses propriamente individuais; ii) na tutela coletiva é frequente a conflituosidade entre os próprios grupos envolvidos em defesa de interesses denominados “macrossociais”, enquanto nas lides convencionais estes ficam entre autor e réu quando não excepcionados por um pequeno grupo em razão da formação de um litisconsórcio; iii) a representação processual coletiva faz-se por intermédio da legitimação extraordinária²⁷⁰, enquanto na tutela individual esta é ordinária; iv) o produto obtido no processo coletivo normalmente possui uma destinação especial, por exemplo um fundo fluído, de utilização flexível, voltado à reparação do interesse coletivo lesado, enquanto que no processo individual este produto é empossado pelo próprio vencedor; v) na tutela coletiva, em razão dos colegitimados ativos não serem os titulares do direito transindividual em disputa, os efeitos da decisão ultrapassam os limites das partes processuais (coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*), ao contrário do que ocorre nas ações tipicamente individuais, cujos efeitos da decisão são restritos às partes do processo; vi) na tutela coletiva há o predomínio do princípio da economia processual, haja vista que em uma mesma contenda se decide a pretensão de um sem fim de jurisdicionados.²⁷¹

²⁷⁰ A título de registro cabe destacar que a natureza da legitimação ativa nas ações coletivas não é ponto pacífico na doutrina e desta maneira comporta acalorados debates com um sem fim de fundamentos, sob os quais erigem os diferentes entendimentos, tanto que, se fosse dedicar espaço neste trabalho à abordagem mais detida deste ponto, inevitável que se reservasse pelo menos um capítulo voltado a esta discussão. No entanto, reproduzir este debate pouco ou nenhum proveito efetivo traria ao presente trabalho ou as considerações finais as quais se objetiva atingir. Assim, é suficiente esta ressalva no sentido de dar ao leitor uma amostra deste debate que existe na doutrina e suas principais correntes. Neste sentido, BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A Intervenção do Fiador como Assistente na Execução Civil com Base no Art. 834 do Código Civil. In **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21571/15574>>. Acesso em: 27 jul. 2016, ensina que: “não se pode olvidar da séria divergência doutrinária acerca da legitimidade nas ações coletivas, havendo três correntes principais: a da legitimação extraordinária por substituição processual, liderada por José Carlos Barbosa Moreira (1977); a da legitimação autônoma para condução do processo, defendida por Nelson Nery Júnior (1990) e por Antonio Gidi (1995); e a da ordinária das “formações sociais”, decorrente da interpretação ampliada do art. 6º do CPC, capitaneada por Kazuo Watanabe (1984).

²⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 50-51.

O Código de Defesa do Consumidor, no tangente aos interesses coletivos, adotou a chamada concepção tripartite legalmente estabelecida sobre os direitos coletivos.²⁷² Direito coletivo ou coletivo *lato sensu*, então passa a ser concebido como gênero do qual são espécies o Direito Difuso, o Direito Coletivo *stricto sensu* e ainda os Direitos Individuais homogêneos. A novidade do CDC é que em seu artigo 81, Parágrafo Único, trouxe a definição de cada uma dessas espécies do direito coletivo.

4.2.1 Interesses difusos

Trata-se de uma definição legal esculpida no artigo 81, Parágrafo Único, I, do CDC²⁷³, e que apresenta, em que pese sua localização espacial inserta na codificação consumerista, caráter geral; significa dizer, não são de aplicação restrita às relações de consumo.²⁷⁴

Deste conceito se extrai os seguintes elementos: i) indivisibilidade; ii) indeterminação; iii) circunstâncias fáticas. De modo que, para que determinado interesse se encaixe na espécie “difuso”, não pode haver, primeiro, a possibilidade de segmentação do interesse entre os membros do grupo: ele deve manifestar-se de tal maneira que impossibilita identificar em separado a intensidade com que atinge cada um dos membros; em segundo lugar, sequer os elementos deste grupo podem ser identificados ou mesmo passíveis de identificação; e, em terceiro lugar, que o componente que os permita identificar em uma mesma relação seja uma circunstância de fato.

²⁷² ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**: um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 365.

²⁷³ Art. 81, Par. Único, 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.

²⁷⁴ Não por outra razão o artigo 117 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor –, alterou o artigo 21 da Lei 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública –, para nela fazer constar que na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais aplica-se, no que for cabível, as disposições do Título III daquela norma, exatamente onde inserido o artigo 81, Parágrafo Único que traz as definições dos interesses. Também neste compasso e mais além: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Popular*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 48 “É sempre importante registrar que os subtipos de interesses transindividuais, por se encontrarem na parte processual do CDC, trasladam-se para âmbito da ação civil pública (cf. Lei 7.347/85, art. 21, acrescentado pelo art. 117 do CDC), sendo verdadeira a recíproca (art. 90 do CDC); por fim, o art. 1º. da Lei 7.347/85 invoca, expressamente, a ação popular, assim completando um circuito de interação e complementariedade na normação que rege o vasto campo dessas ações coletivas, em sentido largo, dando azo a um vero microsistema de processos coletivos.”

A indivisibilidade do direito em questão permite caracterizá-lo como da espécie difuso a partir do critério objetivo dentro do método de classificação proposto por GIDI²⁷⁵; representa este elemento a condição desta espécie de interesse segundo a qual não diz respeito a apenas uma pessoa, mas sim a um coletivo sem que entre eles haja dosagens distintas de sua intensidade, de modo que, não é possível atribuir a um indivíduo fruição maior ou diferenciada com relação aos demais integrantes do grupo, implicando, assim, na desnecessidade que haja uma organização prévia de determinados componentes de um grupo, ou seja, esta referibilidade do interesse difuso não voltada ao indivíduo em si considerado, mas a ele enquanto membro da comunidade.²⁷⁶ É neste sentido que Luis Roberto Barroso se refere aos direitos difusos, como sendo aqueles que:

[...] confundem-se, muitas vezes, com o interesse da sociedade como um todo. Seus titulares são um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato, como habitarem em uma mesma cidade, desfrutarem de uma mesma paisagem ou dependerem de um mesmo rio para abastecimento de água.²⁷⁷

É, por exemplo, o interesse ao meio ambiente hígido que compartilhado por um sem fim de pessoas não pode ser quantificado ou dividido entre os integrantes desta coletividade, por essa razão afigura-se impossível a repartição do fruto de eventual indenização por danos impingidos ao meio ambiente entre os membros da coletividade lesada.²⁷⁸

Já a indeterminação – *critério subjetivo da classificação de GIDI* – está afeta à circunstância segundo a qual envolve um coletivo de tamanha expressão numérica que impede sejam identificados ou determinados seus integrantes. Daí afirmar a doutrina que tal distintivo não somente envolve o ‘indeterminado’ mas pressupõe em igual medida o ‘indeterminável’ de modo que, não se vislumbra qualquer vantagem para a tutela desta espécie de interesse a identificação dos titulares. Tradicionalmente, os interesses juridicamente protegidos guardam uma relação necessária com sua titularidade, isto é: somente os interesses relevantes para a ordem jurídica e referíveis a um titular estão sujeitos a tutela estatal, e os direitos difusos, que são referíveis a um

²⁷⁵ GIDI, Antonio. **coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 23.

²⁷⁶ ALVIM, Arruda. **Ação civil pública**. Revista de processo. ano 22, n. 87, jul/ set. 1997. p. 149-165. São Paulo; Revista dos Tribunais.

²⁷⁷ BARROSO, Luis Roberto. *op. cit.*, p. 212.

²⁷⁸ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 54.

conjunto indeterminado ou dificilmente determinável de pessoas rompe com esse paradigma tradicional, de modo que, nesta nova sistemática o interesse não mais advém de sua afetação a um titular determinado, mas do fato do interesse ser relativo à toda a coletividade.²⁷⁹

Não raras vezes é causa que enseja sua percepção equivocada pelo fato de dizer respeito a uma coletividade bastante numerosa quando existe uma relação jurídica comum entre elas ou em relação à parte contrária, sendo este um dos elementos caracterizador dos interesses coletivos e não difuso. Fato que Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida²⁸⁰ chama a atenção trazendo à baila o caso concreto de um mandado de segurança coletivo impetrado contra o aumento indevido de tarifas de ônibus urbano na Capital de São Paulo, dentro do qual o parecer técnico assinado por Nelson Nery Junior advertiu que conceitos e distinções entre direitos difusos e coletivos estão, atualmente, atravessando um processo de maturação doutrinária, nada havendo, ainda, sedimentado, mas admite tomar forma o critério de distinção no sentido de considerar difuso aquele interesse que afeta número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente fatural. É possível extrair, então, da ressalva feita por Yoshida, calcada em preciso raciocínio do Prof. Nery Júnior, que a indivisibilidade não está associada, definitivamente, à quantidade de pessoas, posto que pode o interesse difuso estar presente em um grupo menor, assim como um interesse coletivo revelar-se em outro mais numeroso.

Por fim, se reconhece a origem do interesse difuso quando seus titulares estão unidos por uma circunstância de fato – critério de origem na classificação proposta por GIDI – comum a eles antes da consumação da lesão. Abordando esta temática, Hermes Zaneti Júnior e Leonardo de Medeiros Garcia²⁸¹ afirmam que não preexiste uma relação jurídica base entre os titulares dos direitos ou com a parte contrária, e cita como exemplo a circunstância em que pessoas são afetadas por uma campanha publicitária enganosa. Neste caso hipotético, segundo esses autores, não há nenhuma relação jurídica ou ligação entre os indivíduos afetados, ou entre esses e o fornecedor que veiculou a publicidade, a relação está restrita à circunstância fática.

²⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *op. cit.*, p. 94.

²⁸⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006. p. 7.

²⁸¹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 3. ed. rev. ampl. atual. Salvador-BA: Editora Jus Podivm, 2012. p. 224.

Posição esta que de certa maneira se opõe Mazzilli²⁸² para quem esta relação fática, evidentemente, se subordina a uma relação jurídica como, aliás, ocorre com quaisquer relações fáticas ou jurídicas, fazendo a ressalva que nos interesses difusos a lesão ao grupo não virá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. De fato nos perfilhamos ao entendimento defendido por esse autor, pois se afigura de notável complexidade idealizar uma circunstância que se restrinja meramente à condição fática abstraída de todo e qualquer viés jurídico, por mais diminutos que esses sejam.

4.2.2 Interesse coletivo *stricto sensu*

Com previsão no artigo 81, Parágrafo Único, II, do Código de Defesa do Consumidor,²⁸³ possui como distintivos: i) indivisibilidade; ii) titulares determinados ou determináveis; iii) presença de uma relação jurídica base. A indivisibilidade aqui traçada equipara àquela abordada no tópico anterior, razão pela qual é desnecessário reproduzi-las.

Já nos titulares dos interesses coletivos *stricto sensu* reside um dos primeiros elementos diferenciadores com relação aos interesses difusos: enquanto lá há a exigência da indeterminação e até da impossibilidade de determinação dos componentes do grupo, aqui é o inverso, ou seja, devem ser esses integrantes do grupo determinados ou ao menos determináveis. A técnica aplicada pelo legislador na elaboração desta norma teve por premissa ampliar consideravelmente o campo de abrangência dos direitos e interesses coletivos, tendo em vista que é notório o fato da norma, embora trazer a exigência da determinação ou determinabilidade dos membros do grupo, não reclamou a organização deles; é dizer que a tutela dos interesses coletivos *stricto sensu* não é instrumento disponível a apenas partidos políticos, sindicatos, associações ou outras coletividades organizadas, mas está disponível a toda e qualquer forma de agrupamento de pessoas.

²⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses** – 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

²⁸³ Art. 81, Par. Único., 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.

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁸⁴ destacando também esta técnica legislativa consigna que:

Mesmo sem organização, os interesses ou direitos “coletivos”, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular.

Esta determinação ou determinabilidade é possível nesta espécie de interesse uma vez que o elo que existe entre os componentes do grupo ou entre esses e a parte contrária é uma relação jurídica base anterior, a origem do direito. Assim é possível exemplificar uma relação que envolva interesses coletivos *stricto sensu* a partir de usuários de determinado plano de saúde que sofrem um reajuste abusivo nas mensalidades, nota-se que o grupo é perfeitamente identificado, qual seja, os usuários deste plano de saúde.

É perfeitamente possível que esta relação jurídica base seja constatada entre os próprios membros do grupo, por exemplo, os membros pertencentes a uma mesma associação, ou entre o grupo face a outra parte, o exemplo dado acima da operadora de plano de saúde. É necessário, ainda, que esta relação jurídica base seja preexistente à lesão e não aflorada concomitantemente a própria lesão.

No elemento nascedouro do direito coletivo *stricto sensu*, Mazzilli faz uma ressalva no mesmo sentido daquela feita por ocasião da análise dos interesses difusos: aqui, embora a norma trate de uma relação jurídica base, é preciso admitir que esta relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta, muito embora a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada.

4.2.3 Interesses Individuais Homogêneos

Definição traçada pelo artigo 81, Parágrafo Único, III, CDC²⁸⁵, apresentam como traços caracterizadores: i) divisibilidade do interesse; ii) determinação dos

²⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”. Revista de Processo n. 55, 2011. p. 165-179. São Paulo: Revista dos Tribunais.

²⁸⁵ Art. 81, Par. Único, III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

membros; iii) origem comum. São aqueles cujo objeto pode ser dividido (o que o diferencia dos interesses difusos e coletivos), e seus titulares são perfeitamente identificáveis (o que o diferencia dos interesses difusos); trata-se, outrossim, de um instrumento processual criado para tutelar coletivamente direitos individuais. Corresponde a aqueles direitos em que, apesar de serem na essência individuais, são tutelados de forma coletiva dada uma ficção jurídica, considerando o fato de terem uma origem comum, em outras palavras é dizer: sua tutela pela forma coletiva, embora primordialmente não o seja, deve-se a razões de conveniência, eficácia e segurança jurídica, por isso José Carlos Barbosa Moreira denomina esta espécie de direitos como “acidentalmente coletivos”.

É justamente tendo por pano de fundo esta ficção jurídica que Antonio Gidi defende a ideia segundo a qual:

A homogeneidade decorre da circunstância de serem os direitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiares inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos.²⁸⁶

Se, por um lado, considerá-lo como uma espécie de direito coletivo decorrente da aplicação de uma ficção jurídica é consenso na doutrina, por outro, a validade deste expediente legislativo não encontra igual unanimidade. Dentre aqueles que não simpatizam com esta metodologia, cita-se Teori Albino Zavascki, segundo o qual não está correto conferir natureza de interesse supraindividual aos direitos individuais homogêneos uma vez que esses últimos, à par de sua característica da homogeneidade, permanecem individuais; “peca por substancial e insuperável antinomia afirmar-se possível existência de direitos individuais transindividuais”.²⁸⁷

Resta claro, assim, o fato de um dos seus distintivos – a *divisibilidade* – estar presente tão e somente nesta espécie, já que nas anteriormente abordadas – *os difusos e os coletivos stricto sensu* – os respectivos objetos serem indivisível. Na prática, significa que cada titular deste direito individual homogêneo pode pleitear seu interesse de maneira individual, longe de qualquer instrumento coletivo, contudo, feito na via

²⁸⁶ GIDI, *op. cit.*, p. 30-31

²⁸⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de Processo, n. 78, ano 20, 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais.

coletiva, observa Gidi, a postulação inicial não apresenta qualquer divisibilidade, vindo esta a manifestar-se tão somente nas etapas processuais de liquidação e execução da decisão plural.²⁸⁸

Constatação semelhante feita por Didier Jr. e Zaneti Jr.:

[...] os direitos individuais podem ser objeto de um processo individual instaurado pelas vítimas em litisconsórcio por afinidade (art. 46, IV, do CPC). Podem, ainda, ser objeto de ações individuais propostas pelas vítimas isoladamente; essas ações, que se multiplicarão, poderão dar ensejo à situação prevista no art. 285-A, que permite o julgamento liminar de improcedência, quando o magistrado deparar-se com ‘causa repetitiva’, semelhante a uma sobre a qual já se manifestou pela improcedência. Essas ‘causas repetitivas’ são exatamente as causas individuais propostas por vítimas isoladas ou em litisconsórcio, que se acumulam no judiciário. [...]. Tudo isso reforça a importância de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos: evita a proliferação de causas ‘atômicas’, ‘molecularizando’ a solução do conflito e impedindo a proliferação de decisões divergentes.²⁸⁹

A título da determinação dos detentores do interesse não carece maiores considerações senão aquelas já postas nas linhas pretéritas, além, é claro, da conclusão lógica desta característica a partir da divisibilidade do interesse.

Por origem comum, deve ser entendido aquelas situações de fato ou de direito que equivalem e das quais abrolham os direitos individuais, não significa, com isso, necessariamente, que devam contar com uma unicidade factual e temporal, ou seja, não é preciso que sejam oriundos do mesmo fato ocorrido em um só momento, resultado de uma só conduta. Traduz a expressão legal ‘origem comum’ aquela que compartilha de uma mesma fonte e espécie de conduta ou atividade, mesmo que sua ação seja fracionada no tempo em diversos episódios.²⁹⁰ Kazuo Watanabe ilustra com nítida mestria uma ocorrência de um fato com ‘origem comum.’ aquela segundo a qual vítimas decorrem de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de informação em dias subsequentes, num largo espaço de tempo e diversas localidades, figurando assim a causa dos danos a homogeneidade que torna comum a origem do dano a cada um deles.²⁹¹

Ada Pellegrini Grinover faz a relevante ressalva segundo a qual não se deve tomar a expressão ‘origem comum’ e ‘homogeneidade’ por sinônimas, muito embora a

²⁸⁸ GIDI, *op. cit.*, p. 30-31.

²⁸⁹ DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, v. 4, 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 80.

²⁹⁰ WATANABE, Kazuo. Da defesa do consumidor em juízo. In **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor anotado pelos autores do anteprojeto**. p. 507.

²⁹¹ *Ibidem*.

leitura do texto legal à primeira vista induz à precipitada conclusão de que os direitos seriam homogêneos sempre que a origem fosse comum, o que não é verdadeiro segundo a processualista em baila:

[...] a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos. [...]. A origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade [...]. Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente.²⁹²

Nesta ordem de ideias, defende que dois requisitos presentes na *class action for damages* do sistema processual norte americano se faz igualmente presente na ação de classe brasileira, quais sejam, a prevalência dos interesses comuns e a superioridade da tutela coletiva.

Desta sorte, se os aspectos coletivos não se sobrepõem aos individuais, ainda que a causa seja comum, os direitos daí decorrentes serão heterogêneos, podendo afirmar, inclusive, que a origem comum, neste caso, é remota e não próxima. Desta sorte, ausente a homogeneidade, carece a tutela coletiva de possibilidade jurídica do pedido.

Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido que se formula. Se a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos *homogêneos*, a falta dessa característica deve levar à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.²⁹³

No tangente ao requisito da superioridade da tutela coletiva, importado ao direito nacional, é traduzido nos aspectos do interesse de agir e o da efetividade do processo. Constatado que o provimento jurisdicional pela via coletiva não alcançará a eficácia esperada, deve ser ela indeferida e remetida as partes à tutela tradicional individual.

Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não é tão eficaz quanto aquele que deriva de

²⁹² GRINOVER, *op.cit.*, p. 31.

²⁹³ *Ibidem.*, p. 32.

ações individuais, a ação coletiva não se demonstra útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracteriza como a via adequada à sua proteção.²⁹⁴

É a situação na qual, segundo a processualista, após transcorrida a ação coletiva, atinge uma sentença condenatória genérica, reconhecendo a responsabilidade do réu em reparar os prejuízos das vítimas. A essas vítimas, então, caberá em sede de liquidação da sentença, provar o dano pessoal e o nexo de causalidade entre esse e a ação do réu, além de quantificar os prejuízos, de modo que, estas provas podem apresentar um grau de complexidade tão elevado que a instrução desta liquidação se aproximará de uma ação condenatória individual, logo, sem qualquer proveito do procedimento coletivo.

Outros, embora uma minoria doutrinária, defendem a incorreção de se embutir no texto legal restrição que a própria norma não fez: o texto normativo exige “origem comum” e nada diz a respeito de diferentes graus de homogeneidade, e menos ainda que a depender de sua intensidade possam ser classificados como “heterogêneos”, logo sacadas da previsão legal. A condição da norma é tão somente a “origem comum” a partir da qual haverá neste contexto um núcleo, mínimo que seja, de homogeneidade entre os direitos individuais, logo, sujeito à tutela coletiva. E por mais que se argumente que a eficácia da tutela coletiva seja inferior à individual, conforme os aspectos individuais prevaleçam sobre os comuns, não há como negar a importância da sentença coletiva que reconhece a causalidade genérica e, via de consequência, a responsabilidade também genérica do réu em favor da massa de indivíduos.²⁹⁵

4.3 A PROPOSTA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO.

A par do Código de Defesa do consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, existem projetos, estudos, sugestões, algumas delas até convertidas efetivamente em textos normativos propriamente ditos, acerca dos direitos coletivos oriundos das mais diversas fontes inspiradoras das normas. É possível com isso apontar, ao menos nas esferas pré-legislativas, uma preocupação por parte dos estudiosos do direito e de alguns integrantes do parlamento no que se refere a este ramo específico do direito.

²⁹⁴ *Ibidem.*, p. 33.

²⁹⁵ GIDI, Antonio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 181-196.

Um destes projetos jurídicos em estágio de criação é a proposta de uma norma codificada acerca do processo coletivo. As primeiras linhas hipotéticas pensadas com este desiderato remetem aos bancos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, início dos anos 2000, mais especificamente no curso de pós-graduação *stricto sensu* da disciplina “processos coletivos”, ministrado pelos Professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, cuja linha de raciocínio adotada pelos docentes e pelos pós-graduandos foi a de verificar como e onde as normas de processo coletivo poderiam ser incorporadas na legislação brasileira.

Foi trilhando esta linha de raciocínio que chegaram à ideia da elaboração de um código de processo coletivo de modo a aperfeiçoar o sistema sem, contudo, desfigurá-lo. Sob a batuta da Profa. Dra. Ada Pellegrini Grinover, os pós-graduandos da turma de 2003 elaboraram propostas que poderiam fazer parte desta codificação, paulatinamente trabalhadas e aperfeiçoadas, grupo no qual, dentre outros, estavam o doutorando Eurico Ferraresi e os mestrandos Ana Cândida Marcato, Antonio Guidoni Filho e Camilo Zufelato, e no encerramento do curso em 2004, outra turma de pós-graduandos juntamente com a anterior e mais Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon, trouxeram significativas colaborações a proposta²⁹⁶ que, em 2005, estes estudos compilados deram lugar a proposta de criação de um código.

A proposição de uma codificação do processo coletivo transbordou os muros da academia paulista para contar, também, com a colaboração de outras instituições como a Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, até que a redação final deste anteprojeto, datada de dezembro de 2005, foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao então Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, vindo futuramente a materializar-se no Projeto de Lei 5.139/2009.²⁹⁷

A nota de condução deste projeto foi a de manter a normatização já existente dentro daquilo que a doutrina a unicidade tem convencionado denominar de

²⁹⁶ Exposição de motivos do anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Disponível em: <<http://www.projustica.com.br/viewcontent.php?m=mainlist&cod=79>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

²⁹⁷ A criação desta codificação visa à conformação do sistema legal brasileiro à nova realidade diante das transformações políticas, econômicas, culturais observadas nas sociedades em âmbito global. É o que revela a leitura da exposição de motivos desta proposta legislativa: “[...]objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.” BRASIL. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2009/43.htm>. Acesso em: 03 ago. 2016. Referido projeto foi arquivado no ano seguinte, 2010, ainda na fase da Comissão de Constituição e Justiça, decisão esta objeto de recurso junto a mesa da Câmara dos Deputados, até hoje não apreciado.

“microsistema coletivo”, porém com modernas inovações, visando instrumentalizar as demandas coletivas.²⁹⁸ O próximo item destaca as propostas de inovação trazidas pelo Código.

4.3.1 A Litispendência do Processo Coletivo

Dentre as proposições inovadoras que traz esta sugestão legislativa está uma pendência de longa data, qual seja, a litispendência das ações coletivas. A matéria é abordada pelo artigo 5º do Projeto 5.139/2009, com a seguinte redação:

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

[...]

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

Pela proposta haverá litispendência sempre que idênticos os pedidos, a causa de pedir e os interessados. Ao mencionar “interessados”, a proposta normativa deturpou o que poderia ser a solução do impasse, na medida em que soa contraditório falar em interessados numa espécie de direitos que é marcada, dentre outros elementos distintivos, pelo alcance de um número indeterminado de pessoas.

Continuando a redação do *caput*, “[...] prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa

²⁹⁸ É importante que se diga para fins de noções gerais, acerca da codificação do processo coletivo, que o projeto lei 5.139/2009 não é o único existente. Este próprio projeto teve como inspiração o Código Modelo elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e aprovado na Venezuela no ano de 2004. A exposição de motivos deste código assenta que a ideia para sua criação surgiu em uma conferência realizada na cidade de Roma, Itália, em 2002, a partir da manifestação do jurista Antonio Gidi, notório estudioso da matéria. (LEAL, Jr. João Carlos; BALEOTTI, Francisco Emilio. Processo Civil Coletivo no Brasil: análise das propostas de sistematização existentes em comparação com o sistema vigente. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. n. 1, 2012, pág. 06.) O próprio Antonio Gidi também elaborou um ensaio do que poderia ser um Código de Processo Coletivo, assim o denominando acompanhado do subtítulo: “Um modelo para países de direito escrito”. Seu ensaio conta com uma sugestão de exposição de motivos a partir da qual é possível constatar, claramente, sua inspiração no direito norte-americano para a criação. (Íntegra do ensaio Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9297-9296-1-PB.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos [...]”. Em outras palavras, o dispositivo da proposição aduz que: haverá litispendência quando presente a identidade de interessados, e o fenômeno da prevenção do juízo se dará quando os legitimados ativos forem diferentes, no entanto, deturpa a questão o fato dos legitimados atuarem no processo coletivo por substituição processual, representando, portanto, os interessados. Neste cenário, torna-se confuso a identificação da situação na qual não haverá a litispendência.

Solução bastante lógica, racional e simples é aquela dada por Rodolfo de Camargo Mancuso, segundo quem deve-se considerar que a competência para o ajuizamento de ação coletiva é do próprio órgão legitimado, e o fato de atuarem em defesa de interesses alheios decorre do próprio *munus* institucional, sendo despiciendo apontar quais interessados estão sendo substituídos em determinado processo. Neste sentido, pode-se trazer o seguinte exemplo: se uma dada demanda é ajuizada pelo Ministério Público e outra pela Ordem dos Advogados do Brasil, ambas compatíveis com relação ao objeto e a causa de pedir, não haveria litispendência por falta de identidade das partes, a solução ideal seria sempre a reunião dos processos para se evitar sentenças contraditórias para o mesmo litígio.²⁹⁹

4.3.2 A Competência para as Ações Coletivas

O segundo ponto a ser abordado trata da competência para as ações coletivas: o artigo 2º da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, estabelece como competência para processar e julgar as ações nela previstas o juízo do local onde ocorreu o fato. Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 –, a matéria da competência foi tratada em seu artigo 93 da seguinte maneira: o *caput*, de início, ressalva a competência da justiça federal; o inciso I dita a competência do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando este for de abrangência local; e o inciso II dita a competência para o juízo da capital do Estado ou da Capital da República para os danos de abrangência regional ou nacional, trazendo a previsão das regras do CPC quanto à competência concorrente para aplicação de maneira subsidiária.

²⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 117-118.

A primeira alteração tratada logo no *caput* deste dispositivo prestou-se à correção de uma interpretação equivocada que vinha sendo defendida no sentido de negar a competência da Justiça Federal em localidades que não a sediavam, diante da previsão – ou ausência dela – do quanto disposto no § 3º do artigo 109, da Constituição Federal.³⁰⁰

Outra novidade, presente nos incisos do supracitado artigo, foi quanto ao dimensionamento do dano, estabelecendo três faixas: local, regional e nacional, distribuindo a competência a partir deste dimensionamento, seguindo a lógica da extensão do dano entre o foro local, da capital do Estado ou da capital da República. Como previsível, foi grande a polêmica acerca da revogação da disposição da Lei da Ação Civil Pública diante da previsão no Código de Defesa do Consumidor pelo critério temporal.³⁰¹

Diante do impasse, a proposição do Projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, com uma redação esmiuçada e notável pela precisão técnica foi no seguinte sentido:

Art. 22. Competência territorial– É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

³⁰⁰ VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 270.

³⁰¹ VENTURI, *op. cit.*, p. 272.

Não só estabeleceu de fato critérios para a dimensão dos danos local, regional e federal, e os respectivos foros competentes, como se constata da breve leitura do dispositivo, dispensando, assim, maiores considerações a este respeito, como ainda preocupou-se em sanar a lacuna já referida do artigo 109, § 3º, da Constituição Federal, quanto à competência subsidiária da Justiça Estadual as matérias a ela afetas em localidades que não a sediam. Houve uma tentativa, bem sucedida aparentemente, de sanar todas as controvérsias constatadas em âmbito jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

4.3.3 Preclusão Temporal para Modificação do Pedido Inaugural e da Causa de Pedir

Outra diferença passível de identificação trata da preclusão temporal para modificação dos pedidos iniciais e da causa de pedir. Enquanto no processo comum estas alterações podem ser feitas até o saneamento do processo (artigo 329, Novo Código de Processo Civil), no projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (artigo 5º, Parágrafo Único), pode haver estas alterações até a prolação da sentença de primeiro grau, desde que observadas as seguintes condições: i) seja de boa-fé; ii) não seja causa de prejuízos injustificados à parte contrária; iii) seja restabelecido o contraditório.

4.3.4 Coisa Julgada

Outra novidade presente na proposição da codificação do processo coletivo gira em torno da coisa julgada ou os efeitos dela. Por se tratar a matéria da coisa julgada um dos alicerces das considerações finais deste trabalho, a coisa julgada do processo coletivo será abordada com maior vagar mais adiante, porém, ainda neste capítulo. No entanto, neste tópico, serão apresentados tão somente a regra geral vigente de modo a contrapor as propostas de modificação apresentadas no projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, reservando para momento posterior as considerações que deverão ser feitas neste particular.

Desta sorte, em linhas gerais, podemos traçar um panorama atual da coisa julgada no processo coletivo com certa proximidade do processo individual, destacando três expedientes específicos dos procedimentos coletivos: a primeira das três particularidades é observada na esfera dos interesses difusos e dos coletivos *stricto*

sensu. Nesses dois casos a coisa julgada opera-se pela modalidade denominada *secundum eventum litis* à vista do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, associado ao artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, que possibilitam a propositura de uma nova demanda em caso de improcedência da ação originária por falta de provas, conquanto que a ação reproposta esteja aparelhada com novas provas. Objetivando esta característica peculiar aos processos coletivos, Celso Antonio Fiorillo ressalta sua utilidade diante da possibilidade do próprio autor da ação extinta renová-la, desde que munido de novas provas, e sem prejuízo, ainda, das ações individuais.³⁰²

A segunda peculiaridade está afeta às ações que versam sobre os direitos individuais homogêneos: a seguir a regra disposta no artigo 103, III, do CDC, a sentença fará coisa julgada “*erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III, parágrafo único, do art. 81”³⁰³. É dizer: o efeito *erga omnes* da sentença será apenas para beneficiar a parte (*in utilibus*), o que se dará somente em caso de procedência da demanda (*secundum eventum litis*). Lado outro, na hipótese de improcedência da contenda, por ser infundada a pretensão ou mesmo por insuficiência de provas, este fato não obstará a renovação da demanda com o mesmo objeto, desta feita individual.³⁰⁴

E, por fim, a terceira e última das peculiaridades é encontrada no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, o qual estabelece que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial de seu prolator. Trata-se, em última análise, de limitação oriunda tão somente da vontade do legislador em impô-la, sem que haja uma razão lógica para tanto.

Ao nosso sentir, a principal correção operada pela proposta da codificação coletiva está redigida em seu artigo 13, § 4º que revoga expressamente a limitação territorial vinculada ao prolator da sentença para os efeitos da coisa julgada *erga omnes*. Como dito, tal limitação representa pura e simples opção do legislador cujo resultado prático, conforme será melhor demonstrado adiante, não é outro senão conter de maneira desarrazoada o potencial das ações coletivas. A este respeito de maneira bastante pontual é a crítica de Marinoni:

³⁰² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 378.

³⁰³ Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, artigo 103, III.

³⁰⁴ FIORILLO, *op. cit.*, p. 511.

Ora, pensar que uma qualidade de determinado efeito só existe em determinada porção do território, seria o mesmo que dizer que uma fruta só é vermelha em certo lugar do país. Ora, da mesma forma que uma fruta não deixará de ter sua cor apenas por ingressar em outro território, só se pode pensar em uma sentença imutável frente à jurisdição nacional, e nunca em face de parcela dessa jurisdição. Se um juiz brasileiro puder decidir novamente a causa já decidida em qualquer lugar do Brasil (da jurisdição brasileira), então é porque não existe, sobre a decisão anterior, coisa julgada. O pensamento da regra chega a ser infantil, não se lhe podendo dar nenhuma função ou utilidade.³⁰⁵

Alguma lógica teria esta limitação se cada porção do território estivesse submetida a um regime jurídico próprio, o que não é o caso do Brasil constituído em forma de Estados Federados tendo na União o Poder Central.

4.3.5 Reproposição da Demanda Diante de Novos Elementos Probatórios

Outro ponto que mereceu atenção no projeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, foi a reproposição de demandas sob a pecha de novos elementos probatórios: a norma proposta, artigo 13, § 5º, sugere para o manejo deste permissivo a limitação temporal de 02 anos, a contar da descoberta de novos elementos probatórios não empregados na ação anterior. Ao nosso sentir, sob o ponto de vista da preservação da segurança jurídica, melhor seria ter estabelecido a limitação temporal a partir da decisão na ação a ser reproposta, posto que, da maneira como sugestionada, há a possibilidade desta reproposição permanecer *ad aeternum*, uma vez que o prazo mencionado é a partir da descoberta de novos elementos probatórios, mas não limita o prazo para que haja tal descoberta, forçando a conclusão, assim, de que ela ficaria à mercê dos prazos prescricionais tratados pela codificação civil comum. Acerca desta questão uma interpretação razoável seria a aplicabilidade do artigo 975, § 2º, NCPC ao Código Brasileiro de Processo Coletivo.

Há no atual Código de Defesa do Consumidor uma previsão que ao nosso sentir não se coaduna com a essência do processo coletivo no que diz respeito à concentração dos litígios plurais: o artigo 103, § 2 deste *Codex* prevê que na hipótese do inciso III deste artigo, em caso de improcedência do pedido, apenas aqueles interessados que não tiverem intervindo no processo originário como litisconsortes poderão propor ação de indenização de maneira individual. No projeto do código brasileiro de processo

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**, Volume II, Processo de Conhecimento, 6. ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 750.

coletivo, a seu turno, inexistente a referida limitação, o que leva à conclusão que seus elaboradores optaram por sanar do sistema processual coletivo esta limitação; em outras palavras é dizer, em caso de improcedência do pedido nas ações que tratam de direitos individuais homogêneos, de acordo com a proposta legislativa, o interessado terá a oportunidade de ingressar com a mesma ação de maneira individual, ainda que tenha feito parte daquela fracassada na qualidade de assistente litisconsorcial.

Dentro das alterações significativas propostas, esta seja, talvez, uma das raras exceções que ao nosso sentir opera contra o imo do processo coletivo, no sentido de que a decisão proferida em âmbito coletivo deve ter o condão de impedir a reprodução delas de maneira individual, molecularizando a solução do litígio plúrimo.

4.3.6 Ampliação do Rol dos Legitimados Ativos

Relevante sugestão, também, é dada com relação aos legitimados ativos: basicamente, a proposta prevê o indivíduo como legitimado ativo, fato que aproxima o sistema brasileiro de alguns principais sistemas processuais coletivos estrangeiros, conforme tratado no capítulo anterior. Esta restrição dos legitimados ativos afigura-se, a exemplo de muitas outras previsões legais aqui abordadas, em mais uma injustificada restrição à amplitude do potencial do sistema processual coletivo.

Evidentemente as inovações da proposta legislativa do Código Brasileiro de Processo Coletivo frente ao denominado microsistema do processo coletivo, então vigente, não se esgotam nas poucas linhas acima dedicadas ao tema, esse, por si só, é suficiente para que se dedique todo um projeto de pesquisa, no entanto, as propostas de modificação tratadas, ao nosso sentir impactantes no sistema coletivo, corroboram neste trabalho no sentido de demonstrar que a sociedade acadêmica, jurídica, legislativa, estão em estado de efervescência quanto a criatividade voltada ao aperfeiçoamento do sistema processual coletivo, condição que infelizmente não se reproduz com a mesma intensidade no momento de confirmá-las como normas legais efetivas.

4.4 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.

Inovação da Carta Constitucional de 1988 em cuja redação grafada no artigo 5º, Inciso LXX, alíneas “a” e “b” trouxe a previsão deste remédio constitucional,

acompanhado dos legitimados ativos a operá-lo, contando, posteriormente, com a devida regulamentação por meio da Lei 12.016, de 07 de Agosto de 2009.

Mandado de Segurança Coletivo, parafraseando José Cretella Jr., é um remédio constitucional de rito especial que dispõem determinadas entidades taxativamente enumeradas no texto Constitucional, para serem utilizadas em defesa não de interesses próprios, mas de direitos líquidos e certos de seus membros ou associados por intermédio da substituição processual.³⁰⁶ Relevante discussão, no entanto, é observada quando em foco a questão dos legitimados ativos do Mandado de Segurança Coletivo.

4.4.1 Legitimados ativos

4.4.1.1 Partidos políticos

O primeiro dos legitimados previsto no texto Constitucional são os Partidos Políticos, com a condição que este partido tenha representação no Congresso Nacional, ou seja, que ao menos um parlamentar seja filiado ao Partido Político. Não há qualquer celeuma com relação a este requisito, mais especificamente com relação à quantidade necessária de filiados para que seja considerado cumprido, uma vez que o texto Constitucional não quantifica os representantes, considerando, assim, suficiente apenas um.

Por outro lado, ao tratar da extensão do alcance desta representatividade, a doutrina deixa de compartilhar da unanimidade. Advogando a favor da máxima amplitude desta representatividade está, dentre outros, Alexandre de Moraes, para quem há de considerar o fato, segundo o qual, se o poder emana do povo e o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, sendo necessário para tanto o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade), o que é possível após o ato de alistamento, a razão da existência dos Partidos Políticos, então, é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação das garantias e direitos fundamentais, de modo que, deve ser absorvida a intenção do legislador constituinte em fortalecê-los, conferindo-lhes legitimação para o Mandado de Segurança Coletivo para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais e abusivos das autoridades públicas.³⁰⁷

³⁰⁶ JÚNIOR, José Cretella. **Do mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 8.

³⁰⁷ MORAES, *op. cit.*, p. 175-176.

De outro norte, Calmon de Passos afirma que reconhecer o alcance ilimitado à legitimação dos Partidos Políticos implicará na instalação da desordem, haja vista que se operará a transferência para o âmbito jurídico da luta política que se desenrola em outro campo.³⁰⁸ Segundo ele, o entendimento mais acertado seria enxergar a legitimidade dos Partidos Políticos de maneira subsidiária, de modo que, não poderão atuar se entidade constituída para certo interesse coletivo em certa unidade administrativa ou política do país não atuou, haja vista que não lhe cabe expressar essa vontade coletiva, tendo em vista que já dispõe de órgão legitimado para isso, mas, estará legitimada na hipótese de inexistência de entidade representativa específica desses interesses, posto que nesta condição específica estará o Partido Político suprindo a deficiência da organização e mobilização política local.³⁰⁹

Já em sede jurisprudencial, os julgados são direcionados no sentido da legitimação dos Partidos Políticos, limitada a representação dos interesses de seus efetivos filiados em questões políticas, ainda assim, quando autorizado por lei ou pelo estatuto, neste sentido:

PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - PARTIDO POLITICO - ILEGITIMIDADE. QUANDO A CONSTITUIÇÃO AUTORIZA UM PARTIDO POLITICO A IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, SO PODE SER NO SENTIDO DE DEFENDER OS SEUS FILIADOS E EM QUESTÕES POLITICAS, AINDA ASSIM, QUANDO AUTORIZADO POR LEI OU PELO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE DE DAR A UM PARTIDO POLITICO LEGITIMIDADE PARA VIR A JUÍZO DEFENDER 50 MILHÕES DE APOSENTADOS, QUE NÃO SÃO, EM SUA TOTALIDADE, FILIADOS AO PARTIDO E QUE NÃO AUTORIZARAM O MESMO A IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA EM NOME DELES.³¹⁰

Prevalece, desta maneira, a posição restritiva quanto a representatividade dos partidos políticos.

4.4.1.2 Organização sindical, entidade de classe e associações

³⁰⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e “habeas data”**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 21.

³⁰⁹ *Ibidem.* p. 23-24.

³¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS: 197 DF 1989/0009631-1, Relator Ministro Jose de Jesus Filho, Data de Julgamento 08 maio 1990, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 20.08.1990 p. 7950
RSTJ vol. 12 p. 215. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597983/mandado-de-seguranca-ms-197-df-1989-0009631-1>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

No que tange a estes legitimados, um primeiro ponto de discussão é quanto à exigência de autorização expressa de seus membros para a atuação judicial. Este questionamento se justifica diante do quanto previsto no artigo 5º, XXI, da Constituição Federal, segundo o qual: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. Em que pese a literalidade do dispositivo Constitucional, parcela minoritária da doutrina, dentre eles José Afonso da Silva, defende a necessidade da autorização expressa, quando a questão objetada se tratar de direito individual subjetivo dos associados.³¹¹

Já para a maioria da doutrina, o exercício da legitimidade ativa desses órgãos prescinde da autorização expressa do filiado, dentre eles, socorre-se, uma vez mais, a Calmon de Passos, que lista três distintas situações em que a entidade pode ingressar em juízo: i) quando a entidade impetra com o Mandado de Segurança em seu próprio favor na defesa de direito público subjetivo que titulariza; ii) impetração do Mandado de Segurança pela entidade em favor de associados porque expressamente autorizada por eles na espécie, pode a entidade agir sem qualquer limitação ou vínculo, haja vista que o objetivo do inciso XXI do artigo 5º da CF foi proporcionar o apoio da entidade ao associado, nos limites em que seja conveniente ao associado este apoio; iii) quando a entidade impetra Mandado de Segurança Coletivo em favor de seus membros ou associados, assim agindo na qualidade de substituta processual e independente da autorização deles tendo em vista que se objetiva direitos individuais de seus membros, direitos esses que guardam certo vínculo com as finalidades da entidade.³¹²

Posição doutrinária majoritária recepcionada pela jurisprudência:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF.

I. - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.

III. - O objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do writ, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja

³¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 463.

³¹² PASSOS, *op. cit.* p. 13.

compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe.
[...].³¹³

Entendimento este, destarte, sumulado pela Suprema Corte quando se trata de entidades de classe.³¹⁴

A segunda questão que deve ser abordada é com relação à necessidade de conexão entre a matéria deduzida em juízo e os fins institucionais da entidade. Tanto doutrina quanto jurisprudência são majoritários em afirmar a necessidade desta conexão. Neste sentido:

MANDADO DE SEGURANCA COLETIVO - LEGITIMACAO - NATUREZA DO INTERESSE. O interesse exigido para a impetração de mandado de segurança coletivo há de ter ligação com o objeto da entidade sindical e, portanto, com o interesse jurídico desta, o que se configura quando em jogo a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas prevista na Lei n. 7.689/88. Na espécie, a controvérsia está relacionada com a própria atividade desenvolvida pelas empresas, o lucro obtido e a incidência linear, considerada toda a categoria, da contribuição social. Portanto, se as atribuições do sindicato se fazem em prol daqueles que congrega, forçoso é concluir pela existência do indispensável nexa.³¹⁵

Uma terceira questão controvertida é quanto à possibilidade da entidade atuar na defesa de direitos de apenas uma parcela dos membros. Neste ponto, a doutrina e a jurisprudência divergem: em sede doutrinária, enquanto autores como Hely Lopes Meirelles³¹⁶ são taxativos em afirmar a impossibilidade da tutela dos interesses de parcela dos associados, outros autores mais modernos, a exemplo de Cássio Scarpinella Bueno³¹⁷ admitem este fracionamento, posição com a qual comunga a jurisprudência nacional:

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS: 22132 RJ, Relator Ministro Carlos Velloso, Data de Julgamento 21 ago. 1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 18-11-1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85682>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

³¹⁴ Súmula 629 STF – “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 157.234/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, Data de Julgamento 22 set. 19.95. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212342>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança. 2. ed. atual. comp.. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25.

³¹⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. Mandado de Segurança. 3. ed. rev. atual. amp.. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37-38.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. COLETIVO IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. PREJUÍZO DE PARCELA DOS ASSOCIADOS. ILEGITIMIDADE ATIVA.

1. Consolidou-se no STJ o entendimento segundo o qual é possível a defesa, pela respectiva entidade de classe, de direitos de apenas parte da categoria. Nesse sentido, aliás, estabelece a Súmula 630 do Supremo Tribunal Federal que "a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria".

2. Contudo, *in casu*, se eventual concessão da ordem puder trazer prejuízo para uma parcela dos sindicalizados, não há falar em legitimidade da entidade de classe para impetrar Mandado de Segurança Coletivo, ante a existência de nítido conflito de interesses.

3. Recurso Ordinário não provido.³¹⁸

Cuida de matéria, inclusive, também objeto de Súmula do Supremo Tribunal Federal, consoante denota-se do acórdão acima retratado.³¹⁹

4.5 OS ENTRAVES LEGAIS IMPINGIDOS CONTRA O SISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS BRASILEIROS

Destarte, como visto acima, é possível afirmar que a comunidade jurídica – para se valer de uma expressão ao mesmo tempo genérica e abrangente –, têm se revelado ativa, produtiva, pensante, inquieta com relação à temática do sistema dos direitos coletivos, entretanto, é facilmente perceptível a pouca receptividade que a comunidade jurídica encontra junto aos congressistas no momento de se operar a conversão dos estudos jurídicos em efetivas normas legais. Ou ainda pior, quando projetos são efetivamente materializadas, porém, com o fito inexplicável de coibir todo o alcance que em tese as normas do sistema coletivo poderiam atingir.

4.5.1 Legislações Proibitivas às Ações Coletivas: Legislação Eleitoral, Tributos, Contribuições Previdenciárias e FGTS

Em alguns casos, o microssistema processual coletivo não é aplicável por expressa disposição legal. Nesta seara, há o artigo 105-A da Lei 9.504/97 – Lei das

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 41395/BA 2013/0055791-1, Relator Ministro Herman Benjamin. Data de Julgado 11 abr. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23336696/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-41395-ba-2013-0055791-1-stj/inteiro-teor-23336697>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

³¹⁹ Súmula 630 STF – “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Eleições, acrescido a esta norma pela Lei 12.034/2009, o qual estabelece: “em matéria eleitoral, não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985”, ou seja, impede a incidência da Ação Civil Pública e seus instrumentos em matéria eleitoral.

O desarranjo deste *fator de discrimen* salta aos olhos quando confrontado com as normas Constitucionais: o artigo 129, III, da Constituição Federal, traça como função institucional do Ministério Público, dentre outras, “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”.

Não é necessário qualquer esforço para criar situações hipotéticas que envolvam interesses difusos e coletivos e normas eleitorais, por exemplo: suponha determinado candidato à reeleição para a prefeitura de um dado município que resolva fazer dos prédios e veículos da municipalidade ferramentas de campanha eleitoral, pintando-os de uma cor característica do seu *marketing* de campanha, e mais, utiliza recursos financeiros da municipalidade para adquirir e pintar os bens públicos. Neste exemplo hipotético, há uma associação de infrações a normas de conduta eleitorais e normas de probidade administrativa, tuteladas, então, via ação civil pública.

Sob qualquer prisma que se analise a norma em baila não há meios de conceber uma razão plausível e suficiente a justificar a existência da malsinada norma. Como presumível, a constitucionalidade desta norma foi contestada via a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4352, atualmente conclusos ao seu relator Min. Luiz Fux, desde 14.06.2016.³²⁰

Dos autos da ADI acima referendada apura-se do parecer do então Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, sua manifestação favorável à inconstitucionalidade da norma, deixando assentado que:

O dispositivo impugnado afastou a aplicação, em matéria eleitoral, das disposições da Lei da Ação Civil Pública, visando impedir que a atuação do Ministério Público nos procedimentos previstos naquela norma - inquérito civil e ação civil pública - pudesse acarretar reflexos prejudiciais à campanha eleitoral de candidatos, bem como à sua atuação política. Ocorre que, a partir de 1988, a legitimação do Parquet para promover o inquérito civil e a ação

³²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4352. Requerente: Partido Democrático Brasileiro – PDT. Requeridos: Presidenta da República; Congresso Nacional. Andamento processual disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3806925>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

civil pública passou a constituir prerrogativa constitucional da Instituição, assegurada pelo art. 129, I, da CR.

[...]

Ao restringir indevidamente o exercício de funções institucionais do Ministério Público, o art. 105-A da Lei 9.504/97 viola não só as disposições do art. 129, I, da CR, como também os princípios da moralidade, da probidade e da coibição ao abuso do poder político e econômico.

Antônio Veloso Peleja Júnior e Fabrício Napoleão Teixeira Batista observam ainda:

"Analisando a Constituição Federal, que dispôs expressamente acerca da Ação Civil Pública, entendemos que a voluntas legislatoris não é suficiente para justificar a norma restritiva, nos moldes em que se deu. Ora, não é porque a Ação Civil Pública e o Inquérito Civil Público são utilizados de forma abusiva, que se justifica a supressão do instituto no campo eleitoral. A norma vai de encontro a postulados protegidos pela Constituição Federal. Imagine-se o caso em que um candidato, valendo-se do cargo de agente público lese o patrimônio público, cuja conduta se enquadra, ao mesmo tempo, como abuso de poder político no pleito - captação ilícita de sufrágio, mediante distribuição de benefícios financiados com recurso público.

Além da Constituição há norma infraconstitucional específica disciplinando o terna e não há qualquer restrição. Via interpretação sistemática verifica-se que a norma está em dissonância com o postulado constitucional que propõe o combate à improbidade administrativa e a proteção do patrimônio público e social. Trata-se de norma incompatível com a Carta Mãe e, portanto, inconstitucional.

[...]

Ademais, o número excessivo de ações eleitorais reflete quão conturbado é o pleito, e não pode ser utilizado como óbice ao desenvolvimento dos trabalhos eleitorais. Pelo contrário, representa que os instrumentos de garantia eleitoral estão funcionando de forma adequada, o que remete à boa administração do processo eleitoral.³²¹

A restrição referente aos tributos, contribuições previdenciárias e FGTS encontra-se na própria Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública –, que em seu artigo 1º, Parágrafo Único, veda a utilização da ação civil pública com pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, fundo de garantia por tempo de serviço, ou, ainda, outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente identificados.

Esta restrição não coincide com a data de criação desta norma, é mais recente: foi introduzida através da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de Agosto de 2001. A sistemática adotada pela Medida Provisória em questão é de que o não cabimento da ação civil pública deve-se ao fato dos beneficiários poderem ser individualmente identificados ao passo que este instrumento serve à tutela coletiva, consoante se colhe

³²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parecer do Procurador Geral da República favorável ao provimento parcial da ADI 4352. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3806925>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

da exposição de motivos da norma primária (Medida Provisória 1984 de 29 de Julho de 2000):

Em outra matéria de extrema relevância, observe-se que, embora o art. 1º da Lei n. 7.347, de 24.7.85 (Lei da Ação Civil Pública) discrimine as hipóteses em que a ação civil pública é cabível, entre elas, para a proteção de interesses difusos ou coletivos, tem ocorrido muitas vezes propositura de ações envolvendo interesses que não se caracterizam como difusos ou coletivos. Não obstante, em numerosas hipóteses os juízes não extinguem, de pronto, o processo, por ilegitimidade do Ministério Público ou da associação autora (art. 267, VI, do CPC), circunstância que traz incontáveis inconvenientes às Fazendas Públicas, pelo universo de interessados abrangidos pelas ações, não obstante plenamente identificáveis as pessoas que o compõem.

[...]

Há casos bem recentes, envolvendo pleitos de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS, formulados pela via da ação civil pública, quando é evidente que versam sobre direitos disponíveis, passível de prescrição a respectiva ação, com titulares facilmente identificáveis. Por essa perspectiva, justifica-se o esclarecimento, por via legislativa, da disciplina sobre a matéria, com a inclusão de parágrafo único ao art. 1º da Lei n. 7.347, de 1985.³²²

Salta aos olhos a imprecisão técnica da Medida Provisória frente aos dispositivos da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, notadamente a redação do artigo 81, Parágrafo Único, através do qual, conforme já tivemos oportunidade de tratar nas linhas anteriores, os direitos coletivos, *lato sensu*, compreendem os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, todos eles passíveis de serem tutelados por intermédio deste instrumento processual, consoante já sedimentado pelo Supremo tribunal Federal:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS COLETIVOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública na defesa de direitos coletivos, relativos a pessoas determináveis, e individuais homogêneos socialmente relevantes. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.³²³

³²² Coleção de Anais da Câmara dos Deputados. **Diário do Congresso Nacional**, v. 1, ano LV. set. 2000. Brasília. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&Datain=12/09/2000&txpagina=18826&altura=700&largura=800#>. Acesso em: 22 nov. 2016. p. 18826.

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 781029/RJ. 2ª T. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento 23 ago. 2011. DJE 05/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627080>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Com efeito, provocado a manifestar-se sobre o tema, o Excelso Pretório ratificou a norma restritiva sob o pálio da inexistência de relação de consumo entre o Poder Público e o contribuinte:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C. F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C. F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C. F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C. F., art. 127, caput). IV. - R. E. Não conhecido.³²⁴

Diante das razões esposadas pela Suprema Corte é forçosa a conclusão, *mutatis mutandis*, segundo a qual a ação civil pública é instrumento processual voltado à tutela tão somente de relações de consumo, fato que por sobejada lógica não se sustenta. Admitir como correta esta conclusão, implicaria em reconhecer a inadmissibilidade da ação civil pública como instrumento de tutela ao meio-ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo,³²⁵ interesses da população negra,³²⁶ direitos dos idosos³²⁷, e tantos outros bens jurídicos que encontram por expressa disposição legal tutela na ação civil pública.

É neste sentido que leciona Hugo Nigro Mazzilli:

³²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 195.056-1-PR. Relator Ministro Carlos Velloso. Data de Julgado 09 dez. 1999. D.J. 30/05/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

³²⁵ Artigo 1º da Lei 7.347/1985

³²⁶ Artigo 55 da Lei 12.288/2010

³²⁷ Artigo 74, I, da Lei 10.741/2003

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido por medida provisória, veda o uso da ação civil pública para a defesa de contribuintes (MP n. 1.984/18 e s., MP n. 2.102/00, MP n. 2.180 e s.), e esse posicionamento tem encontrado pronta acolhida nos tribunais superiores. Entendem estes que só interesses individuais homogêneos de consumidores poderiam ser defendidos por ação civil pública ou coletiva, mas esta é uma simplificação indevida e, até mesmo, um clamoroso equívoco, porque o sistema das ações civis públicas e coletivas interage completamente com o do Código de Defesa do Consumidor (LACP, art. 21, e CDC, art. 90). É possível defender por meio de ação civil pública ou coletiva tanto interesses individuais homogêneos, como coletivos ou até mesmo difusos, sejam ligados ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, ou a qualquer outro interesse transindividual.³²⁸

A atecnica da Medida Provisória em baila em certa medida é justificada diante à sua promulgação quase que por “encomenda”, feita “a toque de caixa”. É que neste período havia uma discussão judicial no Supremo Tribunal Federal – Recurso Extraordinário 226.855-7 RS – acerca da correção dos Fundos de Garantias dos trabalhadores em razão dos expurgos inflacionários decorrentes de diferentes planos econômicos do final da década de 80 e início de 90 (Plano Verão/1989, Plano Collor I/1990, Plano Collor II/1991 e Plano Bresser/1997). O resultado desta contenda poderia implicar gastos da ordem de bilhões de reais para a Caixa Econômica Federal, agravado pela eficiência da ação civil pública como instrumento de tutela coletiva aos milhões de titulares de aplicações em Fundo de Garantia, daí a necessidade premente de tolhê-la, como de fato ocorreu.

Diante da latente inconsistência técnica não é necessário grandes esforços para encontrar quem defenda, com propriedade, a inconstitucionalidade desta restrição:

O parágrafo único do art. 1º da LACP, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.180-35/01, fere, pois, a regra constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito - não só o direito individual como o coletivo. Considerando que o sistema processual clássico não viabiliza a defesa judicial em caso de lesões difusas, coletivas ou individual homogêneas, a Constituição de 88 instituiu o acesso coletivo à jurisdição, garantia que tem a mesma índole que a referente ao acesso individual. Suprimida que fosse a possibilidade de acesso coletivo, inúmeras lesões transindividuais ficariam efetivamente sem proteção judicial, pois o acesso individual em casos de lesões fragmentárias é simplesmente inviável.³²⁹

³²⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da ação civil pública**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016. p. 7.

³²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 137.

Também defendendo a inconstitucionalidade da norma, Caio Márcio Loureiro, para quem:

Quanto à disposição constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, não pode ser avocado como pretexto a impedir a que seja objeto da ação civil pública a tutela jurisdicional de interesses individuais homogêneos, posto que de todo inconstitucional, refletindo, no fundo, verdadeiro autoritarismo do Estado. (...) Destarte, encontra-se assegurada também a tutela jurisdicional dos interesses individuais homogêneos pela ação civil pública, podendo o específico bem da vida a que se pretende proteger por meio desta ação, ser interesse dessa natureza. Ademais, reitere-se: com o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não há como sustentar a restrição ao acesso à justiça para defender referidos interesses, sem que se esbarre na inconstitucionalidade.³³⁰

Não obstante, há trabalhos doutrinários que defendem a validade desta norma, como, a título de exemplo, é o Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional PGFN/CRJ Nº. 269/2015, que não só defende a restrição à ação civil pública das matérias tratadas no Parágrafo Único do artigo 1º da Lei 7.347/85, como ainda defende que tal restrição deveria ser estendida ao Mandado de Segurança Coletivo:

Como já referido, no Parecer PGFN/CRJ Nº 2527/09 recomendou-se a defesa da tese de que a vedação em comento seria aplicável não só à ação civil pública, consistindo, na verdade, em regra geral aplicável à tutela coletiva, sob a ótica do microsistema processual das ações coletivas, formado pelo Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública. A vedação seria aplicável até mesmo ao mandado de segurança coletivo, pois, além do fundamento supra, a Lei nº 12.016/09 não tratou do assunto (sendo a disciplina em comento aplicável subsidiariamente) e, de qualquer forma, aplicar-se-ia o art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³³¹

No entanto, trata-se de uma posição isolada da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sem que seja replicada por outros autores ou instituições.

4.5.2 A Coisa Julgada no Processo Coletivo

Encontra guarida na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXVI, definido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Decreto Lei nº 4.657/42, artigo

³³⁰ LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 159-160.

³³¹ Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional PGFN/CRJ Nº 269/2015. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/PARECER%20CRJ%20269-2015.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

6º, § 3ª, como “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”, também tutelada no Código de Processo Civil nos artigos 502 e ss., é instituto ligado diretamente à segurança jurídica³³² das decisões judiciais em apreço à ordem e à segurança da vida social.³³³

É tradicional a distinção da coisa julgada feita pela doutrina mais abalizada entre formal e material, sendo o fator determinante para um ou outro, nos magistérios de Elpídio Donizetti e Marcelo Cerqueira, os efeitos da sentença segundo eles: são os efeitos da sentença que vão determinar a natureza da coisa julgada que dela surgirá. Nos casos em que for sentença de mérito ou definitiva, estar-se-á diante de uma coisa julgada material; lado outro, a sentença que apenas põe fim ao processo sem enfrentar o mérito, haverá apenas o efeito formal, conseqüentemente, coisa julgada formal.³³⁴

Excepciona a regra da coisa julgada a ação rescisória através da qual pode ser cingida a coisa julgada nas seguintes hipóteses: i) sentença proferida em razão de ato de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; ii) sentença proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; iii) sentença resultante de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes com intenção de fraudar a lei; iv) sentença ofender coisa julgada; v) sentença violar norma jurídica; vi) sentença fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; vii) quando o autor obtém após a prolação da sentença novos elementos probatórios cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, e que seja ela, por si só, capaz de garantir pronunciamento favorável; viii) sentença fundada em erro de fato verificável nos autos do processo.³³⁵

Não obstante, a moderna doutrina tem defendido certa relativização da coisa julgada em casos em que a decisão atenta contra a ordem constitucional, calcada, segundo leciona Aldo Ferreira da Silva Jr. em três fundamentos: i) a garantia da coisa julgada tem *status* infraconstitucional; ii) aplicação do princípio da proporcionalidade

³³² DIDIER JR., Fredie; Zaneti Jr., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. V. IV. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 385-386.

³³³ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direitos Processual Civil, 2000. In: SILVA JUNIOR, Aldo Ferreira da. **Novas linhas da coisa julgada da “relativização” da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade**. Campo Grande: Futura, 2009. p. 14.

³³⁴ DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 350.

³³⁵ Artigo 966 do Código de Processo Civil.

mitigando a proteção da coisa julgada frente aos demais direitos fundamentais; iii) a instrumentalidade do processo como forma de atingir a sua finalidade.³³⁶

Atribui-se ao Professor Português Paulo Otero³³⁷ os primeiros ensaios acerca desta teoria, consagrada em direito pátrio pela lição de Dinamarco.³³⁸ A efervescência do tema chegou até o Superior Tribunal de Justiça onde, em meio a fervorosa discussão, admitiu-se a empregabilidade da teoria para o caso de ações de investigação de paternidade sem a realização do exame de DNA:

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REPETIÇÃO DE AÇÃO ANTERIORMENTE AJUIZADA, QUE TEVE SEU PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE POR FALTA DE PROVAS. COISA JULGADA. MITIGAÇÃO. DOCTRINA. PRECEDENTES. DIREITO DE FAMÍLIA. EVOLUÇÃO. RECURSO ACOLHIDO.

I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido.

II – Nos termos da orientação da Turma, "sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza" na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real.

III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, "a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade".

IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum.³³⁹

Deste embate, que em última análise se digladiam, de um lado, a segurança jurídica (aqueles que se opõem à tese da relativização da coisa julgada), e de outro, a

³³⁶ SILVA JUNIOR, *op. cit.*, p. 54-55.

³³⁷ OTERO, Paulo Manoel Cunha da Costa. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional. Lisboa: Lex, 1993. p. 123. Apud. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

³³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial RESP 226436/PR ; Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data da Decisão 28/06/2001, Órgão Julgador T4 – QUARTA TURMA.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=226436&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

prestação íntegra da justiça (aqueles favoráveis à relativização da coisa julgada), a promulgação da nova codificação processual civil – Lei 13.105/2015, ao nosso sentir, até fez concessões pontuais à relativização, a exemplo da previsão inserta no artigo 525, § 12, entretanto, sem prejuízo à primazia da segurança jurídica.

Tal fato deve-se à circunstância de, em primeiro lugar, a nova codificação processual não ter feito qualquer referência expressa à relativização da coisa julgada e, em segundo ponto, ter operado acréscimos no sentido de reforçar a segurança jurídica frente a uma relativização sem parâmetros, o que ocorre com a previsão do artigo 975, § 2º do Novo CPC: trata-se da ação rescisória proposta com base no inciso VII, do artigo 966 do mesmo *Codex*, hipótese esta que trata da descoberta de novas provas como fundamento da rescisória. Na legislação revogada, em que pese igual previsão desta hipótese, não havia a fixação de um prazo máximo que a parte poderia se valer deste fundamento para manejar uma ação rescisória, de modo que, a parte vencedora, em última análise, permanecia sujeita a ser surpreendida com uma iniciativa desta natureza pela parte vencida até que operado os prazos prescricionais gerais traçados no Código Civil, um período, portanto, marcado pela insegurança jurídica.

Já a codificação atual, também prevendo a hipótese de novas provas como fundamento para ação rescisória, trouxe no referido artigo 975, § 2º, NCPC, a restrição temporal desta modalidade em cinco anos, a contar do trânsito em julgado da última decisão, privilegiando assim a segurança jurídica daquela decisão que não permanecerá indefinidamente sujeita a contestações.

No âmbito do processo civil comum, a coisa julgada vincula, via de regra, apenas as partes que figuraram no processo e eventuais litisconsórcios que por ventura figuraram na lide, sendo, portanto, *inter partes*³⁴⁰ e recai naquilo pedido pelo autor e decidido pelo juiz (dispositivo da sentença), independentemente do que proclama. Ela independe, portanto, do resultado do processo.

Por outro lado, ao tratar das ações coletivas, dado a seu universo amplo de interesses, a aplicação da coisa julgada sofre modificações. Regra geral, a coisa julgada no processo coletivo está diretamente ligada ao resultado da ação, cujos limites subjetivos variam para, em tese, beneficiar as vítimas de um evento danoso coletivo.

³⁴⁰ A característica da coisa julgada ser restrita entre as partes, possibilitando que terceiros discutam a matéria já decida naquele processo é o principal limite subjetivo da coisa julgada, consoante leciona Fernando da Fonseca Gajardoni. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos Difusos e Coletivos I**. Coleção Saberes do Direito – 34. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 72).

Ensina Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³⁴¹, que os limites subjetivos da coisa julgada são de três ordens: i) *inter partes*, produzindo efeitos apenas entre as partes do processo; ii) *ultra partes*, quando alcança além das partes do processo também terceiros; iii) *erga omnes*, atinge tanto as partes do processo quanto quem não foi parte no processo mas se encaixa em determinada situação. É precisamente nestes limites que há modificações quando a matéria tratada cuida do processo coletivo.

A teor do artigo 103, do CDC, a extensão dos efeitos da coisa julgada difere de acordo com a natureza do interesse em discussão: no caso das ações coletivas que versem sobre interesses difusos a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*, salvo na hipótese de improcedência da demanda por insuficiência probatória; naquelas que tratam de interesses coletivos *stricto sensu*, os efeitos da sentença serão *inter partes* limitado ao grupo, categoria ou classe de interessados, e nos casos de interesses individuais homogêneos os efeitos da sentença serão *erga omnes*, desde que procedente o pedido. É o regime jurídico da coisa julgada *secundum eventum litis* (segundo o resultado do processo) e a coisa julgada *secundum eventum probationis* (conforme o resultado da prova).

No entanto, esta afirmação sofre duras críticas doutrinárias: segundo Antonio Gidi,³⁴² a coisa julgada não será *secundum eventum litis* tendo em vista que não se forma no caso de improcedência do pedido; *secundum eventum litis* é a extensão da coisa julgada com relação a terceiros que poderá ser *erga omnes* ou *ultra partes*.

Mesma posição de Fredie Didier Jr. e Zaneti Jr.:³⁴³

[...] a decisão de procedência ou de improcedência, com esgotamento de prova, está apta a tornar-se indiscutível no âmbito coletivo. Ou seja, nessas situações, não será admissível a repositura da demanda coletiva, mesmo que por outro legitimado.

Não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é estritamente *secundum eventum litis*, o que é segundo o resultado do litígio é a sua extensão, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais.”

A crítica que se formula aqui é quanto à desvinculação dos efeitos da coisa julgada nos casos de improcedência do pedido. Cabe, entretanto, a seguinte ressalva: a não vinculação dos efeitos da coisa julgada com a improcedência do pedido é mencionada na lei em duas situações distintas: a primeira delas nos casos de

³⁴¹ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 385-386.

³⁴² GIDI, *op. cit.*, p. 73.

³⁴³ DIDIER JR., *op. cit.*, p. 390.

insuficiência probatória; a segunda quando se tratar de uma ação coletiva que verse sobre direitos individuais homogêneos.

Na primeira situação excepcionada – insuficiência probatória –, há uma razão plausível que justifica a opção legislativa: tal fato deve-se, consoante ensina Eduardo Braga Bacal:

[...] à necessidade de solucionar problemas de conluio que eventualmente podem se estabelecer entre o autor da ação civil pública e a entidade lesiva do meio ambiente. Cogita-se a hipótese, por exemplo, de uma fábrica ou indústria poluidora pagar uma vultosa quantia a uma associação ambiental para que proponha uma ação civil pública, a qual, propositalmente mal instruída pelos gestores da associação, em termos probatórios, vem a ensejar a improcedência do pedido.³⁴⁴

Ou ainda outro exemplo em que não haja conluio fraudulento: uma indústria que despeje dejetos em determinado rio e é acionada judicialmente pela associação dos ribeirinhos que vivem às margens daquele rio, e nesta ação se pede a interrupção do despejo dos dejetos no rio, o tratamento das águas do mesmo e uma indenização. Na instrução probatória, através de provas técnicas, resta demonstrado que tais dejetos não são nocivos à vida humana e fundado no laudo técnico a ação é julgada improcedente. Tempos depois, com o avanço da ciência, torna-se possível identificar que estes dejetos, de fato, são sim prejudiciais à saúde humana e afeta a população ribeirinha daquela localidade.³⁴⁵

Em ambos os casos hipotéticos seria desarrazoado manter as decisões proferidas nos primeiros processos, no caso do conluio fraudulento tendo em vista que a coisa julgada estaria favorecendo no mínimo um ilícito de ordem civil, e no caso da população ribeirinha estar-se-ia condenando-os em detrimento da atividade poluidora da indústria em nome de um formalismo processual, que um avanço científico não os atingia à época da demanda mal sucedida.

A crítica a ser formulada volta-se à expressa previsão do artigo 103, III e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, que ressalva os efeitos da coisa julgada quando a ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos é julgada improcedente, sendo possível cada titular reproduzir de maneira individual a contenda.

³⁴⁴ BACAL, Eduardo Braga. A **tutela processual ambiental e a coisa julgada nas ações coletivas**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2012. p. 136.

³⁴⁵ *Ibidem.*, p. 138.

Oras! A causa última da existência das ações coletivas, como visto ao longo deste trabalho, é permitir a tutela de direitos difundidos em uma coletividade através de um só instrumento, garantindo, dentre outros benefícios, a homogeneização na solução dos conflitos que os envolvem na medida em que sujeita todos a uma única decisão. Tal fim é alcançado, sobretudo, a partir dos efeitos que a coisa julgada confere a decisão proferida na ação coletiva. Marcelo abelha seguindo este raciocínio ensina que:

“[...] a demanda coletiva, anabolizada pela respectiva coisa julgada daí resultante, funcionaria como um instituto imobilizante de uma norma jurídica concreta, cujos limites objetivos teriam a mesma dimensão e alcance do direito supra-individual tutelado.³⁴⁶

Para que a ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos cumprisse com os fins de sua existência de maneira satisfatória, a decisão nela proferida, seja de procedência ou improcedência, os efeitos da coisa julgada daí advindos deveriam ser estendidos a todos os titulares do direito (excetuado, talvez, a regra da insuficiência probatória pela razão acima justificada). No entanto, na medida em que a legislação autoriza que o interessado reproduza a demanda de maneira individual, pouca ou nenhuma relevância reserva ao procedimento coletivo.

Dizendo de outra maneira, seria indagar qual a razão de se permitir ao indivíduo manejar uma ação judicial cujo objeto já fora alvo de apreciação judicial e que não lhe foi reconhecido o direito indagado? Nenhuma, a não ser criar ambiente propício para a proliferação das ditas ações repetitivas.

Trata-se, enfim, de uma previsão legal que tolhe o potencial da ação coletiva em racionalizar conflitos judiciais fragmentados em um sem fim de ações individuais. Eis aqui uma das diferenças que compromete sobremaneira a eficiência do procedimento coletivo brasileiro face aos estrangeiros, basta uma análise do *Musterverfahren* do Direito Alemão com sua sistemática de publicação no cadastro público gratuito (*Klageregister*), como meio de ampla publicidade, suspensão de todos os feitos que possuam matéria relacionada ao incidente e o efeito *erga omnes* da decisão para com os processos relacionados, independentemente da adesão formal da parte ao incidente (§ 16, da Lei *KapMug*); da *Group Litigation Order* também dotado de um sistema de registro público para fins de publicidade ao incidente (*Group Register*) e quanto aos

³⁴⁶ ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 235.

efeitos da decisão no incidente, segundo a lei, esta vincula apenas os inscritos no grupo, porém, já decidiu a *Court of Appeal* daquele país que a parte não pode ser tolhida de seu direito de acesso à justiça por meio de uma contenda individual, mas não há impedimento para que o magistrado reconheça sua vinculação ao incidente coletivo e aplique ao caso individual a solução coletiva, inclusive suspendendo a tramitação daquela até que sobrevenha a solução nesta, o que tem sido a prática judicial naquele país, e as *class action for damages* do Direito norte-americano onde não se admite a formação da coisa julgada nas condições *secundum eventum litis e in utilibus*, mas terão seus efeitos estendidos a todos os membros da classe, havendo uma adequada representação e desde que tenham sido alvo de uma *fair notice*, consoante detalhado no capítulo anterior.

4.5.3 Limitação Territorial da Coisa Julgada nas Ações Civis Públicas.

De todos os entraves legais que as ações coletivas sofrem face a sua plena desenvoltura, nenhum deles é mais emblemático senão esta limitação territorial dos efeitos da coisa julgada. Trata-se de uma limitação introduzida por intermédio da Medida Provisória n. 1.570-4, de 22 de Julho de 1997, que conferiu nova redação ao artigo 16 da LACP, cuja primeira parte do dispositivo estatui que: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator[...]”.

Este dispositivo, como afirma singela e diretamente Eduardo Braga Bacal:

[...] decorre de uma impropriedade técnica facilmente perceptível, ao confundir os conceitos de limites da coisa julgada e competência territorial. Limites da coisa julgada, conforme já se referiu, concernem ao alcance que terá uma determinada sentença revestida de imutabilidade, o que pode variar de acordo com a matéria objeto do litígio.... A competência, por sua vez, diz respeito ao conjunto de atribuições encarregadas a um determinado órgão de poder, cuja fixação decorre da lei e da Constituição.³⁴⁷

Rodolfo Camargo Mancuso aborda o tema da seguinte maneira:

A questão de saber quais as pessoas atingidas por essa ‘autoridade da coisa julgada’ deve ser tratada sob a rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito ‘coisa julgada’ e não, nos parece, sob a ótica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. [...] tudo assim refluí para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele

³⁴⁷ BACAL, *op. cit.*, p. 145.

a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial.³⁴⁸

A alteração feita pelo Executivo para acrescentar a limitação em baila aos olhos da Professora Ada Pellegrini Grinover é duplamente condenável:

Em primeiro lugar, pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesse, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saída até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história. Em segundo lugar, pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 da LACP é ineficaz.³⁴⁹

Graças a precisão e ao poder de síntese inerentes a sempre festejada Professora Ada Pellegrini Grinover, em poucas linhas apresenta a tradução fidedigna de tudo aquilo que se pretende demonstrar neste tópico, ou seja, os efeitos imediatos produzidos a partir do represamento da potencialidade da ação civil pública para oferecer solução única a múltiplos conflitos, resumindo, em última análise, em verdadeiro retrocesso.³⁵⁰

Nesse desenrolar, as manifestações pela inconstitucionalidade da norma logo apareceram, Nelson Nery Jr. trazendo, talvez, a mais incisiva delas:

A Lei 9.494, de 10 de 10.09.97, tem duas inconstitucionalidades: material e formal. Formal porque proveio de uma medida provisória (n. 1.570-5/97) sem urgência e sem relevância, e isso o Supremo Tribunal Federal não analisa, infelizmente, pois não interessa ao Poder central. Material porque viola o direito constitucional de ação, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade das leis. Viola o princípio do direito de ação porque aniquila uma consequência básica do direito de ação coletiva: a eficácia erga omnes de uma sentença coletiva. Diz o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública que uma sentença coletiva terá eficácia *erga omnes* limitada ao território do juiz que proferiu a decisão. Então é uma ação individual: confundimos tudo. Isso é um absurdo. Não se entendeu nada do que é processo coletivo. Isso é tornar ineficaz um direito de cidadania. O Estado,

³⁴⁸ MANCUSO, *op. cit.*, p. 296.

³⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>> Acesso em: 05 set. 2016.

³⁵⁰ VIGILAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 114.

em vez de agir em favor da população, em favor da cidadania, age em detrimento desta. É isso que temos de analisar e meditar para verificarmos em que medida podemos proteger o meio ambiente, a biodiversidade e outros direitos metaindividuais. Esse art. 16 também não tem eficácia porque não se alterou um outro artigo que igualmente se refere à eficácia subjetiva da coisa julgada: o art. 103 do Código do Consumidor. Acredito até que, em vez de má-fé, houve incompetência. O Presidente não sabia que existia uma outra lei de ação coletiva.³⁵¹

É possível, entretanto, através do dispêndio de grande esforço e tempo de pesquisa, identificar pelo menos um autor defensor da alteração legislativa em baila, trata-se do processualista José dos Santos Carvalho Filho.³⁵² Segundo ele, a intenção do legislador com esta modificação foi de apenas reduzir a eficácia territorial dos efeitos de sentenças proferidas em ação civil pública, funcionando esta limitação como uma espécie de demarcação territorial da abrangência dos efeitos de uma decisão, levando-se em conta o território sobre o qual o juiz de primeiro grau possui competência para julgar tais feitos. E nos casos de recursos aos respectivos Tribunais *ad quem*, terá em mira a abrangência da decisão já delimitada pelo juízo inferior.³⁵³

Na seara jurisprudencial a manifestação doutrinária não encontra eco: provocado a manifestar-se acerca da controvérsia através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.576-1, o pleno do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o pedido de liminar, por maioria, negou o pedido de suspensão de vigência do artigo 3º da Medida Provisória, precisamente o artigo que propunha a malsinada alteração do artigo 16 da LACP, sob o fundamento do Ministro Relator Marco Aurélio, segundo o qual a mudança de redação foi pedagógica, revelando o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. O Ministro Nelson Jobim ao proferir seu voto destacou o momento histórico brasileiro, um momento de:

³⁵¹ NERY JR, Nelson. Painel proteção jurídica da biodiversidade. Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade, Revista CEJ 08/170, Brasília, ano 03, ago. 1999. In ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 231.

³⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Ação civil pública: comentários por artigo** (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 48-49.

³⁵³ Com a devida *venia* ao Ilustre doutrinador, aplica-se neste caso o dito popular segundo o qual: “a emenda restou pior que o soneto”. Ao analisar suas razões, s.m.j., nada mas fez senão reforçar o equívoco legislativo tão amplamente destacado pela doutrina acerca da confusão havida entre coisa julgada e competência. Causa arrepio, ainda, a continuidade de sua argumentação quando enfrenta o seguimento da ação civil pública nos tribunais *ad quem* em grau de recurso quando afirma que a decisão proferida na instância superior estará restrita ao limite territorial já demarcado pela instância primária, ao nosso sentir, ignora um dos princípios basilares recursais do processo civil, qual seja, o princípio da substitutividade ou da integração da decisão recorrida.

[...]superação do sistema processual individualista, que vem de modelos do século passado, para um modelo processual em que se buscam as *class actions*, sendo que a redação original do art. 16 seria a demonstração da inadequação do nosso sistema processual a esse novo modelo³⁵⁴.

Em sentido contrário, o voto do Min. Sepúlveda Pertence que em sua sustentação alegou que a limitação da coisa julgada muito pouco resolveria os problemas enfrentados pela ação civil pública, contudo, vencido pela maioria. Entretanto, esta ADIN não teve seu mérito apreciado, uma vez que foi julgada monocraticamente prejudicada. Em que pese não ter sido decidido seu mérito, não há dúvidas do entendimento da Suprema Corte pela validade do dispositivo em questão, para nós, no entanto, incompreensível.

4.5.4 O Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva

Consoante já salientado no capítulo anterior, o projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Congresso Nacional contava com o expediente da “Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva”, traçado no artigo 333. No entanto, este instituto foi vetado pelo Executivo por ocasião da promulgação do código, sob a simplória pecha:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.³⁵⁵

A conduta do Congresso em inserir este expediente na reforma da codificação processual revela a sintonia do parlamento brasileiro com as tendências legislativas de outros países com maior tradição no processo coletivo. Através deste expediente, constatado um conflito processual com claros sinais característicos de virem a tornarem-se demandas repetitivas, sua abordagem logo na instância inaugural seria adequada a esta espécie de conflito, o que por certo garantiria maior eficiência do Poder Judiciário para entregar a solução perseguida, sem que haja a reprodução do conflito em inúmeros

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.576-1. Relator Ministro Marco Aurélio

³⁵⁵ BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. **Novo código de processo civil 2015**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2015. p. 176.

processos pulverizados nas mais diversas jurisdições, sujeitos cada um deles a uma solução diferente para o mesmo conflito.

Entretanto, não foi esta a visão do Poder Executivo que simplesmente optou por vetá-la, alegando poucos critérios para a conversão da ação individual em coletiva, como, ainda, alegando a existência de outros instrumentos de enfrentamento às ações repetitivas. É certo que o código possui sim alguns instrumentos voltados à causa das ações repetitivas e da simplificação da instrução processual de modo a garantir uma solução de maneira mais célere, porém, nenhuma delas essencialmente coletivas.

4.6 O ESVAZIAMENTO DO PROCESSO COLETIVO FRENTE À PRIORIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS AGLUTINADORES DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Os mecanismos insertos no Código de Processo Civil, embora aparentemente coletivos, são na verdade essencialmente individuais, sendo de eficácia paliativa a solução da problemática das ações repetitivas na medida em que não impedem a proliferação destas demandas nas instâncias inaugurais. Tais mecanismos, em sua maioria, produzem efeitos nas instâncias superiores quando já consumado os prejuízos para o Judiciário com um sem fim de demandas repetitivas já ativas.

E quando o parlamento finalmente traz inovações modernas, em compasso com a legislação estrangeira mais abalizada, a iniciativa é solapada pelo Executivo. Salvo melhor juízo, frente aos benefícios que este instrumento traria ao processo civil, os argumentos do Executivo por ocasião do veto nem de longe estão à altura do instrumento legal vetado, dando ares, na verdade, da opção da negativa em razão pura e simples do desconhecimento técnico do instituto vetado.

Neste contexto, não há outra opção senão render-se à lúcida presciência feita por Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem é imperioso que se dê início ao que denomina de “adaptação criativa” do arsenal processual existente às novas exigências surgidas com o acesso à justiça dos interesses metaindividuais.

[...] é lícito cogitar-se de uma releitura do *due process of law*, de modo a adaptá-lo às novas situações coletivas emergentes numa sociedade de massa, na qual se embatem interesses de toda sorte, movidos por grupos antagônicos, fortemente competitivos e reivindicantes. Se o direito, em geral, e o processo, em especial, não se aparelharem para equacionar tais interesses

e outorgar-lhes a tutela devida, eles se encaminharão, naturalmente, para outras formas de expressão, provavelmente mais agressivas, em detrimento da paz social e em desprestígio do Direito e da função jurisdicional.³⁵⁶

Lamentavelmente, ao nosso sentir, perde a legislação brasileira a oportunidade de dar os primeiros passos rumo a necessária adequação dos dispositivos legais frente à realidade social moderna ao ignorar sumariamente a tendência sem volta dos sistemas processuais coletivos.

Nesta ordem de ideias, é imperioso que se faça a seguinte ressalva: não se quer incorrer com as razões acima explanadas num erro comum que Bruno Dantas denomina de “ideologia coletivizante”. Alerta ele que a ideologia coletiva não deve ser idolatrada a ponto de ser enxergada como uma panaceia para um problema que na verdade é afeto ao Estado e não aos cidadãos, trazendo esta ideologia riscos extremos não apenas para a proteção de direitos subjetivos, mas ao próprio Estado de Direito, não que mecanismos de matiz coletivo não sejam necessários à efetivação de direitos transindividuais, mas sua ministração de modo generalizado invadiria espaços reservados a direitos individuais.

Isso significa que tão deletério e ofensivo aos direitos fundamentais quanto negar jurisdição coletiva a direitos transindividuais é dar tratamento coletivo e massificado a direitos individuais, forçando artificialmente uma homogeneidade muitas vezes inexistentes no mundo empírico.³⁵⁷

É necessário, portanto, que haja balanceamento para aplicabilidade das jurisdições coletivas e individuais na medida em que eventuais excessos implicaria tão somente no deslocamento do problema para outro ponto, permanecendo os efeitos deletérios ao jurisdicionado como um todo.

³⁵⁶ MANCUSO, *op. cit.*, p. 269.

³⁵⁷ DANTAS, Daniel. Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais. *Revista de Processo*. v. 251, ano 41, p. 341-358, 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 349.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O primeiro objetivo proposto neste trabalho de pesquisa grafado logo em suas linhas inaugurais foi buscar identificar pelo menos alguns acontecimentos em quaisquer ordens que fossem, social, econômica, comportamental, sob os quais pudessem servir de alicerce a sustentar ou justificar uma mudança de paradigmas na sociedade brasileira no período compreendido entre o século passado e início do atual.

Com este desiderato identificou-se como um desses elementos a questão do consumo: consoante abordado na seção I, no período histórico delimitado no trabalho foi possível apontar que a prática de consumir sofreu profundas alterações ao longo do período assinalado, de modo que, não se consumia da maneira que hoje se consome, diferem quanto à intensidade, a maneira, os objetos, as razões pelas quais se consome, enfim, tantas alterações que o que permanece em comum do comportamento exercitado a algumas décadas passadas para com o atual é apenas o verbo consumir, a atividade, contudo, nele expressada possui mínima relação de equivalência.

Esta alteração comportamental deveu-se, em grande parcela, a fatos como a evolução global da indústria tecnológica que passou a oferecer ao público consumidor novidades em espaços de tempo cada vez mais curtos, a industrialização nacional a partir da década de 30 do século passado, acentuadas modificações neste mesmo período da tutela aos trabalhadores brasileiros com inovações legislativas, lhes assegurando direitos antes inexistentes, transição de uma sociedade tipicamente agrária para urbana por meio de políticas habitacionais intensas, alteração do regime político de autoritário para democrático, políticas educacionais ampliando a oferta de ensino superior, queda dos regimes socialistas em nível mundial e a conseqüente intensificação das relações globalizadas entre os Estados.

Tamanho o impacto social que a prática do consumo gerou que cada vez mais surgiram estudos voltados especificamente para este fato, e a partir do desenvolvimento destes trabalhos acadêmicos, modernamente, é possível apontar espécies distintas de consumo: há o consumo ideológico, que é aquele ditado pelas influências do meio social no qual está inserido o indivíduo; consumo como processo cultural, observado sobretudo no ocidente e ligado a valores, práticas e instituições fundamentais que caracterizam esta sociedade, e o consumo do capital, caracterizado pelo acúmulo puro e simples de capital financeiro.

Desta sorte, produtor, comerciante e consumidor que em algumas décadas atrás eram facilmente identificáveis não o são mais: o produtor que outrora tinha nome e rosto para a comunidade local foi substituído pelas grandes companhias multinacionais; o vendedor que se resumia ao proprietário do comércio local sucumbiu diante das grandes redes varejistas ou ainda, mais modernamente, ao modelo do *e-commerce*; e o consumidor que outrora pagava suas compras com dinheiro ou no máximo contava com um prazo para pagamento mediante a anotação do débito nas cadernetas dos comerciantes, hoje se utilizam de cartões de crédito, transferências eletrônicas em tempo imediato, *leasing*, consórcios, contratos de adesão eletrônicos, e diversas outras peculiaridades modernas, sendo que a identificação deles para os grandes grupos econômicos são feitas através de números de pesquisas voltadas às tendências de mercado.

Tudo isso imbricou naquilo que diversos autores passaram a denominar de “relações massificadas”, ou seja, há notória perda da identidade individual do consumidor, encoberta pelas vastas “carteiras de clientes” das grandes companhias, de modo que, um desacerto na prestação do serviço ou no produto destes gigantescos conglomerados econômicos gera, quase sempre, lesões encadeadas a toda uma coletividade de usuários e, via de consequência, desagua no judiciário materializado em um sem fim de ações judiciais idênticas.

Outro desses elementos identificado nesse trabalho trata da judicialização das relações interpessoais, a partir do que alguns autores chamaram de constitucionalização das relações pessoais, fato ocorrido notadamente com a Carta Magna de 1988, que foram consagrados diversos direitos inerentes à pessoa humana tornando-os, assim, de maneira mais explícita, exigíveis face seus garantidores, sobretudo o Estado, abriu-se um novo nicho de discussões que passou a fazer parte do dia-a-dia do Poder Judiciário.

Potencializado esse fenômeno com o decorrer dos anos, passou a ser identificado em diferentes seguimentos, a exemplo da judicialização da saúde, judicialização da política, judicialização social, trazendo para o Poder Judiciário, em última análise, um aumento no volume de feitos submetidos a sua apreciação.

Estando o judiciário estruturado em legislações ultrapassadas, período onde não haviam as ditas ‘relações massificadas’ e as “relações judicializadas”, por obvia conclusão, não tem conseguido entregar uma prestação jurisdicional a contento frente esta nova formatação dos litígios judicializados. Para ilustrar, no campo processual

cível, a até alguns poucos meses, era regido por uma legislação do século passado, década de 70, sobrevivendo nova sistematização apenas agora no corrente ano de 2016, enquanto a metamorfose social durante este longo período manteve-se intensa criando, desta sorte, um descompasso entre as normas que regem a sociedade e a própria sociedade.

De modo que, uma primeira consideração em sede conclusiva que deve ser feita é no sentido afirmativo para a existência de fatores externos ao Poder Judiciário que implicaram em severas mudanças sociais e via de consequência, também na formatação dos conflitos judicializados, e por ausência de uma atualização legislativa no mesmo ritmo, resultou no atual estado de crise do Poder Judiciário, acreditando assim não ser correto atribuir a atual realidade Judiciária a ineficiência ou quadro desfalcado de servidores. É importante salientar que o presente trabalho também não está negando a contribuição dos servidores do Judiciário – ou ausência dela – para com esta realidade, isso porque não foi objeto de análise neste trabalho o impacto no Judiciário a partir da atuação de seus servidores, o que justifica a abstração de observações neste ponto específico.

O segundo objetivo traçado nas linhas inaugurais deste trabalho foi a de perquirir o comportamento do Poder Legislativo brasileiro frente à realidade excepcional atravessada pelo Poder Judiciário, consoante redigido na seção II, a conclusão a que se chega é que de maneira alguma pode-se acusar o parlamento brasileiro de omissão. Reformas operadas na legislação processual civil a partir de 1994 trouxeram institutos jurídicos que resultaram em instrumentos legais, tais como: ampliação dos poderes decisórios do relator, súmula impeditiva de recursos, possibilidade de julgamento prévio da improcedência do pedido, repercussão geral, julgamento por amostragem, súmula vinculante, continuando este movimento de inovação com a nova codificação do processo civil com notória tendência de valorização dos precedentes dos Tribunais Superiores, tudo isso com vistas à solução dos problemas objetados neste trabalho, alguma dessas medidas até com referência expressa nas respectivas exposições de motivos conforme ressaltado no referido capítulo.

Porém, as pesquisas empregadas para a confecção deste trabalho não deixaram dúvidas quanto à insuficiência destas medidas, tendo em vista a persistência no acúmulo de demandas ativas aguardando solução junto ao Poder Judiciário, bem como

permanece recorrente a incidência das ações repetitivas sobre as mais diversas sorte de matérias.

O terceiro objetivo do trabalho foi a de averiguar se situação semelhante também se repete em outros Estados estrangeiros ou se esta realidade é exclusividade do Judiciário brasileiro. Na seção III pode-se demonstrar que este fenômeno também se manifesta em nações como Alemanha, Inglaterra e Estados Unidos, que criaram os institutos da *musterverfahren*, *group litigation order* e a *class action for damages*, respectivamente, e muito embora tenham sido os sistemas legais destes três países foco de estudos no referido capítulo, as pesquisas mostraram que tal expediente se repete também em outros Estados a exemplo de Itália e Portugal.

Destarte, outra consideração em sede conclusiva que pode ser feita é no sentido da constatação da ocorrência de ações repetitivas em outros países, acarretando no acúmulo de processos pendentes de solução, afetando desta forma a eficiência da prestação jurisdicional se não trabalhada de maneira adequada.

No capítulo derradeiro do trabalho abordou-se o sistema processual coletivo brasileiro propriamente dito, cujo foco principal foi demonstrar, primeiro, a larga distância existente entre os instrumentos legais criados para enfrentamento da problemática das ações repetitivas e do acúmulo excessivo de ações aguardando conclusão, com os instrumentos essencialmente coletivos.

Quer com isso demonstrar a confusão sistêmica em que incorre o legislador brasileiro ao deparar-se com situações de ordem coletiva, criando instrumentos como se desta mesma natureza o fossem, o que não é. E em segundo lugar, lançar luz sobre a incongruência instalada no sistema legal brasileiro: ao mesmo tempo em que os conflitos judiciais cada vez mais são configurados de natureza coletiva, cada vez menos há empenho no aperfeiçoamento do sistema processual coletivo.

Explica-se: a situação do Poder Judiciário beirava o colapso diante das relações massificadas dos conflitos judicializados, haja vista que dispunha de uma legislação atrasada, da década de 70 do século passado, e diante do estado de necessidade viu-se o Legislativo compelido a adotar medidas para evitar o colapso absoluto. Estas providencias, algumas delas abordadas na seção II, conforme lá demonstrado, muito embora tencionaram a solução das ações repetitivas e do acúmulo exacerbado de demandas ativas, foram estruturadas a partir da clássica natureza individualista do processo.

São mínimos os esforços para enxergar a constatação feita acima, toma-se a título de exemplo, o instituto do julgamento por amostragem, muito embora possua “ares” de um instrumento essencialmente coletivo, de fato não o é, pois não impede a proliferação de inúmeras ações repetidas nas instâncias inaugurais de todo o país e apenas quando em grau de recurso junto aos Tribunais, constatada a situação de repetição, é que será acionado seu mecanismo de modo a alentar a situação já afetada. Há a primazia quase absoluta dos interesses individuais de acesso à justiça.

Outro exemplo é a súmula vinculante e a súmula impeditiva de recursos, oras! Até que se atinja as condições propícias para que dada matéria seja sumulada, um sem fim de contendas judiciais já foram propostas, foram instruídas e posteriormente solucionadas; aliás, a condição primeira de edição de uma súmula é exatamente as reiteradas decisões acerca de determinada tese jurídica. Assim sendo, até a efetiva edição da súmula configurou-se prejuízos ao judiciário no que tange às situações aqui objetadas que implicam em morosidade.

Lado outro, o processo essencialmente coletivo suporta amarras inexplicáveis com o claro propósito, por mais estranho que possa parecer, de impedir sua plena desenvoltura e atuação com maior grau de eficiência frente a situação ora posta. Como assinalado no capítulo derradeiro deste trabalho, restringe-se as matérias passíveis de serem tuteladas mediante o processo coletivo sem que deixe claro a *ratio* de orientação percorrida que culminou na dita restrição, limitação desarrazoada e absurda da eficácia de suas decisões igualmente por razões desconhecidas, máxima restrição aos legitimados ativos, enfim, cambalachos normativos que em última análise funcionam como verdadeira ancora presa ao sistema processual coletivo, impedindo-o de progredir da maneira como deveria e seria necessário.

Resta suficientemente clara a confusão sistêmica aqui denunciada na medida em que quando, ao nosso sentir, finalmente o parlamento brasileiro compreendeu que situações de natureza coletivizadas são enfrentadas com instrumentos igualmente de natureza coletiva e não individuais com enxertos coletivos, que ocorreu com a inserção da figura da conversão da ação individual em ação coletiva, previsto no artigo 333 do projeto final aprovado pelo Congresso Nacional do Novo Código de Processo Civil/2015, este sim, um instrumento legal essencialmente coletivo, o Poder Executivo frustra esta inovação através de um veto sob a singela pecha, dentre outras, conforme já

exposto neste trabalho, de que o novo Código já contempla mecanismos para tratar de demandas repetitivas.

Sim, o Código já dispõe de mecanismos para tratar das ações repetitivas, porém nenhum deles essencialmente coletivos. Com esta mensagem de veto acima referendada resta claro o posicionamento do Poder Executivo de satisfação com os mecanismos já existentes, razão pela qual preterem as iniciativas de ordem coletivas consoante visto no capítulo anterior. Ao nosso sentir, a problemática aqui abordada é severamente agravada por consequência desta atecnia, ou seja, preterem os instrumentos, ao menos em tese, mais adequados à natureza do problema – *essência coletiva* – em nome de uma tradição formalista-individual que não mais possuem a capacidade de tutelar os conflitos sociais modernos.

Desta sorte, frente a análise de diversas situações feitas ao longo destes escritos, algumas ações poderiam colaborar para um enfrentamento mais eficaz às ações repetitivas e ao conseqüente acúmulo excessivo de processos aguardando conclusão; a primeira dessas medidas seria o aperfeiçoamento em sede legislativa do sistema processual coletivo. A doutrina é farta no sentido de proposições e soluções que visam aperfeiçoar o sistema processual coletivo de modo a lhe garantir um desempenho elevado frente à tratativa das relações processuais massificadas que geram um grande volume de ações ao judiciário. Há, inclusive, como oportunamente visto no capítulo anterior, a proposta legislativa de criação de um código próprio para esta sistemática estagnado há anos no Congresso Nacional.

Uma segunda medida passaria pela revogação de dispositivos legais existentes nos instrumentos coletivos hoje vigentes que diminuam o potencial de atuação, disposições expressas de Lei proíbem, por exemplo, a utilização da ação civil pública em processo eleitoral, matérias que tratam de tributos, contribuições previdenciárias, FGTS, restrição dos efeitos da sentença à circunscrição de competência do juiz prolator. Paradoxalmente, alguns desses casos onde são vetados a ação civil pública são precisamente grandes fontes de conflitos massificados; é dizer, em matérias onde precisamente deveria haver a atuação dos instrumentos coletivos, sem razão alguma não se admitem sua aplicabilidade. Trata-se de uma limitação injustificada cujos efeitos são deletérios à sociedade, razão pela qual revela-se imperiosa a revogação.

A terceira medida está relacionada aos efeitos da coisa julgada, condicioná-los apenas à procedência do pedido é, em última análise, esvaziar o mais relevante

benefício do sistema processual coletivo, qual seja, molecularizar os conflitos massificados impedindo que se pulverizem por todas as instâncias do Judiciário. Mostra-se contraproducente permitir que uma matéria discutida em âmbito coletivo possa ser rediscutida na seara individual sob o raso permissivo da improcedência na seara coletiva. O não acolhimento das pretensões de uma das partes em uma disputa judicial, notadamente em uma sociedade essencialmente litigante como a brasileira, tende a não satisfazer-se com a derrota, o que o conduz a adotar medidas ainda cabíveis visando reverter a situação que lhe é desfavorável, de modo que, contrariado na contenda coletiva muito provavelmente este indivíduo reproduzirá a demanda na esfera individual atirando por terra todos os benefícios da ação coletiva no tangente à prevenção de multiplicação de demandas de igual teor.

Há de ser feita a ressalva quanto à possibilidade de reproposição da demanda quando improcedente por insuficiência de provas, isso porque este dispositivo de segurança visa evitar situações nas quais o instrumento coletivo poderia servir a propósitos escusos voltado ao prejuízo de toda uma coletividade, conforme já exposto no último capítulo do estudo.

Por fim, a efetiva implementação destes mecanismos coletivos na legislação vigente com aplicabilidade a tempo e modo adequados: não basta que os mecanismos coletivos fiquem apenas na seara doutrinária ou apenas na condição de propostas legislativas sem que efetivamente venham a converterem-se em medidas legais concretas, e mais, aplicáveis no tempo e no modo adequados, sob pena de tornarem-se ineficientes. Neste sentido, o Congresso brasileiro deu o primeiro passo quando inseriu na proposta do novo código de processo civil o expediente da conversão da ação individual em coletiva, de modo a produzir efeitos já na instância inaugural. Tratava-se de um mecanismo inspirado no Direito alemão, cuja intenção era dispensar às demandas repetitivas tratamento adequado já em seu nascedouro, resultando em uma solução igualmente adequada, preservando assim a integridade e eficiência do Poder Judiciário.

Não por acaso refere-se a este instituto no tempo verbal pretérito em razão do lamentável veto do Executivo que ao nosso sentir frustrou os honrosos esforços de parlamentares e juristas em conceber uma codificação processual em fina sintonia com a sociedade brasileira e seus conflitos, modernizando, em última análise, o Poder Judiciário brasileiro, com vistas nos exemplos colhidos do direito estrangeiro, colocando, assim, a legislação brasileira na mesma rota traçada por países com sistemas

processuais mais avançados. Perde com isto o Poder Judiciário, perde a sociedade brasileira e o próprio Executivo ao atravancar desnecessariamente a modernização da legislação dentro das tendências seguidas por outros países.

A vontade de se praticar ações políticas conscientes e por quem detenha conhecimento para tanto, livre de interesses oblíquos e por vezes até escusos, é o maior gargalo a ser transposto rumo a uma legislação moderna, eficiente e que propicie ao Judiciário o desempenho satisfatório de seu múnus frente à sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2003.
- ABBOUD, Georges. TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **O Supremo Tribunal Federal e a nova separação de poderes: entre a interpretação da Constituição e as modificações na engenharia constitucional**. Revista de Processo, v. 233, p. 13-38, 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ABRAMOVAY, Pedro Vieira; COIRO, Adriana Lacombe. Medidas Provisórias e Súmulas Vinculantes: risco à separação de Poderes? **Revista do Advogado**, ano XXXII, n. 117, Outubro 2012.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVIM, Arruda. **Ação Civil Pública**. Revista de processo. n. 87, ano 22, jul/set., 1997.
- ARAÚJO JUNIOR, Pedro Dias de. **Por uma interpretação sistemática do artigo 557 do CPC**. Disponível em: <http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/PedroDias_InterpretSistDoArt557doCPC.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- ASSIS, Araken.de. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AZEM. Guilherme Beux Nassif. **Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- BACAL, Eduardo Braga. **A tutela processual ambiental e a coisa julgada nas ações coletivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no brasil e alguns aspectos da *class action* norte-americana. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITTI, Vincenzo. (Org.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A Intervenção do Fiador como Assistente na Execução Civil com Base no Art. 834 do Código Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume VI. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21571/15574>>. Acesso em: 27 jul. 2016
- BENJAMIM, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITTI, Vincenzo (Coords.). **Processo coletivo: do surgimento à atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **SciELO Brasil.** Estud. av. vol. 18, nº 51. São Paulo may/aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007>. Acesso em: 21 fev. 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; RENAULT, Sérgio. **Os caminhos da reforma.** São Paulo: Revista do Advogado, 2006.

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. **Novo código de processo civil 2015.** Belo Horizonte: Líder, 2015.

BRASIL. Planalto. **Exposição de motivos do projeto de lei 4724/2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/182.htm>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Planalto. **Exposição de motivos do projeto de lei 4728/2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MJ/2004/186.htm>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Planalto. **Exposição de motivos ao anteprojeto do novo código de processo civil.** Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** MS: 197 DF 1989/0009631-1, Relator: Ministro JOSE DE JESUS FILHO, data de Julgamento: 08/05/1990, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 20.08.1990 p. 7950
 RSTJ vol. 12 p. 215. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597983/mandado-de-seguranca-ms-197-df-1989-0009631-1>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Notícias STF. Mandados de Injunção n.ºs. 670, 708 e 712. Brasília-DF, Outubro 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** PET. 3388-PR. Rel. Min. Ayres Brito. Julgado em 03.04.2009. DJe-071, DIVILG. 16.04.2009, PUBL.17.04.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. RMS 41395/BA 2013/0055791-1, Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 11.4.2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23336696/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-41395-ba-2013-0055791-1-stj/inteiro-teor-23336697>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4352. Requerente: Partido Democrático Brasileiro – PDT. Requeridos: Presidenta da República; Congresso Nacional. Andamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3806925>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno, Rcl. 7.569, rel. Min. Ellen Gracie, j. 9.11.2009, DJe 11.12.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606662>>. Acesso em: 09 dez. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 157.234/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ em 22.09.95. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=212342>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. 2ª T., AgRg. 222.951, rel. Min. Ari Pargandler, j. 6.4.99. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900050029&dt_publicacao=31-05-1999&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 205.342-SP (1999/0017301-5). Relator min. Humberto Gomes de Barros. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900173015&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1078394/PE. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 16/10/2008, DJe 11/11/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=&livre=artigo+518+cpc&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 18 mar. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp. 1.225.227-MS (2010/0223447-0), rel. Min. Nancy Andrighi., DJe. 12.6.13. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23429894/recurso-especial-resp-1225227-ms-2010-0223447-0-stj/inteiro-teor-23429895>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?pagina=pesquisaClasse&servico=estatistica>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Pleno Ag. 151.354-3-MG, Ag. Edcl-Ed., Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 16.4.99. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=40098>>. Acesso em: 14 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 388.830, voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 10/03/06. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261682>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial RESP 226436/PR ; Relator Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira, Data da Decisão 28/06/2001, Órgão Julgador T4 – Quarta Turma. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=226436&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 781029/RJ. 2ª T. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento 23/08/2011. DJE 05/09/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627080>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Parecer do Procurador Geral da República favorável ao provimento parcial da ADI 4352. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3806925>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário 195.056-1-PR. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 09/12/1999. D.J. 30/05/2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=234291>>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. **Conselho Nacional de Justiça**. Decisão à Manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil em Sessão Plenária Ocorrida no dia 03.03.2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81698-cnj-responde-a-oab-e-decide-que-vigencia-do-novo-cpc-comeca-em-18-de-marco>>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. **Lei 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. n. 1.576-1. Rel. Min. Marco Aurélio.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 de 29.04.2004, rel. Min. Celso de Mello. LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Gesta-Leal-O-control-jurisdiccional-de-politicas-publicas-no-Brasil-posibilidades-materiais.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. AgRg em Adin 1.254-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.9.1997. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363416>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. A Criação da CLT. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/70-anos-clt/historia>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. As Class Actions Norte-Americanas e as Ações Coletivas Brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Mandado de segurança**. 3. ed. rev. atual. amp.. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi. Lammego. **Curso de direito constitucional**. Revista e Atualizada de Acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2014. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZANELLO, José Carlos; BUZANELLO, Grazielle Mariete. Exequibilidade da Súmula Vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 44, n. 174, Abr./Jun. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496906>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **O novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) alemão**: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*. v. 147, p. 123-146, maio 2007, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Processo de conhecimento**. Lições de Direito Processual Civil. vol. 1. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1993, *apud* VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no brasil**. setembro de 1999, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 8. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Costa Raphaelle. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**: breve análise de sua estrutura e de seu papel na realidade processual brasileira. *Revista de Processo*, ano 40, n. 250, dezembro 2015. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARVALHO, Fabiano. O poder do relator nos embargos infringentes. In: NERY JUNIOR, Nelson (Org.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 10.352/2001**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.

CARVALHO, Fabiano. **Poderes do relator nos recursos art. 557 do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO, Luiz Fernando Ribeiro. Quem tem Medo da CPI? *Jornal do Magistrado, AMB*, n. 50, 1999, p. 2, *In* VIANNA, Luiz Werneck *et. al.* **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

Coleção de Anais da Câmara dos Deputados. **Diário do congresso nacional**, v. 1, ano LV. set. 2000. Brasília. Disponível em: <[http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=12/09/2000&txpagina=18826&altura=700&largura=800#/>. Acesso em: 22 nov. 2016. p. 18826.](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=12/09/2000&txpagina=18826&altura=700&largura=800#/)

CHIAVENATO, Júlio José. **Ética globalizante & sociedade de consumo**. São Paulo: Moderna, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direitos Processual Civil, 2000. *In* SILVA JUNIOR, Aldo Ferreira da. **Novas linhas da coisa julgada**. Da “relativização” da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande: Futura, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, março, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do mandado de segurança coletivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Admissão do recurso de apelação e súmulas** – (Exegese do art. 518, § 1º, do CPC). Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/258-artigos-dez-2013/6358-admissao-do-recurso-de-apelacao-e-sumulas-exegese-do-art-518-1-do-cpc-2013>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

DANTAS, Daniel. **Jurisdição coletiva, ideologia coletivizante e direitos fundamentais**. *Revista de Processo*. v. 251, ano 41, p. 341-358, 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. V.4, 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. vol. 3. 9. ed. Bahia: JusPodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. *In* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.); NERY JUNIOR, Nelson (coord). **Aspectos**

polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Relativizar a Coisa Julgada Material. In NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord). **Coisa julgada inconstitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DONIZETTI, Elpídio, **Curso didático de direito processual civil.** 10. ed., Lumem Juris. Rio de Janeiro, 2008.

_____; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo.** São Paulo: Atlas, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. A Ação Coletiva Para Tutela de Interesses Individuais Homogêneos Prevista no Código de Defesa do Consumidor. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do **CONPEDI**, realizado em Brasília – DF

nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/01_824.pdf.

>. Acesso em: 28 jun. 2016.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos dos direitos:** as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas,** São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo:** a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOHN, Maria Gloria. **Teorias dos movimentos sociais:** paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação civil pública refém do autoritarismo.** Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/9171-9170-1-PB.htm>> Acesso em 05 set. 2016.

_____. Da *Class Action For Damages* à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de admissibilidade. In GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. (Coords.). **Processo coletivo:** do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Da *Class Action for Damages* à Ação de Classe Brasileira: os requisitos de admissibilidade. In MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública:** Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Direito Processual Coletivo. In GRINOVER, Ada Pelegrini... [et al]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. revista, atualizada e reformada. vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Traduzido em português por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HIRSCHMAN, Albert Otto. **De consumidor a cidadão**. Tradução Marcelo M. Levy. São Paulo: Brasiliense, 1982.

KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2000.

LEAL, Luciana de Oliveira. **A coisa julgada nas ações coletivas**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=cce8be67-3e36-49f5-912b-219abbae66ea&groupId=10136>. Acesso em: 16 maio 2016.

LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: possibilidades materiais. In **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**. Disponível em: <<http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Gesta-Leal-O-control-jurisdiccional-de-politicas-publicas-no-Brasil-posibilidades-materiais.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEVY, Daniel de Andrade. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no anteprojeto do novo código de processo civil**. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 35, v. 196, 2011.

LOUREIRO, Caio Márcio. **Ação civil pública e o acesso à justiça**. São Paulo. Editora Método. 2004.

MACHADO Antônio da Costa. **Código de processo civil interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, leis processuais extravagantes processuais anotadas. 2. ed. Barueri: Manole, 2008.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila. **Judicialização do acesso a medicamentos no estado de Minas Gerais, Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/rsp/2011nahead/2403.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: duas análises. In: Lua Nova. **Revista de Cultura e Política**, n. 57, 2002.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Interesses difusos:** conceito e colocação no quadro geral dos “interesses”, São Paulo: Revista de Processo 55, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil. V. II**, Processo de Conhecimento, 6. ed., ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no recurso extraordinário, 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Aspectos polêmicos da ação civil pública.** Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança . 25. ed. atual. comp.** São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional. Coleção temas atuais de direito processual civil. Vol. 4.** Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual.** São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O controle da constitucionalidade no Brasil.** Disponível em http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf. Acesso em: 22 fev. 2015.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Petição inicial curso de direito processual civil. vol. 1, Teoria geral do Processo e processo de conhecimento. 4. ed. 3. reimpr.** São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional. 28. ed.** São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Algumas Inovações da Lei 9.756 em Matéria de Recursos Cíveis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, 52, 1999. Disponível em: <download.rj.gov.br/documentos/10112/813727/DLFE47867.pdf/Revista52Doutrina_pg_25_a_35.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. **Comentários ao código de processo civil. 12. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. V, n. 332.

_____. Uma Novidade: o código de processo civil inglês. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, V. 99, p. 74-83. Jul / Set.1999.

MOREIRA, V. J. S. **Marbury v. Madson**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Marbury_v._Madison>. Acesso em: 22 fev. 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

NERY JR, Nelson. Painel proteção jurídica da biodiversidade. Anais do Seminário Internacional sobre Direito da Biodiversidade, Revista CEJ 08/170, Brasília, ano 03, ago. 1999. In ALMEIDA, João Batista. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Título VI Disposições Finais. In **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover *et al.* 10. ed. revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Márcio Luís. O Futuro do Constitucionalismo: a construção da democracia constitucional. **II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política**. Escola de Direito Dom Helder, Belo Horizonte-MG, 2015.

OTHARAN, Luiz Felipe. **Incidente de resolução de demandas repetitivas como uma alternativa às ações coletivas**: notas de direito comparado. Novembro, 2010. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/artigos/43-artigos-nov-2010/4647-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-como-uma-alternativa-as-aco-es-coletivas-notas-de-direito-comparado>> Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas como uma Alternativa às Ações Coletivas: Notas de direito comparado. **Revista Eletrônica**. Publicação do Grupo de Pesquisas “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da PUC.

Coordenador Prof. José Maria Tesheiner. ISSN 2176-1795. Porto Alegre, ano 2016, v.7, n.2, Abril/Junho. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/619>. Acesso em: 26 abr.2016.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e "habeas data"**: constituição e processo. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: Origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – Abril – Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 2, ISSN 0034-835x. p. 112. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190_Tomo2.pdf?sequence=8>. Acesso em: 12 abr. 2016.

REZENDE, Caroline Gaudio. O contraditório (ou a sua ausência) no musterverfahren brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. ISSN 1982-7636. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11916/9328>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. Representatividade adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. v. 1, 2012. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/25/14>. Acesso em: 11 maio 2016.

ROBINSON, Joan. **Liberdade e necessidade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. AS AÇÕES-TESTE NA ALEMANHA, INGLATERRA E LEGISLAÇÃO BRASILEIRA PROJETADA. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. ano 5, v. 8, n. 8, jul/dez. 2011. Acesso em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20849/15124>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes no processo civil brasileiro: valorização e efetividade. **Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo (USP) para obtenção do grau de “Mestre” na área de concentração de Direito Processual**. São Paulo, 2013, pág. 136. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-151559/pt-br.php>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

ROSSONI, Igor Bimkowski. **O incidente de resolução de demandas repetitivas e a introdução do group litigation no direito brasileiro**: avanço ou retrocesso? Dezembro 2010. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/44-artigos-dez-2010/4740-o-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-e-a-introducao-do-group-litigation-no-direito-brasileiro-avanco-ou-retrocessol#_ftnref49>. Acesso em: 25 abr. 2016.

SALLES, Carlos Alberto. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHMIDT JUNIOR, Roberto Eurico. **O novo processo civil**: comentários aos artigos alterados pelas Leis: 8.950/94, 8.951/94, 8.952/94 e 8.953/94. Curitiba: Juruá, 1995.

SCHMIDT, João Pedro. Para Entender as Políticas Públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In* REIS, Jorge Renato e LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos, tomo 8, Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA JUNIOR, Aldo Ferreira da. **Novas Linhas da coisa julgada civil**. Da “Relativização” da coisa julgada e os mecanismos de rescindibilidade. Campo Grande: Futura, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**: tutela coletiva ou padronização do processo? Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/285/261>. Acesso em: 10 abr. 2016.

SLATER, Dom. **Cultura do consumo & modernidade**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo, São Paulo: Nobel, 2002.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. 2. tiragem, Juruá Editora, Curitiba, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. *In* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da constituição**: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TAYLOR, Matthew. **O judiciário e as políticas públicas no brasil**. Rio de Janeiro. *On-line* version ISSN 1678-4588. Vol.50 n.2. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001#nt06>. Acesso em: 24 fev. 2016.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, vol. 8, nº. 1. São Paulo Jan./Jun 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002>. Acesso em: 01 set. 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Petição inicial**. Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Código de processo civil**: alterações introduzidas pela Lei n. 9.756 de 17.12.98. Disponível em <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/120.htm>>. Acesso em: 14 jan.2016.

_____. **Curso de direito processual civil**, 50. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Curso de direito processual civil**. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **“Class action” e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIANA, Ulisses Schwarz. Inovações no Processo Civil Brasileiro: Objetivação, racionalização e redução dos custos de acesso à jurisdição civil. **Revista de Informação Legislativa**. Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília – Abril – Junho/2011 – Ano 48 – Nº 190 – Tomo 2, ISSN 0034-835x, pág. 302.

Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190_Tomo2.pdf?sequence=8>. Acesso em: 12 abr. 2016.

VIANNA, Luiz Werneck. et.al.; **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavam, 1999.

VIGILAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.

VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com a nova lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; ALMEIDA, Flávio Renato; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. v. 1, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. rev., atual. e ampl. De acordo com a nova lei do agravo (lei 11.187/2005). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. Da Defesa do Consumidor em Juízo. Processo Coletivo e Processo Individual. In GRINOVER, Ada Pelegrini... [et. al.] **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Revista, atualizada e reformada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119).

WURMBAUER JÚNIOR, Bruno. **A tutela dos direitos repetitivos e as novas perspectivas do processo coletivo**: modificações introduzidas pelo novo CPC e o IRDR. Dissertação - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF, 2014. Disponível em:
<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17490/3/2014_BrunoWurmbauerJunior.pdf>
Acesso em: 13 maio 2016.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos difusos e coletivos**. 3. ed. Rev. ampl. atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; LIBERAL, José Roberto Bernardi. Técnicas Processuais Destinadas à Solução de Demandas Repetitivas à Luz do Direito Brasileiro: Virtudes e Vicissitudes. **Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 67, jul/dez. 2015. Disponível em:
<<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1736/1649>>. Acesso em: 20 nov. 2016.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 237-253, ago. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em:
<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970/2313>>. Acesso em: 10 mar. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.14210/nej.v17n2.p237-253>.

ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Influência do sistema das class actions norte-americanas na Ação Civil Pública e Ação Popular Brasileira: semelhanças e distinções para a tutela ambiental. **Processos Coletivos**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012. Disponível em:
<<http://www.processoscoletivos.com.br/doutrina/36-volume-3-numero-3-trimestre-01-07-2012-a-30-09-2012/1004-influencia-do-sistema-das-class-actions-norte-americanas-na-acao-civil-publica-e-acao-popular-brasileira-semelhancas-e-distincoes-para-a-tutela-ambiental>>. Acesso em: 09 maio 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de Processo, n. 78, ano 20, 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAVASCKI, Teoria Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.