

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

GIANVITO ARDITO

**A AÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE
ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE QUEBRA DE PARADIGMA DO
PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

GIANVITO ARDITO

**A AÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL E DE
ACESSO À JUSTIÇA: A NECESSIDADE DE QUEBRA DE PARADIGMA DO
PROCESSO CIVIL INDIVIDUAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação do Professor Doutor Gilson Delgado Miranda.

SÃO PAULO

2014

BANCA EXAMINADORA

Aos meus amados pais, Olga e João, pelo apoio incondicional e por serem meus eternos paradigmas.

À Carolina, minha doce inspiração, que esteve ao meu lado em todos os momentos, com muito amor.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao Professor Dr. Gilson Delgado Miranda, por sua infinita paciência e pela indispensável e zelosa orientação, mas, sobretudo, por ter despertado o meu interesse pela fascinante ciência do direito processual civil e por ter me concedido a oportunidade de acompanhá-lo nas turmas de graduação.

Aos meus familiares, especialmente meus pais- João Ardito e Olga Ardito - por serem a base de tudo. O apoio constante deles é fundamental para a concretização de todos os meus objetivos profissionais e pessoais.

À Carolina Yamamoto pelo amor, paciência, incentivo e companheirismo que tive ao longo da elaboração dessa dissertação. Obrigado por viver esse sonho comigo.

Aproveito para agradecer aos Professores Drs. Nelson Nery Junior, Luiz Alberto David Araujo, Sérgio Seiji Shimura, Patricia Miranda Pizzol, Marcelo Gomes Sodré e Georges Abboud, com quem tive o prazer de ter aula ao longo do curso, pois eles ajudaram a semear o pensamento crítico que permeou o presente estudo.

Aos meus grandes amigos Francisco Barros e Julia Guimarães pelo companheirismo e por me mostrarem o real significado da palavra amizade.

Por fim, agradeço ao Dr. Luiz Henrique Ferreira Leite, um paradigma na advocacia, por me permitir colocar em prática boa parte daquilo que é objeto desta dissertação.

“A paz sem luta, o gozo sem trabalho
nunca existiram senão no paraíso terrestre;
a história só os conhece como resultado
de incessantes, de laboriosos esforços.”

Rudolf von Ihering

RESUMO

O presente estudo tem a finalidade de demonstrar a necessidade de mudança do paradigma do processo civil brasileiro que, atualmente, ainda é o processo individual. É fato notório que o Poder Judiciário está em crise, na medida em que se encontra assolado de demandas repetitivas que dificultam a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva, além de acarretarem na existência de decisões conflitantes sobre as mesmas situações fático-jurídicas. Nesse cenário de verdadeira insegurança jurídica, o processo coletivo passa a ter um papel central, tendo em vista que, por meio de uma única demanda, são solucionadas inúmeras pretensões resistidas individuais – o que reduz o número de demandas e, simultaneamente, evita a coexistência de decisões conflitantes. Todavia, para tanto, o operador do direito não deve analisar uma ação coletiva sob o mesmo enfoque de uma ação individual. Isso porque, somente a correta utilização da ação coletiva possibilitará a redução de inúmeros processos, fazendo com que o Estado preste a tutela jurisdicional de forma célere, justa e igualitária. Assim, o que se demonstrará é que os direitos transindividuais – enquadrados dentre os direitos fundamentais – demandam a prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada, que não é compatível com os ditames centrais do processo civil, sendo essencial para a consecução dos ditames constitucionais de acesso à justiça a utilização do processo coletivo para a solução das causas massificadas, modificando-se o paradigma processual vigente.

Palavras chave: ação coletiva; mudança de paradigma; acesso à justiça.

ABSTRACT

This study intends to demonstrate the necessity of paradigm change in Brazilian civil procedure which today is still the individual process. It is well known that the Judiciary is in crisis, in so far as is plagued of repetitive demands that make difficult a relief in a proper form and due time, and that entail in the existence of conflict in decisions on the same factual and legal situations. In this scenario of legal uncertainty, the class action has a central role, to the extent that through a single application, numerous individual claims are solved. However, the law operator may not analyze a class action under the same focus of an individual action. The reason is that the correct use of the class action will enable the reduction of numerous claims, causing the State to provide judicial protection of quick, fair and equitable manner. So what will be proved is that transindividual rights – framed among fundamental rights – require the provision of a different judicial protection, which is not compatible with the central procedures of civil process, being essential in order to achieve the constitutional principles of access to justice to use the class action for the solution of massed causes, modifying the current procedural paradigm.

Keywords: class action; paradigm change; access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
 CAPÍTULO 1: A análise dos direitos transindividuais à luz dos direitos fundamentais.....	15
1.1. Conceito e delimitação terminológica.....	15
1.2. A evolução histórica dos direitos fundamentais.....	17
1.2.1. Aspecto terminológico: dimensões ou gerações.....	17
1.2.2. As dimensões dos direitos fundamentais.....	18
1.2.2.1. A primeira dimensão.....	18
1.2.2.2. A segunda dimensão.....	19
1.2.2.3. A terceira dimensão.....	20
1.2.2.4. A quarta e a quinta dimensões.....	21
1.2.3. A Constituição Federal de 1988.....	22
1.3. Características dos direitos fundamentais.....	23
1.4. Conflito entre direitos fundamentais.....	25
1.5. Direitos e garantias fundamentais.....	27
1.6. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais.....	28
1.6.1. Os direitos transindividuais.....	28
1.6.2. Espécies de direitos transindividuais.....	30
1.6.2.1. Direitos difusos.....	31
1.6.2.2. Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	34
1.6.2.3. Direitos individuais homogêneos.....	35
1.6.2.4. Quadro comparativo.....	41
1.6.3. Os direitos fundamentais nessa realidade.....	42
 CAPÍTULO 2: Uma nova visão de acesso à justiça.....	46
2.1. Delimitação terminológica.....	46
2.2. O acesso à justiça e seu arcabouço constitucional.....	48
2.2.1. As Constituições anteriores.....	48
2.2.2. A Constituição Federal de 1988.....	50
2.3. O acesso à justiça e os tratados internacionais.....	53
2.4. Visão contemporânea de acesso à justiça.....	55

2.4.1. Celeridade e justiça da prestação jurisdicional.....	60
2.4.2. Por um Poder Judiciário adequadamente preparado.....	61
2.4.3. Métodos alternativos para solução de conflitos.....	64
2.4.4. Combate à insegurança jurídica fruto do Poder Judiciário.....	70
2.4.5. O processo coletivo como instrumento de pacificação social e de acesso à justiça.....	77
 CAPÍTULO 3: Um paralelo entre o processo coletivo e o processo individual.....	81
3.1. Considerações iniciais.....	81
3.1.1. Uma questão de nomenclatura.....	81
3.1.2. Conceito e objeto.....	83
3.2. Leis aplicáveis.....	89
3.2.1. Código de Processo Civil: uma lei geral para a tutela de direitos individuais.....	89
3.2.2. Microssistema do processo coletivo.....	90
3.3. Legitimidade.....	96
3.3.1. Conceito e sua caracterização no processo individual.....	96
3.3.2. Legitimidade no processo coletivo.....	98
3.3.2.1. A pertinência temática e a representação adequada.....	103
3.3.2.2. O papel fundamental do Ministério Público (inclusive na defesa de direitos individuais homogêneos).....	107
3.3.2.3. A legitimidade ativa da Defensoria Pública.....	112
3.3.2.4. A legitimidade ativa das associações.....	117
3.4. Litispendência.....	123
3.4.1. Conceito e sua caracterização no processo individual.....	123
3.4.2. Litispendência no processo coletivo.....	124
3.4.3. Relação entre ação coletiva e ação individual.....	127
3.5. Competência.....	128
3.5.1. Conceito e noções gerais do instituto no processo individual.....	128
3.5.2. Competência no processo coletivo.....	132
3.5.2.1. Competência para a liquidação/execução individual da sentença coletiva.....	136
3.6. Coisa julgada.....	138
3.6.1. Conceito.....	138

3.6.2. Coisa julgada no processo individual.....	140
3.6.3. Coisa julgada no processo coletivo.....	142
3.6.3.1. Transporte <i>in utilibus</i> da coisa julgada.....	148
3.6.3.2. (In)existência de limite territorial da sentença coletiva.....	149
3.7. Outros pontos sensíveis no processo coletivo.....	168
3.7.1. Suspensão das ações individuais.....	168
3.7.2. Reexame necessário.....	172
3.7.3. Efeito suspensivo dos recursos nas ações coletivas.....	176
 CAPÍTULO 4: O futuro do processo coletivo.....	180
4.1. Breve apanhado histórico.....	180
4.2. Alteração do Código de Defesa do Consumidor.....	183
4.2.1. Escopo da alteração legislativa e o seu trâmite no Congresso Nacional.....	183
4.2.2. Principais inovações propostas.....	184
4.2.2.1. O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor Projetado.....	184
4.2.2.2. Competência.....	186
4.2.2.3. Legitimados e litisconsórcio.....	187
4.2.2.4. Procedimento.....	187
4.2.2.5. Cadastro nacional.....	190
4.2.2.6. Limite territorial.....	191
4.2.3. Análise crítica.....	192
4.3. Novo Código de Processo Civil.....	193
4.3.1. Escopo da alteração legislativa e o seu trâmite no Congresso Nacional.....	193
4.3.2. Da conversão da ação individual em ação coletiva.....	196
4.3.3. Do incidente de resolução de demandas repetitivas.....	199
4.3.3.1. Conceito e noções gerais.....	199
4.3.3.2. Legitimidade.....	202
4.3.3.3. Ampla publicidade.....	203
4.3.3.4. Competência.....	203
4.3.3.5. Processamento e julgamento do incidente.....	204
4.3.3.6. Suspensão das ações.....	206

4.3.3.7. Recursos.....	208
4.3.3.8. Efeitos da decisão do incidente.....	209
4.3.4. Análise crítica.....	211
 CAPÍTULO 5: Em busca da efetividade do processo coletivo.....	213
5.1. A pacificação social como o escopo da jurisdição.....	213
5.2. O paradigma do processo civil individual: a necessidade de um novo paradigma para a ciência do direito processual civil.....	216
5.2.1. O conceito de paradigma: a visão científica de Thomas S. Kuhn.....	216
5.2.2. O processo civil individual como o paradigma vigente.....	222
5.2.3. A insuficiência das regras do processo civil individual para a tutela de direitos transindividuais: o processo civil coletivo como um novo paradigma.....	225
 CONCLUSÃO.....	238
 BIBLIOGRAFIA.....	244

INTRODUÇÃO

O escopo do presente estudo é demonstrar que a ação coletiva é o instrumento processual adequado para garantir a efetividade da tutela jurisdicional em determinadas situações, sendo que, para tanto, o intérprete do direito não pode analisar uma demanda coletiva sob o mesmo enfoque de uma ação individual.

A sociedade brasileira – assim como a mundial – pode ser enquadrada como uma sociedade de massa, caracterizada pelo fato de que boa parte de seus integrantes seguirem modelos de comportamento generalizados e padronizados, decorrentes da produção em larga escala e da distribuição e consumo de bens e serviços.

Essa sociedade surge de um avançado processo de modernização, relacionado tanto ao desenvolvimento econômico – em que se tem uma concentração da indústria na produção de bens de massa – como à urbanização, que acaba por desencadear uma forma diferente de os indivíduos se relacionarem, o que sofre grande influência dos meios de comunicação (que também são de massa) e também do avanço tecnológico, notadamente da internet.

Nesse cenário vem bem a calhar a lição de Ada Pellegrini Grinover no sentido de que interesses de massa – fruto de uma sociedade de massa – resultam em conflitos e violações de direitos em massa.¹

Acrescenta-se a isso o fato de que a Constituição Federal de 1988 assegurou inúmeros direitos e garantias que até então estavam limitados ao patamar infraconstitucional, dentre os quais ganha especial destaque o direito do consumidor, que foi elevado ao patamar de direito fundamental (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal), além de ser um princípio da ordem econômica (artigo 170, V, da Constituição Federal).²

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In.: Revista de Processo, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

² A respeito da defesa do consumidor, ainda é importante destacar que o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu o prazo de cento e vinte dias para que o Congresso Nacional elaborasse um código de defesa do consumidor. Esse diploma adveio em 11 de setembro de 1990, com a promulgação da Lei nº 8.078/90 – que é conhecida como o Código de Defesa do Consumidor –, cujas disposições são consideradas de ordem pública e de interesse social (artigo 1º). É importante deixar claro que esse ato normativo trouxe não somente disposições de direito material (como o conceito de consumidor e fornecedor em seus artigos 2º e 3º e também a responsabilidade objetiva, nos artigos 12 e 14, por exemplo) como também de direito processual, tanto de caráter individual como de processo coletivo.

Dentre esses direitos, também merece especial atenção o de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), segundo o qual qualquer pessoa que tiver um direito lesado ou ameaçado poderá provocar o Poder Judiciário para que este, no exercício de sua função primordial (prestação da tutela jurisdicional), pacifique o conflito e, indiretamente, a própria sociedade.

Assim, nos últimos anos, o Poder Judiciário passou a ser identificado como o único capaz de salvaguardar os direitos e interesses dessa sociedade de massa, diante da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo.

Esse cenário resultou em uma verdadeira proliferação de processos judiciais praticamente idênticos (com a mesma causa de pedir e pedidos extremamente similares, mas com partes diferentes), desencadeando uma demora desarrazoável na tramitação dos feitos.

O quadro acima delineado demonstra que a forma como o direito processual é idealizado nos dias atuais não tem permitido que o Estado exerça a sua atividade jurisdicional de forma adequada e célere.

A sociedade contemporânea necessita de um meio processualmente hábil a garantir, de forma efetiva e tempestiva, a prestação da tutela jurisdicional à luz dos mandamentos constitucionais, notadamente da dignidade da pessoa humana, da isonomia, do devido processo legal e da segurança jurídica.

Felizmente, esse instrumento processual já existe no ordenamento jurídico brasileiro.

A ação coletiva tem por finalidade a resolução de conflitos de direitos ou interesses transindividuais, sendo que, por meio de um único processo, inúmeros conflitos de interesses podem ser solucionados pelo Poder Judiciário sem que, para tanto, sejam instauradas incontáveis ações individuais.

Essa constatação mostra-se ainda mais evidente quando se analisa os direitos ou interesses individuais homogêneos, os quais, segundo o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, são direitos puramente individuais, mas, por questões práticas, são tutelados coletivamente no processo.

Todavia, para que a ação coletiva atenda à sua finalidade, mostra-se necessária a quebra de paradigma do processo civil individual.

O vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) foi editado para disciplinar o procedimento a ser observado para a resolução de conflitos eminentemente individuais.

Naquele momento, a despeito de já existir instrumento para a tutela de direitos transindividuais³, o foco não era a resolução desse tipo de conflito.

Não se pode perder de vista, ainda, que o diploma processual civil foi editado durante a vigência do Código Civil de 1916, o qual não possuía elementos publicistas como o atual, mas sim individualistas, tendo como principal preocupação a manutenção do *status quo ante*, com forte influência do princípio contratual do *pacta sunt servanda*.

Entretanto, com o passar do tempo e a identificação do cenário da sociedade brasileira (repita-se, uma sociedade de massa), mostrou-se necessária a utilização de instrumentos processuais que tivessem por finalidade a solução de inúmeros conflitos de interesses.

Assim, surgiram alterações no Código de Processo Civil, as quais também se mostraram atentas ao tratamento das demandas idênticas. Nesse particular, surgiram as Leis nº 11.418/06 e 11.672/08 que disciplinaram, respectivamente, a repercussão geral para o recurso extraordinário (artigos 543-A e 543-B)⁴ e o recurso especial repetitivo (artigo 543-C).

Não obstante, também advieram instrumentos para viabilizar a tutela jurisdicional coletiva, como a Lei nº 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Mesmo após o advento dessas leis, o cenário que assola o Poder Judiciário não sofreu grande alteração.

Isso se deve, porém, ao fato de os intérpretes do direito desconhecarem (ou ao menos ignorarem) o processo coletivo e os tantos benefícios que podem propiciar à sociedade e ao próprio Poder Judiciário. É inconcebível que após mais de vinte anos da edição dessas leis (Lei nº 7.347/1985 e Código de Defesa do Consumidor, que compõe o microssistema das ações coletivas), a ação coletiva seja tão pouco utilizada no país.

A sua utilização, se ocorrer da forma correta (obedecendo aos ditames legais vigentes), tem a possibilidade de trazer mais justiça às decisões do Poder Judiciário,

³ A Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 disciplina a ação popular, que é um dos instrumentos processuais aptos à tutela de direitos e interesses transindividuais.

⁴ Ressalta-se que a Lei nº 11.418/06 disciplina a repercussão geral para o recurso extraordinário, regulamentando o artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, segundo o qual “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

que, após a ampla discussão da causa, decidirá de forma isonômica (ou seja, da mesma forma para todos os jurisdicionados que se encontrarem submetidos à mesma situação fática), alcançando, assim, o verdadeiro escopo da jurisdição, que é a pacificação social.

Assim, deve-se difundir a cultura da defesa dos direitos ou interesses transindividuais (notadamente dos direitos ou interesses individuais homogêneos) no âmago da sociedade, sendo que, para tanto, é imprescindível a atuação das Universidades, do Poder Judiciário, do Poder Público (que não pode se esquecer, é o maior litigante no Poder Judiciário) e dos próprios intérpretes do direito.

Para que seja possível alcançar o objetivo acima delineado, o primeiro capítulo traz noções gerais acerca dos direitos fundamentais, dentre os quais devem ser enquadrados os direitos transindividuais.

Posteriormente, será abordada uma nova visão de acesso à justiça, a qual deve ser entendida não somente como possibilidade de o jurisdicionado submeter a sua pretensão ao crivo do Poder Judiciário, mas, primordialmente, de ter do Estado a tutela jurisdicional adequada e justa.

Entretanto, para que a tutela jurisdicional seja adequada e justa, alguns pontos devem ser observados: (i) não necessariamente a celeridade da decisão importará em uma decisão justa (que deve ser sempre o escopo da tutela jurisdicional); (ii) o incentivo a métodos alternativos para a solução de conflitos (tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem); (iii) o Poder Judiciário deve estar tecnicamente preparado e aparelhado para a prestação da tutela jurisdicional (são necessários mais investimentos na formação dos profissionais – não somente os magistrados – que integram os órgãos do Poder Judiciário e também no aparato tecnológico que eles têm à disposição); (iv) o combate à insegurança jurídica que se propaga muitas vezes das próprias decisões do Poder Judiciário; e (v) a utilização das ações coletivas.

Feitas essas considerações, o próximo passo é demonstrar a peculiaridade do processo civil coletivo em face do processo civil individual. Para esse fim, foram escolhidos alguns institutos (dentre os quais se destacam a legitimidade, a competência e a coisa julgada), os quais demonstram que o intérprete não pode visualizar o processo coletivo da mesma forma que o processo individual, sob pena de se retirar as características precípuas daquele importante instrumento de pacificação social.

Posteriormente, serão apresentadas as últimas alterações legislativas que, se aprovadas pelo Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo, alterariam o sistema processual. Nesse ponto, destacam-se: (i) o projeto de lei que visa alterar o processo coletivo disciplinado no Código de Defesa do Consumidor; (ii) o projeto de lei que estabelece o novo Código de Processo Civil, notadamente no que se refere ao incidente de resolução de demandas repetitivas e à conversão de ação individual em ação coletiva.

O último capítulo demonstra, ante todo o exposto (notadamente das diferenças existentes entre o processo coletivo e o processo individual), que não há a necessidade de alteração legislativa para se dar grande passo para a solução do problema.

Para tanto, é suficiente a mudança de paradigma da comunidade jurídica, a qual não pode interpretar o processo coletivo da mesma forma que o faz com o processo individual.

Se não houver essa mudança – que invariavelmente passa pela hermenêutica das ações coletivas –, as alterações legislativas (notadamente o novo Código de Processo Civil, que promete verdadeiros milagres quanto ao tempo de duração dos processos e do acúmulo de recursos nos Tribunais Superiores) serão inócuas.

Em outras palavras, a alternativa (ou ao menos uma das alternativas) para solucionar o problema do acúmulo de demandas repetitivas no Poder Judiciário é de conhecimento público e notório, qual seja, a ação coletiva.

O mais importante é identificar que existe uma luz no fim do túnel, haja vista que o cenário legislativo vigente já é suficiente para dar efetividade ao processo coletivo, dependendo, para tanto, que o intérprete não coloque barreiras, as quais decorrem, muitas vezes, da enraizada cultura da litigiosidade individual e do desconhecimento do processo coletivo e dos seus benefícios.

CAPÍTULO 1: A ANÁLISE DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1. Conceito e delimitação terminológica.

Antes de adentrar nas peculiaridades do processo coletivo e de sua interpretação, foco do presente estudo, é necessário identificar os direitos transindividuais, também chamados de coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), – objeto de proteção das ações coletivas – como direitos fundamentais e, para tanto, será necessário tecer algumas considerações acerca desses direitos.

Frisa-se que não serão abordadas as peculiaridades que envolvem os direitos fundamentais, sendo que as discussões que cercam o tema, seja quanto à própria questão terminológica ou no que toca à titularidade desses direitos, não serão tratadas nesse estudo.

Inicialmente, a expressão “direitos fundamentais” – que não pode ser confundida com direitos humanos ou com direitos do homem – deve ser entendida à luz do ordenamento constitucional (positivado) e do princípio da dignidade da pessoa humana⁵, o qual, nos termos do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e, portanto, deve permear a interpretação de todo o texto constitucional.

Os direitos fundamentais têm justamente o escopo de proteger a dignidade humana⁶ em todas as suas dimensões, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade, nas suas necessidades e na sua preservação.⁷

⁵ Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet: “Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade, o que nos remete à controvérsia em torno da afirmação de que ter dignidade equivale apenas a ter direitos (e/ou ser sujeito de direitos), pois mesmo em se admitindo que onde houver direitos fundamentais há dignidade, a relação primária entre dignidade e direitos, pelo menos de acordo com o que sustenta parte da doutrina, consiste no fato de que as pessoas são titulares de direitos humanos em função de sua inerente dignidade. Aliás, a partir de tais premissas, há como investir na diferenciação entre direitos humanos, no sentido de direitos fundados necessariamente na dignidade da pessoa, e direitos fundamentais, estes considerados como direitos que, independentemente de terem, ou não, relação direta com a dignidade da pessoa humana, são assegurados por força de sua previsão pelo ordenamento constitucional positivo (...).” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 102)

⁶ Paulo Bonavides sustenta que “a vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado

José Joaquim Gomes Canotilho vai além disso ao afirmar, corretamente, que “a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”.⁸

Em outras palavras, os direitos fundamentais devem ser entendidos como aqueles direitos público-subjetivos constitucionalmente assegurados e que, portanto, possuem um caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁹, bem como o de impor a prática de algumas atitudes seja por parte do Estado seja pelo particular com o fim de efetivamente alcançar a dignidade da pessoa humana.¹⁰

De tudo aquilo que foi visto até aqui se conclui que, para serem considerados como direitos fundamentais, é imperiosa a sua positivação no texto constitucional, fato este que confere maior força normativa ao direito que se busca tutelar, justamente em razão da posição em que se encontra a Constituição no ordenamento jurídico (princípio da supremacia do texto constitucional).

Outro princípio que merece destaque é o da rigidez constitucional, uma vez que somente em uma Constituição rígida¹¹ é que os direitos fundamentais são assegurados de forma satisfatória, não sendo suprimidos pelo legislador ordinário.¹²

Assim, os direitos fundamentais tem como escopo delimitar o poder estatal, tanto no sentido de coibir certas atitudes estatais em face dos cidadãos (eficácia negativa) como no de impor a prática de alguns atos ao Estado em defesa dos indivíduos (eficácia positiva).

Tendo isso em vista, para melhor se entender a função dos direitos fundamentais, deve-se imaginar a relação entre o indivíduo e o Estado como duas esferas em interação, sendo que esses direitos, simultaneamente, garantem a

de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 580)

⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110 e 111.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2002, p. 375.

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

¹¹ A rigidez está relacionada à existência de um processo de reforma do texto constitucional mais dificultoso do que o processo de elaboração de uma lei ordinária.

¹² Cumpre salientar que os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal), ou seja, não podem ser suprimidos ou reduzidos pelo legislador constituinte reformador.

autonomia da esfera individual e trazem situações em que o contato entre elas é obrigatório.

Feitas essas considerações, não é possível olvidar que o respeito aos direitos fundamentais, em especial pelo Poder Público, é uma pedra de toque para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.¹³

1.2. A evolução histórica dos direitos fundamentais.

Como será visto um pouco mais adiante, uma das características dos direitos fundamentais é a sua historicidade¹⁴, uma vez que eles não surgiram repentinamente, sendo frutos de um longo processo de conquista dos homens, especialmente quando se fala em liberdade e em dignidade da pessoa humana.

Com base nessa característica, a doutrina costuma dividir os direitos fundamentais em dimensões ou gerações para facilitar o seu estudo.

1.2.1. Aspecto terminológico: dimensões ou gerações.

Ao estudar as chamadas gerações dos direitos, alguns doutrinadores – dentre os quais se destaca André Ramos Tavares – criticam a utilização da palavra “geração” (comumente utilizada).

Assim, de acordo com o mencionado autor, o vocábulo “geração” pode resultar no entendimento equivocado de que uma geração naturalmente substituiria a anterior e assim sucessivamente, o que claramente não acontece com os direitos fundamentais – evidenciado pelas suas características (que serão abordadas adiante) –, razão pela qual se prefere a utilização do termo “dimensão”.¹⁵

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3.

¹⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 119-120.

¹⁵ Este é o posicionamento de André Ramos Tavares: “A existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana: as necessidades do Homem são infinitas, inesgotáveis, o que explica estarem em constante redefinição e recriação, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano. Daí falar em diversas dimensões de projeção da tutela do Homem, o que só vem corroborar a tese de que não há um rol eterno e imutável de direitos inerentes à qualidade de ser humano, mas sim, ao contrário, apenas um permanente e incessante repensar dos Direitos.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 426)

1.2.2. As dimensões dos direitos fundamentais.

Comumente fala-se em três dimensões de direitos fundamentais, as quais estariam intimamente relacionados, de acordo com Karel Vasak, aos três princípios cardeais da Revolução Francesa do século XVIII: liberdade, igualdade e fraternidade. De fato, esses três princípios, como será visto, correspondem a cada uma das três dimensões dos direitos fundamentais.¹⁶

Essa classificação já foi por diversas vezes reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque o seguinte trecho de voto do Ministro Celso de Mello:

(...) enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, **os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos**, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.¹⁷ – grifos não originais.

Não obstante, destaca-se que alguns doutrinadores, dentre os quais se encontra Paulo Bonavides, já falam em quarta e até mesmo em quinta dimensão.

Dessa forma, mostra-se relevante o estudo dessas dimensões, também chamadas de gerações, dos direitos fundamentais, sendo que elas se baseiam na ordem histórica cronológica em que esses direitos passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

1.2.2.1. A primeira dimensão.

¹⁶ Paulo Bonavides salienta: “Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível de direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”. E ele complementa: “Enfim, se nos depararam direitos de primeira, de segunda e terceira gerações, a saber, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, conforme tem sido largamente assinalado, com inteira propriedade, por abalizados juristas.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 580 e 581)

¹⁷ STF; MS 22164/SP; Rel. Min. Celso de Mello; Tribunal Pleno; julgado em 30/10/1995; publicado no DJ de 17/11/1995; v.u.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, a saber, atualmente, os chamados direitos civis e políticos.

Trata-se dos direitos de *status negativus* (direito negativo), uma vez que geram a obrigação negativa endereçada ao Estado de deixar de fazer algo (abstenção de intervenção na esfera de liberdade garantida na Constituição), autorizando aos indivíduos a resistir, mediante a utilização dos meios que ordenamento jurídico lhe oferece, a uma possível atuação do Estado.

O que há, portanto, é a “pretensão de resistência à intervenção estatal”¹⁸, razão pela qual os direitos dessa dimensão são tidos como de resistência ou de oposição perante o Estado.

Esses direitos, também denominados de liberdades públicas, foram proclamados já nas declarações do século XVIII, como é o caso da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, aprovada em 2 de outubro pela Assembleia Nacional Constituinte, no auge da Revolução Francesa. Esse texto não previa somente a igualdade de direitos (artigo 1º)¹⁹, mas também a liberdade, consistente em “poder fazer tudo aquilo que não prejudique o próximo” (artigo 4º)²⁰, além da estrita legalidade (artigo 5º)²¹.

1.2.2.2. A segunda dimensão.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão dominaram o século XX, sendo que aqui se encontram os chamados direitos sociais e econômicos, na medida em que “seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social”.²²

Esses, ao contrário daqueles de primeira dimensão, são direitos positivos (ou de *status positivus*), conferindo a seus titulares o direito de exigir uma atuação

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 65.

¹⁹ “Art. 1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As destinações sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.”

²⁰ “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”

²¹ “Art. 5º. A lei proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”

²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

positiva por parte do Estado, ou seja, que o poder estatal interfira na esfera individual dos indivíduos para preservação de direitos, garantindo-se, assim, os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade. O que se busca, em último plano, é a consecução do próprio princípio da igualdade.²³

Conforme salienta Paulo Bonavides, esses direitos surgiram com uma baixa normatividade, uma vez que se entendia que eles seriam normas de conteúdo programático.²⁴ Hoje, porém, essa discussão é um pouco esvaziada, justamente pelo fato de que muitos textos constitucionais, inclusive o brasileiro, prevêem a aplicabilidade imediata das normas garantidoras desses direitos (artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal).

1.2.2.3. A terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, estão enraizados em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade. É aqui, como será visto no final deste capítulo, que se enquadram os direitos coletivos *lato sensu*.

Essa dimensão de direitos está relacionada à consciência de um mundo dividido em nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento.

Trata-se de direitos dotados de um elevado teor de humanismo e universalidade, dentre os quais se encontram, conforme elucida a doutrina,²⁵ o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito de comunicação.

É por esse motivo que André Ramos Tavares enquadra tanto o direito ambiental e quanto o direito do consumidor como direitos fundamentais de terceira dimensão: “São direitos de terceira dimensão aqueles que se caracterizam pela sua

²³ André Ramos Tavares salienta: “O Estado passa do isolamento e não-intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. Nesse sentido, e só nesse sentido, é que se afirma que tal categoria de direitos se presta como meio a propiciar o desfrute e o exercício pleno de todos os direitos e liberdades. Respeitados os direitos sociais, a democracia acaba fixando os mais sólidos pilares.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 429)

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 582 e 583.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 587 e 588.

titularidade coletiva ou difusa, como o direito do consumidor e o direito ambiental. Também costumam ser denominados como direitos da solidariedade ou fraternidade.”²⁶

Destaca-se, ainda na lição de André Ramos Tavares, que o reconhecimento dessa dimensão de direitos fundamentais demonstrou a “insuficiência estrutural de uma Administração Pública e de um sistema judicial calcados exclusivamente no ideário liberal, que apenas comporta a referencia individual, incapaz que é de lidar com fenômenos metaindividuais.”²⁷

Esse cenário, como mais adiante será demonstrado, demanda uma mudança do paradigma processual, para que, com foco no processo coletivo, se tutele de forma adequada os direitos transindividuais.

1.2.2.4. A quarta e a quinta dimensões.

Paulo Bonavides é o defensor dessas novas dimensões (que ele chama de gerações), uma vez que, para ele, o direito ao desenvolvimento e o direito à paz assumiram um caráter de importância tão grande que demandam o reconhecimento do surgimento de novas dimensões.

De acordo com esse renomado constitucionalista²⁸, na quarta dimensão encontram-se os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, dos quais se denota a necessidade de uma sociedade aberta, inclinada às relações de convivência.²⁹

²⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 429.

²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 430.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 590.

²⁹ André Ramos Tavares, por sua vez, enquadra outros direitos na quarta dimensão: “No particular, parece mais acertado, para manter a estrita coerência com o critério de identificação das demais dimensões (e a própria ideia de dimensão), falar, na quarta dimensão, de uma diferenciação de tutela quanto a certos grupos sociais, como, por exemplo, as crianças e os adolescentes, a família, os idosos, os afro-descendentes etc. Enquanto os direitos de participação democrática poder-se-iam reconduzir aos clássicos direitos políticos, presentes desde os direitos de primeira dimensão, estes direitos não deixam de ser direitos já existentes, mas que sofrem não um alargamento (extensão de conteúdo), senão uma diferenciação qualitativa quando aplicados a certos grupos.” (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 431)

Por fim, haveria a quinta dimensão, consistente na inserção da concepção de paz à normatividade jurídica, sendo entendido como uma condição indispensável ao progresso de todas as nações.

Esse direito ganhou tamanha relevância e projeção que o texto constitucional brasileiro, mais precisamente no inciso VI do artigo 4º, estabeleceu que um dos princípios que rege as relações internacionais é a “defesa da paz”.

De qualquer forma, independentemente do posicionamento que se adote, ainda que não se entenda que de fato existam cinco dimensões de direitos fundamentais, não há como deixar de identificar que todos esses direitos estão constitucionalmente assegurados.

Ressalta-se, novamente, que a divisão dos direitos fundamentais em dimensões ou gerações tem um cunho meramente didático, o que facilita o seu estudo, especialmente à luz do momento histórico que eles podem ser identificados.

Todavia, o importante não é identificar a qual geração um determinado direito pertence, mas sim a sua efetiva caracterização como um direito fundamental, que é justamente o caso dos direitos transindividuais, os quais, apesar de já poderem ser identificados (ainda que de forma embrionária) na segunda dimensão, tiveram a sua efetiva identificação como direitos fundamentais na terceira dimensão.

1.2.3. A Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, logo em seu início, no Título II, os direitos e garantias fundamentais, que por sua vez é dividido em cinco capítulos: (i) “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” (artigo 5º); (ii) “Dos direitos sociais” (artigos 6º a 11); (iii) “Da nacionalidade” (artigos 12 e 13); (iv) “Dos direitos políticos” (artigos 14 a 16); e (v) “Dos partidos políticos” (artigo 17).

Da leitura dos dispositivos acima mencionados, nota-se a presença de uma boa parte dos direitos fundamentais identificados anteriormente, tais como a liberdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), os direitos políticos (artigo 14) e os direitos sociais (artigo 6º).

Todavia, é importante ressaltar que a interpretação do texto constitucional não pode ser estanque, topográfica. A Constituição Federal deve ser interpretada como um todo, de forma sistemática, o que nos permite identificar outros direitos fundamentais que não estejam no Título II. Isso ocorre, por exemplo, com o direito à

anterioridade tributário (artigo 150, III, *b*, da Constituição Federal), que já foi reconhecido como direito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal.³⁰

Além disso, há a necessidade de adicionar às disposições previstas nesse título com outras normas dispostas no curso do texto constitucional, que complementam esses direitos fundamentais. A este respeito, a título meramente exemplificativo, destaca-se o direito à saúde, que é tido como uma das espécies de direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal), mas que é detalhado mais adiante, especificamente nos artigos 196 e 197.

1.3. Características dos direitos fundamentais.

A doutrina³¹ mais autorizada traça as seguintes características dos direitos fundamentais: (i) historicidade; (ii) inalienabilidade; (iii) imprescritibilidade; (iv) irrenunciabilidade; (v) limitabilidade; (vi) aplicabilidade imediata; e (vii) autogeneratividade.

Quanto à historicidade, como visto quando do início da análise das dimensões (item 1.2 supra), os direitos fundamentais não surgiram repentinamente. Eles são frutos de um processo de conquista dos homens, em especial da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, eles surgem, se desenvolvem e podem chegar até mesmo a desaparecer e, para serem melhor entendidos, devem ser analisados sob o prisma do atual momento da sociedade.

Outra característica dos direitos fundamentais é que eles são inalienáveis, na medida em que não admitem que o seu titular os tornem impossível de ser exercitado para si mesmo, seja física ou juridicamente, sendo, portanto, indisponíveis, em especial pelo fato não possuírem um conteúdo econômico-patrimonial.

Com isso, a preterição de um direito fundamental não pode ser justificada no fato de o seu titular assim ter consentido. Todavia, é importante salientar que isso não impede que o próprio texto constitucional imponha alguma limitação a um dado

³⁰ STF; ADI 939/DF; Rel. Min. Sydney Sanches; Tribunal Pleno; julgado em 15/12/1993; publicado no DJ de 18/03/1994 e na RTJ 151/755; por maioria.

³¹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118-126.

direito fundamental para a preservação de um interesse maior, como o da coletividade, impondo, assim, alguma limitação casuística.

Além disso, em decorrência da inexistência de conteúdo patrimonial, é que esses direitos são tidos como imprescritíveis, sendo que a sua não utilização pelo seu titular não importa em sua perda, nunca deixando, portanto, de serem exigíveis.

A irrenunciabilidade é uma das maiores características dos direitos fundamentais, estando relacionada ao fato de esses direitos serem intrínsecos aos seres humanos.

Assim, o fato de o seu titular deixar de utilizá-lo em um dado momento não importa em sua renúncia tácita, não podendo ela ocorrer mesmo que de forma expressa.

Dessa forma, entende-se que todos os indivíduos são dotados de um patamar mínimo de proteção, haja vista que o homem é titular de um direito fundamental meramente pela sua condição humana, sendo que eventual renúncia a um direito fundamental implicaria na própria renúncia da condição humana, o que é inconcebível.

Não obstante, ressalta-se que os direitos fundamentais, assim como os demais direitos, não são absolutos, sendo, portanto, limitáveis, visto que ele nem sempre será aplicável em toda a sua extensão e alcance em razão da existência de colisão de direitos.

Somente casuisticamente é que se poderá verificar se um direito fundamental poderá ser aplicado em sua plenitude, inexistindo comando oriundo de norma jurídica preestabelecida.

Em outras palavras, o que existe é um confronto de posições subjetivas, ou seja, há uma colisão entre os direitos de dois indivíduos, direitos esses que são constitucionalmente garantidos.³²

Assim, pelo fato de os direitos fundamentais não serem dotados de caráter absoluto é que decorre a sua limitabilidade, a qual não pode ser definida no plano normativo, mas sim no plano fenomênico, diante da colisão de dois direitos fundamentais no caso concreto.

³² Nos dizeres de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “essas chamadas ‘colisões’ de direitos são representadas por situações em que o concreto exercício de um direito fundamental implica na invasão da esfera de proteção de outro direito fundamental” (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123).

Os direitos fundamentais são, como visto, intrínsecos a todos os seres humanos, o que acarreta na sua aplicabilidade imediata, conforme prevê expressamente o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Com isso, na falta de regra regulamentadora, incumbe ao intérprete concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, sendo que essa norma não deve ser vista sob um caráter absoluto, visto que em alguns casos o próprio texto constitucional impõe a necessidade de regulamentação a determinado direito.

Já a autogeneratividade está enraizada no fato de os direitos fundamentais estarem incluídos dentre os elementos fundantes de uma Constituição, uma vez que ela tem por fim incorporar esses direitos, juntamente com os elementos constitutivos do Estado (povo, território e governo).

Por fim, destaca-se que alguns doutrinadores trazem a universalidade como outra característica dos direitos fundamentais, uma vez que a sua razão de ser faz com que eles sejam destinados ao ser humano como gênero, indistintamente.³³ Todavia, esse posicionamento é criticado por uma parcela da doutrina, pois alguns direitos fundamentais são inerentes a uma classe, como é o caso dos direitos dos trabalhadores, por exemplo, sendo que somente esses são os titulares.³⁴

1.4. Conflito entre direitos fundamentais.

Quando se fala em direitos fundamentais, um dos pontos que mais merece a atenção do intérprete é o que diz respeito acerca da existência de eventual colisão entre esses direitos e a forma como solucionar este impasse.

De todos os direitos mencionados anteriormente (todos eles direitos fundamentais) não há como olvidar que em determinada situação haverá um conflito entre dois ou mais direitos fundamentais, sendo que, para a solução do impasse um deles se sobreporá ao outro. Isso decorre justamente do reconhecimento de que inexistente direito fundamental absoluto.³⁵

Não obstante, deve-se considerar, ainda, que os direitos fundamentais compõem uma classe heterogênea, na medida em que, nos dizeres de Noberto

³³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 186.

³⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 460.

Bobbio, “há pretensões muito diversas entre si e, o que é pior, até mesmo incompatíveis”.³⁶

Assim, nas célebres palavras de Joaquim José Gomes Canotilho, “de um modo geral, considera-se existir uma **colisão autêntica de direitos** fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”.³⁷

Com isso, é necessário proceder a uma harmonização desses direitos constitucionalmente assegurados, sempre à luz da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que deve ser considerada como uma projeção, uma finalidade dos direitos fundamentais.³⁸

Essa harmonização passa, em grande parte, pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, a despeito de não estarem previstos expressamente no texto constitucional, são de grande importância para a sua interpretação.

Esses princípios, muitas vezes utilizados como sinônimos têm o seu fundamento justamente na ideia de devido processo legal e na de justiça, sendo que, além de controlar a discricionariedade dos atos do Poder Público, eles acabam “por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.³⁹

Assim, em caso de confronto entre direitos fundamentais, incumbe ao intérprete verificar, casuisticamente, mediante um juízo de ponderação, qual desses direitos irá prevalecer para aquela situação.⁴⁰

³⁶ BOBBIO, Norberto; *A era dos direitos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 19 e 20.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2002, p. 1253.

³⁸ Neste sentido, é salutar o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet: “Nesse contexto, verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011).

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 373.

⁴⁰ A respeito de ponderação de direitos fundamentais, destaca-se o célebre ensinamento de J. J. Gomes de Canotilho: “os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito

Todavia, cumpre salientar que aquele direito preterido não perde a sua força e seu valor, uma vez que ele permanece no ordenamento jurídico, mas, naquele caso concreto, outro direito fundamental emerge como mais importante, o que não impossibilita que, em outra situação, esses mesmos direitos estejam novamente em colisão, mas, dessa vez, aquele preterido anteriormente emerja como mais relevante.

Em outras palavras, o que se busca é justamente a harmonização entre os direitos fundamentais.

Salienta-se que não é o objeto do presente estudo, como dito anteriormente, a análise pormenorizada dos direitos fundamentais, razão pela qual não foram abordadas as peculiaridades atinentes, por exemplo, aos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴¹

1.5. Direitos e garantias fundamentais.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à diferença entre “direitos fundamentais” e “garantias fundamentais”, tendo essas expressões sido utilizadas pelo legislador constituinte no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) da Constituição Federal.

Rui Barbosa, ao comentar a primeira Constituição da República (1891), já fazia a distinção entre direitos e garantias fundamentais, sendo que os primeiros seriam disposições de conteúdo declaratório, ao passo que estas diriam respeito a disposições assecuratórias, que atuariam justamente na proteção desses direitos fundamentais.⁴²

constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência (ou na relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas e depois de um juízo de ponderação se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2002, p. 1256)

⁴¹ Para maiores informações acerca da aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, recomenda-se a leitura da obra “A constitucionalização dos direitos – os direitos fundamentais nas relações entre particulares” de Virgílio Afonso da Silva.

⁴² Rui Barbosa, *República: teoria e prática*, p. 121, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 189.

A despeito de crítica doutrinária,⁴³ parece que esse é o melhor entendimento acerca do tema. Assim, a expressão “direitos fundamentais” possui um conteúdo mais declaratório quando confrontada com as “garantias fundamentais” que, por sua vez, tem um caráter instrumental, ou seja, são meios voltados para a obtenção ou a reparação dos direitos violados.⁴⁴

Além disso, outro ponto que merece destaque é que a “garantia fundamental” não pode ser confundida com “remédio constitucional”, sendo que este é espécie da qual aquela é o gênero, uma vez que existem outras disposições constitucionais assecuratórias.

1.6. Os direitos transindividuais como direitos fundamentais.

1.6.1. Os direitos transindividuais.

Para uma correta análise e enquadramento como direitos fundamentais dos direitos coletivos *lato sensu*, também entendidos como direitos transindividuais, precisa-se abordar o real significado dessas expressões.

Os direitos e interesses transindividuais devem ser entendidos como uma “parcela de interesses que pertencem a um grupo razoavelmente extenso de pessoas, que os titularizam e que possuem uma característica em comum, que as une, ainda que se trate de um laço de união extremamente débil”.⁴⁵

A este respeito, destacam-se os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira que, antes mesmo do advento da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, já abordava os direitos difusos⁴⁶ da seguinte forma:

a) Não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a pluralidade de credores numa única obrigação),

⁴³ José Afonso da Silva entende que não “é decisivo, em face da Constituição, afirmar que os direitos são declaratórios e as garantias assecuratórias. Porque as garantias em certa medida são declaradas e, às vezes, se declaram os direitos usando forma assecuratória” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001).

⁴⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 110.

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 783.

⁴⁶ José Carlos Barbosa Moreira utiliza a expressão “direitos difusos” de forma ampla, o que hoje a doutrina tem enquadrado em direitos coletivos em sentido amplo (*lato sensu*). Porém, ainda assim os seus ensinamentos podem ser utilizados para a delimitação dos chamados direitos transindividuais.

mas a uma 'serie indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação -, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. (...)

b) Referem-se a um bem (latissimo sensu) indivisível, no sentido de insuscetível divisão (mesmo ideal) em 'quotas' atribuíveis individualmente a cada qual dos interessados. Estes se põem numa espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica por força a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade.⁴⁷

Assim, os direitos transindividuais possuem um caráter, uma base eminentemente social, o que demonstra a sua grande importância para a sociedade contemporânea.⁴⁸

A este respeito, destaca-se que o estudo dos direitos transindividuais passa, imprescindivelmente, pela análise da sociedade atual, a qual é considerada como uma sociedade de massa, fruto de um avançado estágio de modernização, sendo que a grande maioria da população se encontra envolvida em modelos de comportamentos generalizados.⁴⁹

Trata-se, portanto, de direitos que estão em uma posição intermediária entre os direitos públicos e os privados, uma vez que, ainda que excedam o âmbito estritamente individual, não chegam propriamente a constituir interesse público.

Nesse ponto em particular, não se pode perder de vista que essa dicotomia entre público e privado vem sendo reconhecida como insuficiente pela doutrina, uma vez que existe uma interação firme e constante entre esses termos, o que não deve causar espécie justamente em razão da unidade e coesão do ordenamento jurídico.

Porém, ainda assim, essa distinção (que vem desde os primórdios do direito) é salutar, haja vista que facilita, didaticamente, o estudo de alguns ramos do direito, mas, como visto anteriormente, ela não é estanque, somente sendo possível se afirmar que um dado ramo do direito é em sua prevalência do direito público ou do direito privado (e não exclusivamente), o que irá determinar quais os princípios que irão ditar as relações jurídicas dele decorrentes.

Veja-se que essa dicotomia entre público e privado - cuja principal diferença está enraizada na titularidade do direito, ou seja, discute-se a questão patrimonial – não permite um perfeito enquadramento dos direitos transindividuais.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. In.: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, nº 33. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, 1985, p. 171.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nocila; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 2. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 1211.

O mais adequado parece enquadrar esses direitos como uma nova categoria, que transita entre as outras duas (público e privado), mas que em razão de suas peculiaridades não pode ser alocada em nenhuma delas. Para tanto, o critério diferenciador deve ser o interesse e não a titularidade do direito.

1.6.2. Espécies de direitos transindividuais.

Antes de expor a razão pela qual os direitos coletivos *lato sensu* devem ser tidos como direitos fundamentais, mostra-se necessário fazer pequenas considerações acerca das espécies de direito coletivo *lato sensu*, previstas no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.⁵⁰

Ressalta-se que somente após o advento do Código de Defesa do Consumidor é que começou a se falar da existência de direitos individuais homogêneos, sendo que, até então, o rol de direitos assegurados no artigo 1º da Lei nº 7.347/85 era de direitos eminentemente coletivos, ou seja, de natureza indivisível.

À luz do mencionado dispositivo, tem-se reconhecido a existência de três espécies de direitos transindividuais: (i) direitos difusos; (ii) direitos coletivos; e (iii) direitos individuais homogêneos.

É importante salientar, É importante salientar, antes de qualquer coisa, que essa divisão imposta pela lei não impossibilita que essas espécies convivam harmoniosamente em uma mesma demanda.⁵¹

A esse respeito, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Luiz Felipe Salomão:

DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANODE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOSINDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS.CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAISCOLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETODANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES.

⁵⁰ A respeito do fato de o legislador (no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor) ter conceituado as espécies de direitos e interesses transindividuais, destaca-se o ensinamento de Kazuo Watanabe: “O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70).

⁵¹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 47.

1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer.

2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis.

(...)

6. Recurso especial não provido.

(STJ; REsp 1293606/MG; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª Turma; julgado em 02/09/2014; publicado no DJe de 26/09/2014; v.u.)

Nesse particular, merece destaque o fato de que, a despeito da divergência doutrinária, no presente estudo as palavras “interesses” e “direitos” são usadas como sinônimas, assim como o fez o legislador no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.⁵²

1.6.2.1. Direitos difusos.

O artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos difusos como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Assim, os direitos e interesses difusos se caracterizam pela indeterminação dos seus titulares e a inexistência de relação jurídica base entre eles (aspecto subjetivo) e a indivisibilidade do bem jurídico (aspecto objetivo).

Encontram-se referências a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais não há um vínculo fático ou jurídico muito preciso, sendo que o objeto (indivisível) é partilhado por um número indeterminado de pessoas.⁵³

⁵² No mesmo sentido encontra-se a lição de Kazuo Watanabe: GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 70.

⁵³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 90.

Esses direitos difusos não podem ser considerados simplesmente como a soma ou a síntese dos direitos individuais, uma vez que dizem respeito aos interesses, necessidades da própria coletividade como um todo, sendo que daí decorre a sua indivisibilidade.⁵⁴

No que tange à indivisibilidade do objeto, verifica-se que essa característica impede a sua apropriação exclusiva, sendo impossível atribuir-se a um indivíduo uma fruição maior ou até mesmo diferenciada em relação aos demais membros da coletividade.

Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, ao comentar o artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor - que, como visto, traz a definição dos direitos ou interesses difusos -, faz um paralelo entre a indivisibilidade do objeto e a indeterminabilidade do sujeito:

Revela em tal definição, em primeiro lugar, a natureza indivisível dos interesses em jogo. Como visto, a comunialidade do bem objeto de tutela especial implica a impossibilidade de sua divisão em parcelas individualizadas e variáveis, quantitativa ou qualitativamente. Os benefícios são fruídos pelo grupo de forma coletiva e não exclusiva. Nesse sentido, a exclusão de um membro implicaria a exclusão de todo o grupo. É o que se verifica nos direitos à saúde e à segurança. Outro elemento característico de tais interesses é a indeterminabilidade de seus titulares. Prevalece, aqui, a vasta dispersão dos membros do grupo e, principalmente, a dificuldade de canalização e veiculação de seus interesses de forma organizada e adequada à sua proteção.⁵⁵

Essa constatação autoriza que o intérprete conclua que a referibilidade do direito difuso está atrelada não à pessoa individualmente considerada, mas sim enquanto integrante da sociedade.

Em outras palavras, além da indivisibilidade do direito, o que o torna difuso é o fato de não ser possível identificar os seus titulares, tratando-se, portanto, de pessoas não só indeterminadas como também indetermináveis.⁵⁶

⁵⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

⁵⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1301.

⁵⁶ Nesse cenário, ganham relevo os ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin: "Possuem como traço característico a dificuldade de organização de seus titulares para carrear recursos ou influência proporcionais e compatíveis com o número e fragilidade dos sujeitos que, em tese, seriam beneficiados pela atividade organizada e pela regulamentação que, pela superação da dispersão, busca-se alcançar. Enquanto no interesse público a organização dos sujeitos é totalmente prescindível, gozando seus pressupostos de unanimidade social, no caso dos interesses ou direitos difusos, uma postura organizada, embora essencial, é subótima, de difícil realização. É incorreto

Para concluir, destaca-se que a conceituação dos direitos e interesses difusos foi abordada de forma ímpar por Rodolfo de Camargo Mancuso:

(...) são interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.⁵⁷

Nesse ponto, também salta aos olhos o fato de que nesta categoria de direitos, eles não estão coalizados por um liame jurídico, mas sim pela ocorrência de um determinado fato, tal como, a instalação de uma usina hidrelétrica que acarretará a devastação de uma floresta.⁵⁸

1.6.2.2. Direitos coletivos *stricto sensu*.

Já no que na tange aos interesses ou direitos coletivos (também chamados de direitos coletivos *stricto sensu* – o que permite a diferenciação dessa espécie do gênero), o artigo 81, parágrafo único, II, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que são aqueles “transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo,

igualá-los, seja a mera justaposição de interesses individuais com pontos em comum, seja, em sentido oposto, a interesses públicos eventualmente fragmentados. Em tal categoria, está em jogo ente diverso – numérica e qualitativamente – da mera soma dos interesses individuais dos sujeitos envolvidos.” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1300-1301)

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145 e 146.

Nessa mesma linha, encontra-se o posicionamento de Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, que elenca as seguintes características dos direitos e interesses difusos: “a) a transindivisibilidade real ou essencial ampla; b) a indeterminabilidade de seus titulares; c) a indivisibilidade ampla de seu objeto, assim como d) a sua indisponibilidade; e) o vínculo meramente de fato a unir os sujeitos; f) a ausência de unanimidade social, dado que os afasta do interesse público, pela conflituosidade coletiva que lhes é inerente; g) organização possível, mas sempre subotimal, dada a dispersão do elemento fático que os une; h) ressarcibilidade indireta (o montante da indenização é destinado a um fundo).” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1302)

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 144.

categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.⁵⁹

Com a expressão “relação jurídica base”, o legislador não está se referindo àquela nascida da própria lesão ou ameaça de lesão, uma vez que a relação aqui tratada é preexistente, existindo, portanto, um vínculo jurídico entre as pessoas lesadas ou entre estas e a parte contrária antes mesmo da ocorrência da lesão.

O que diferencia os chamados direitos coletivos *stricto sensu* dos direitos difusos é que naqueles, ao contrário destes, os seus titulares são determinados ou ao menos determináveis, havendo semelhança entre essas espécies no que consiste à indivisibilidade do direito.

Outro traço caracterizador do direito coletivo *stricto sensu* é a necessidade de organização, uma vez que ele se vale dos grupos para a sua concretização, ou seja, para que o interesse ou direito seja considerado coletivo em seu sentido amplo há a necessidade de que se esteja diante de um grupo. Tal fato decorre da coesão, organização e estrutura que existe nesse grupo, o que aproxima e potencializa os direitos de seus integrantes.⁶⁰

Todas essas peculiaridades acabam por dificultar a identificação precisa dos direitos coletivos *stricto sensu* em situações práticas, sendo que a sua

⁵⁹ Em razão do conceito legal trazido pelo Código de Defesa do Consumidor para os direitos e interesses coletivos em sentido estrito, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin apresenta a seguintes características: a) transindividualidade real ou essencial restrita, limitadamente ao ‘grupo, categoria ou classe de pessoas’; b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade externa, com possibilidade de tal individualização entre os próprios sujeitos agregados; d) disponibilidade coletiva e indisponibilidade individual (determinada associação pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, mas tal possibilidade é negada aos membros do grupo); e) relação jurídica-base a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização ótima viável; e h) reparabilidade indireta. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1302-1303)

⁶⁰ Neste sentido, destacam-se os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Os interesses coletivos valem-se dos grupos como veículo para sua exteriorização; um grupo pressupõe um mínimo de coesão, de organização, de estrutura. Os interesses, para serem ‘coletivos’, necessitam, pois, estar aglutinados, coalizados. E a coesão será tão mais evidente quanto menor for o grupo; o que significa que é justamente a proximidade efetiva entre os membros que fortalece o grupo.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 61). E Sérgio Shimura complementa: “Um dos traços distintivos do interesse coletivo é a organização, visto que, sem ela, os interesses não podem aglutinar-se de forma coesa e eficaz no seio de grupo determinado. Essa organização, no entanto, nem sempre está delineada, com nitidez, sob pena de sufocar interesses potencialmente coletivos, ainda emergentes, incipientes e espontâneos. Também se caracteriza como interesse coletivo a existência de um vínculo jurídico base, congregando em forma homogênea os que integram o grupo, a classe ou a categoria. Diz respeito ao interesse das pessoas agregadas em um grupo ou categoria ligadas por um vínculo jurídico que lhes dá coesão e identificação perante outras pessoas.” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 29)

caracterização acaba comumente (mas não exclusivamente) observada na seara trabalhista.

1.6.2.3. Direitos individuais homogêneos.

Por fim, a lei também traz o interesse individual homogêneo (artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Trata-se de interesses que se convencionou chamar de acidentalmente coletivos (ao contrário dos interesses difusos e coletivos que são eminentemente coletivos), uma vez que são direitos subjetivos individuais que são ligados entre si por questões de afinidade, de semelhança e de homogeneidade, o que permite a sua defesa coletiva.⁶¹

A pluralidade de titulares também se encontra presente nesta espécie, mas, diferentemente dos demais, o objeto material (bem jurídico) é divisível, podendo, inclusive, ser decomposto em unidades autônomas.

A esse respeito, destaca-se a lição de Carlos Roberto Barbosa Moreira:

(...) como a própria nomenclatura indica, são individuais, e não transindividuais, como os coletivos e difusos. Fazem parte, na realidade, de uma categoria bastante conhecida e estudada: a dos direitos subjetivos. Consciente das dificuldades enfrentadas por cada consumidor, na busca da satisfação de seus direitos subjetivos, o legislador permitiu o uso das ações coletivas para a tutela desses direitos, nos quais os respectivos titulares podem nem sequer integrar o contraditório, sendo, no entanto, beneficiados pela decisão de procedência do pedido. Nas ações coletivas aqui em foco, o que ocorre é a reunião, em um único processo, de uma série de pretensões individuais, que poderiam ser, com resultados menos satisfatórios, veiculadas através de ações individuais, ou de ações para as quais se congregassem, em litisconsórcio, grupos de consumidores.⁶²

⁶¹ A esse respeito, Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin sustenta que os direitos e interesses individuais homogêneos são “tipicamente individuais, mas cuja tutela, por imperativos de coerência, eficiência e economia processuais exige-se seja exercida coletivamente. São, por esse ângulo, acidentalmente supraindividuais: a relevância de seu tratamento molecular não decorre de uma indivisibilidade natural de seu objeto (interesses e direitos públicos e difusos), nem da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas da necessidade de facilitação de acesso à justiça de seus titulares, como decorrência do mandamento constitucional de promoção da defesa dos consumidores – embora não se restrinjam ao âmbito das relações de consumo”. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça continua: “A origem comum, na medida em que surjam como consequência de um mesmo fato ou ato, e a homogeneidade que os caracteriza implicam a perda de sua condição atômica e estruturalmente isolada e a sua transformação em interesses merecedores de tratamento processual supraindividual.” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1303)

⁶² MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O processo civil no Código do Consumidor*. In.: Revista de Processo, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 141.

Para a sua caracterização, portanto, mostra-se necessário que ele decorra de uma origem comum, ou seja, que o interesse tenha origem na mesma situação fática ou jurídica.

Nesse caso, conforme sustenta Teori Albino Zavascki, a “coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo”.⁶³

A importância dos direitos individuais homogêneos reside na possibilidade de “acesso à justiça de pretensões que não teriam condições de ser trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário isoladamente. É como se houvesse a reunião, num único processo, de várias demandas individuais com resultados mais satisfatórios.”⁶⁴ Tal fato se deve em razão de que, muitas vezes, a lesão, individualmente considerada, é ínfima.

Ricardo de Barros Leonel vai além:

(...) o aporte de recursos materiais e econômicos disponíveis para o autor da lesão (por vezes grupos econômicos e empresariais, com assessoria jurídica e técnica extremamente qualificada, habituados a demandas judiciais relacionadas à sua atividade, sendo litigantes habituais), torna inimaginável que o simples litigante individual esteja efetivamente em paridade de condições e de armas para poder enfrentar suficientemente um litígio individual.⁶⁵

Vale dizer, são inúmeras as vantagens do tratamento coletivo das demandas.⁶⁶

⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

⁶⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99.

⁶⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

⁶⁶ Novamente merecem destaque os ensinamentos de Carlos Roberto Barbosa Moreira: “Ora, o tratamento coletivo das pretensões individuais apresenta uma série de vantagens. Na ausência das ações coletivas, ou o consumidor se tornaria um litigante solitário, a enfrentar muitas vezes, um oponente gigantesco e habituado a bater-se em juízo; ou se litisconsorciaria a outros consumidores. Mas a solução do litisconsórcio não chega a ser animadora, pois é preciso que o interessado conheça outras vítimas do mesmo produto ou serviço, igualmente dispostas a ingressar em juízo; e, sobretudo, que cada um dos autores demonstre, no processo de conhecimento, os danos pessoais que sofreu, não bastando, evidentemente, que apenas um, ou alguns, sejam capazes de fazer semelhante prova: em se tratando de litisconsórcio não unitário, o sucesso de uns e o insucesso de outros conduziriam à procedência dos pedidos formulados por aqueles e à improcedência dos demais. Além disso, quando as normas de organização judiciária não limitam o número de litisconsortes por processo – o que diminui o impacto do ajuizamento da ação em face do consumidor-, a prática do foro tem demonstrado como se torna difícil o processamento de feitos nos quais atuam muitos litigantes, ainda quando concentrados no mesmo polo da relação processual.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo*

Todavia, cumpre salientar que a praxe forense tem demonstrado que os legitimados para a defesa dos direitos individuais homogêneos não tem demonstrado, com satisfação, a origem comum desses direitos, uma vez que, em muitos casos, se utilizam de um único caso para se valer da ação coletiva.

Veja-se que, em tese, um único caso poderia ser o suficiente para demonstrar a existência de um direito individual passível de defesa coletiva. Porém, como se está diante de uma demanda coletiva (com todas as consequências dela decorrente), não há como olvidar que o legitimado tenha plenas condições de que o caso litigioso não é único, mas sim representativo de outros.

Tendo isso em vista, tem-se uma discussão assente na doutrina brasileira que diz respeito à necessidade ou não de que, no caso de direitos individuais homogêneos, as questões comuns predominem sobre as questões individuais, o que resultaria na superioridade da ação coletiva.

O entendimento favorável a esse requisito encontra guarida na regra 23 da *Federal Rule* de 1966 para as *class actions for damages* do direito norte-americano.

Nos Estados Unidos, a *Rule 23* estabelece que a ação somente poderá ser conduzida sob a forma coletiva se estiverem presentes todos os requisitos previstos (*pre requisites*) no item (a), quais sejam, (i) a impraticabilidade da realização de litisconsórcio em razão da numerosidade dos integrantes do grupo; (ii) a existência de questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo; (iii) os pedidos formulados em juízo devem ser típicos daqueles do grupo defendido; e (iv) os interesses devem ser adequadamente representados.⁶⁷

Não obstante, a regramento estadunidense traz três hipóteses de cabimento, dentre as quais se destaca a *Rule 23 (b) (3)* que, em uma tradução livre, assim dispõe:

(b) Hipóteses de cabimento. Uma ação pode ser mantida como ação coletiva se os requisitos da subdivisão (a) forem satisfeitos e:

coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 141)

⁶⁷ A *Rule 23 (a)* assim dispõe:

“(a) PREREQUISITES. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

(2) there are questions of law or fact common to the class;

(3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”

(...)

(3) o juiz considera que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre qualquer questão individual e que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia. Em sua decisão sobre a superioridade da tutela coletiva, o juiz deverá levar em consideração, entre outras coisas: (A) o interesse dos membros do grupo em controlar individualmente a propositura ou defesa de ações individuais separadas; (B) a amplitude e natureza de qualquer litígio relacionado à controvérsia já ajuizado por ou contra os membros do grupo; (C) a conveniência ou inconveniência de concentrar com o julgamento de todas as pretensões num determinado juízo; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na administração dessa ação coletiva.⁶⁸

A doutrina aproxima essa hipótese de cabimento à tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, na medida em que aquela foi fonte inspiradora desta.⁶⁹

Uma interpretação apressada do inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor levaria ao entendimento de que o único requisito legal previsto para a tutela de direitos individuais homogêneos seria a origem comum.

Parcela da doutrina entende que essa origem comum seria a causa de pedir remota, o que induziria à admissibilidade da necessidade de que as questões comuns se sobreponham às questões individuais.

Nesse sentido, destaca-se a orientação de Ada Pellegrini Grinover:

Em tese, a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos. Inexistindo a prevalência dos

⁶⁸ A redação em inglês da Rule 23 (b) (3) é a seguinte:

“(b) TYPES OF CLASS ACTIONS. A class action may be maintained if is satisfied and if:

(...)

(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

⁶⁹ Antonio Gidi sustenta que “a *class action* prevista na *Rule 23 (b) (3)* é uma ação coletiva de natureza predominantemente indenizatória, fonte inspiradora das nossas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos. Seu nome mais tecnicamente preciso é *Rule 23 (b) (3) class action*. Todavia, devido ao seu caráter eminentemente pecuniário e indenizatório, é comumente conhecida como *class action for damages*. Em verdade, porém, o seu emprego não é limitado às pretensões indenizatórias: é cabível sempre que estiverem preenchidos os critérios mínimos da predominância das questões comuns e da superioridade da tutela coletiva. Em face de o seu requisito mais marcante ser a predominância de questões comuns, é também conhecida como *common question class action*.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007p. 161)

aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum. Provavelmente, poder-se-ia afirmar, em linha de princípio, que essa origem comum (ou causa) seria remota e não próxima. A adotar-se esse critério, dever-se-ia concluir que, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderia ser admitida, por falta 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 se entender que a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita, no sistema brasileiro, aos direitos homogêneos, a falta dessa característica levará à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haveria impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.⁷⁰

A jurista italiana também sustenta a necessidade de superioridade da ação coletiva, na medida em que a sentença genérica no processo coletivo (artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor) deve ser eficaz. Assim, se na fase de liquidação for necessário enfrentar questão tão complicadas quanto àquelas que surgiriam na fase de conhecimento, a sentença coletiva não seria útil, justamente pelo fato de não se tratar em direito efetivamente homogêneo, mas sim heterogêneo, o que afastaria o interesse processual (ausência de necessidade e de utilidade do provimento jurisdicional) do autor coletivo.⁷¹

Impende assinalar, ainda, que a homogeneidade de interesses legitima a via processual da ação civil pública às causas com interesses sociais relevantes, não se prestando a resolver pendências individuais. Desse modo, para que se verifique o

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 133.

⁷¹ A esse respeito, Ada Pellegrini Grinover sustenta: “Não é difícil, assim, estabelecer a possível correlação da exigência de superioridade da ação de classe, em relação a outros meios de solução dos litígios (própria da ‘common law’), com interesse-utilidade e o interesse-adequação do ‘civil law’. Se o provimento jurisdicional resultante da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não fosse tão eficaz quanto aquele que derivaria de ações individuais, a ação coletiva não se demonstraria útil à tutela dos referidos interesses. E, ademais, não se caracterizaria como a via adequada à sua proteção.

(...)

Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa, no caso concreto, a ponto de se tornar praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual reconhece a existência de dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente, o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva poderá ter sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 134 e 135)

cabimento da ação civil pública, é necessário que se esteja diante de um número razoável de pessoas com pretensões similares de origem comum,⁷²

Nesse particular, destaca-se o seguinte precedente que sedimenta a jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça (que foi objeto do Boletim Informativo nº 491 da Corte):

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO NÃO DEMONSTRADO. INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DE AÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para configuração de legitimidade ativa e de interesse processual de associação para a propositura de ação civil pública em defesa de consumidores, faz-se necessário que a inicial da lide demonstre ter por objeto a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Não é cabível o ajuizamento de ação coletiva para a defesa de interesses meramente individuais, o que importa carência de ação.

2. Nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos, indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. O promovente da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados pelo fato de "origem comum", sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(STJ; REsp 823063/PR; Rel. Min. Raul Araújo; 4ª Turma; julgado em 14/02/2012; publicado no DJe de 22/02/2012; v.u.) – grifos não originais

Em outras palavras, o que efetivamente distingue os direitos individuais homogêneos dos demais direitos transindividuais é a determinabilidade dos sujeitos (ao menos em potencial), sendo que, quando do ajuizamento da ação, no caso dos direitos individuais homogêneos, já é possível identificar quem são os sujeitos substituídos processualmente.

Tudo isso motivou que a comissão de juristas encarregada de elaborar os anteprojetos de lei de reforma do Código de Defesa do Consumidor, dentre os quais se encontra o atual PLS nº 282/2012 – que versa sobre o processo coletivo – a propor que uma nova redação ao atual inciso III do parágrafo único do artigo 81 da lei consumerista nos seguintes termos:

⁷²Nesse particular, destaca-se o posicionamento de Sérgio Cruz Arenhart: “Outro critério que se tem empregado, especialmente na jurisprudência recente do STJ, para o enquadramento dos direitos individuais suscetíveis de proteção coletiva, é o da quantidade de pessoas envolvidas nos casos de massa.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 138)

Art. 81. (...)

§ 1º A ação coletiva, que caberá para a proteção de interesses ou direitos de qualquer natureza, indicados nos incisos deste parágrafo, será exercida quando se tratar de:

(...)

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela.

Dessa forma, o que se busca é justamente prestigiar a tutela dos direitos individuais homogêneos, evitando-se, assim, que a ação coletiva seja desvirtuada para tutelar direitos individuais puros, o que acaba por banalizar e desprestigiar o instituto.

1.6.2.4. Quadro comparativo.

Em atenção ao anteriormente exposto, a tabela abaixo sintetiza de forma clara as principais peculiaridades e diferenças dessas três espécies de direitos e interesses transindividuais, na medida em que aborda os seus aspectos objetivos e subjetivos⁷³:

Característica	Direitos eminentemente coletivos		Direitos acidentalmente coletivos
	Difusos	Coletivos <i>stricto sensu</i>	Individuais homogêneos
Fundamento	Art. 81, parágrafo único, I, CDC	Art. 81, parágrafo único, II, CDC	Art. 81, parágrafo único, III, CDC
Aspecto subjetivo	Indeterminação dos titulares Inexistência de relação	Determinabilidade dos titulares (grupo, categoria ou classe)	Determinabilidade dos titulares Existência de relação

⁷³ A esse respeito, destaca-se a lição de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida: “O direito positivo elegeu basicamente dois critérios para caracterizar e diferenciar três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais: 1) um critério objetivo, relativo à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto (bem jurídico); e 2) um critério subjetivo, referente à indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares, que estão ligados por ‘circunstâncias de fato’, por uma ‘relação jurídica-base’ ou pela ‘origem comum’; são os elementos comuns que justificam e possibilitam a tutela jurisdicional coletiva. (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 3)

	jurídica base entre eles	Existência de relação jurídica base	jurídica base (origem comum)
Aspecto objetivo	Indivisibilidade do bem jurídico	Indivisibilidade do bem jurídico	Divisibilidade do objeto

1.6.3. Os direitos fundamentais nessa realidade.

A despeito de uma parcela da doutrina entender que os direitos transindividuais não podem ser entendidos como direitos fundamentais, uma vez que a classificação de um direito “como difuso ou coletivo só pode existir dentro de uma classificação que tome como pressuposto não a evolução, mas sim a forma de tutela jurisdicional”⁷⁴, parece que o posicionamento mais adequado é no sentido contrário.

Não se pode perder de vista que os princípios da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal) e da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) devem permear toda a interpretação do texto constitucional, inclusive no que toca àqueles direitos fundamentais de terceira dimensão, que, como visto anteriormente, estão relacionados à solidariedade entre os seus titulares.

E essa noção de solidariedade, de fraternidade permeia os direitos transindividuais, justamente em decorrência das características que esses direitos possuem, sendo que a sua dispersão na sociedade é tamanha que, muitas vezes, não é possível se identificar os seus titulares.

Trata-se de direitos que estão relacionados à própria subsistência do homem e de sua vida em sociedade, bem como de alguns grupos vulneráveis que, com o avanço das relações humanas, demandam uma maior proteção, justamente para que se tenha a efetiva consecução da igualdade.

A esse cenário, acrescenta-se também o fato de que a tutela dos direitos transindividuais está permeado pelos ideais da cidadania, uma vez que por meio do processo coletivo a própria sociedade (organizada em sindicatos e associações, por

⁷⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

exemplo) ou o próprio cidadão (eleitor) podem defender direitos e interesses da coletividade, buscando-se, assim, a proteção de direitos fundamentais.⁷⁵

Em outras palavras, em razão do reflexo social que a transgressão a um direito ou interesse transindividual pode ocasionar (especialmente ao se considerar que se está diante de um conflito de massa), a sociedade não pode se ver inerte à espera de atuação do Poder Público (aqui incluído o Ministério Público).

Com isso, pode-se concluir que os ditames da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da cidadania são os que norteiam a interpretação dos direitos transindividuais, que devem ser enxergados como verdadeiros direitos fundamentais.

Não se desconhece que algumas características dos direitos fundamentais (abordadas no tópico 1.3 supra) podem dificultar o enquadramento dos direitos transindividuais, tais como ocorre com a imprescritibilidade.

Todavia, é importante deixar claro que nenhuma pessoa deixa de ter direito a um meio ambiente sadio ou de ser consumidora pelo fato da não utilização desse direito.

O que se tem não é a perda do direito propriamente dito, mas sim o perecimento da pretensão indenizatória, por exemplo, a que a pessoa teria direito em virtude de um defeito do produto ou do serviço (artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor).

Em outras palavras, a defesa dos direitos e interesses transindividuais, ao observar os fundamentos da República (notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, II e III da Constituição Federal), acaba por ir ao encontro

⁷⁵ Nesse particular, destacam-se os ensinamentos de Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, para quem a tutela dos interesses difusos não pode ser limitada ao direito ambiental, ao direito do consumidor e à proteção do patrimônio cultural:

“Ela deve alcançar os novos conflitos de massa, notadamente na área social, que reivindicam não apenas melhoria de condições, mas, para os excluídos, o próprio acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, o direito à moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à educação, à segurança, à previdência e assistência sociais, ao lazer.

Somente assim é possível dar efetividade aos postulados da cidadania e da dignidade da pessoa humana, erigidos como fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, incisos II e III, da Lei Maior), bem como atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil declarados no art. 3º da mesma Carta: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 6-7)

dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º do texto constitucional.

Ademais, não se pode perder de vista que desde o surgimento dos direitos fundamentais, é possível concluir que um movimento surgiu na década de 70 demonstrando que alguns direitos (tido como transindividuais) não podem ser enquadrados nem no direito público nem no direito privado, mas que em razão de suas peculiaridades, intimamente relacionadas à dignidade da pessoa humana, demandavam uma nova forma de tutela, haja vista que os instrumentos até então existentes eram insuficientes.

Nesse cenário, ganha relevo a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que identificam os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão, constituindo uma nova forma de limitação do poder estatal (com especial enfoque para a gestão da coisa pública, agora com influência de corpos intermediários, que se colocam entre o Estado e o indivíduo):

Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova *geração* de direitos fundamentais, estranha aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público; e aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *dare*, *facere* ou *prestare*, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de *terceira geração*, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldem à nova realidade.⁷⁶

Ada Pellegrini Grinover é ainda mais enfática ao dispor sobre a importância da tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais:

(...) do ponto de vista social, significaram o reconhecimento e a necessidade de tutela de interesses espalhados e informais voltados a necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas⁷⁷

⁷⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 359.

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In.: Revista de Processo, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

É nesse ponto que reside o cerne do presente estudo, qual seja, a partir do confronto de alguns institutos processuais do processo individual com os do processo coletivo, demonstrar que somente com a quebra de paradigma do processo civil individual é que a ação coletiva cumprirá o seu mandamento constitucional como um genuíno instrumento de pacificação social (que é o escopo da própria jurisdição) e de acesso a uma prestação da tutela jurisdicional de forma mais efetiva, célere e justa (artigo 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal).

Mas, para tanto, precisa-se sempre ter em mente que os direitos transindividuais, tutelados por meio do processo coletivo, são direitos fundamentais, o que, por si só, já elucida a importância daquilo que será abordado nos capítulos seguintes.

CAPÍTULO 2: UMA NOVA VISÃO DE ACESSO À JUSTIÇA

2.1. Delimitação terminológica.

Sempre foi tormentoso delimitar e até mesmo conceituar o direito fundamental de acesso à justiça.

Os primeiros textos constitucionais a assegurarem esse direito fundamental tinham o escopo de permitir que o indivíduo se socorresse do Poder Judiciário para a solução do seu conflito de interesses, em uma visão nitidamente burguesa, focada em direitos individuais, abstendo-se, o Estado, de qualquer atividade que não fosse impedir que esse direito fosse suprimido.⁷⁸

Todavia, um estudo primoroso de Mauro Cappelletti e Bryant Garth trouxe à tona uma nova realidade, que vai muito além do mero acesso ao Poder Judiciário⁷⁹, o que demanda uma verdadeira atitude proativa do Estado.

O estudo mencionado, utilizado como um dos alicerces do presente estudo, fruto do Projeto de Florença⁸⁰ (idealizado por aqueles renomados autores), foi finalizado no final dos anos 70, ainda reflete um tema sensível para os juristas.

Para tanto, os nobres autores passam pelo reconhecimento de alguns obstáculos para o efetivo acesso à justiça: (i) a dificuldade que boa parcela dos jurisdicionados, especialmente aqueles mais pobres, tinha (e ainda tem) de

⁷⁸ Nesse sentido, destacam-se as palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth: “O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigente. **Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.** A teoria era de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9) – grifos não originais

⁷⁹ Essa é a orientação de Kazuo Watanabe: “A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128)

⁸⁰ Acerca do Projeto de Florença, Pedro Lenza afirma que “os autores observaram que o processo evolutivo dos instrumentos destacados para solucionar a problemática do *acesso efetivo à Justiça*, nos países do Ocidente, está sedimentado em três grandes *ondas renovatórias*, cada qual, do seu modo, tentando solucionar a problemática de *acesso à ordem jurídica justa*.” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 143)

reconhecer a existência de seus direitos e, assim, defende-los em juízo⁸¹; (ii) os elevados custos dos processos judiciais; (iii) a disparidade existente entre os “litigantes eventuais” e os “litigantes habituais”⁸²; e (iv) as dificuldades inerentes à defesa dos direitos difusos.

Tendo isso em vista, e à luz da experiência de alguns países, os autores propõem três ondas de reformas, apresentando soluções práticas para os problemas de acesso à justiça.

A primeira onda, já naquela época observada por muitos países, diz respeito à assistência jurídica para os pobres, buscando justamente sanar os problemas que aqueles menos favorecidos tinham para o acesso a uma justiça efetiva.

Já a segunda onda de reformas dizia respeito à necessidade de propiciar a representação jurídica adequada aos direitos difusos, especialmente no tocante ao direito ambiental e ao direito dos consumidores.

⁸¹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth sustentam que “A ‘capacidade jurídica’ pessoal, se se relaciona com as vantagens de recursos financeiros e diferenças de educação meio e *status* social, é um conceito muito mais rico, e de crucial importância na determinação da acessibilidade da justiça. Ele enfoca as inúmeras barreiras que precisam ser *pessoalmente* superadas, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado através de nosso aparelho judiciário. Muitas (senão a maior parte) das pessoas comuns não podem – ou, ao menos, não conseguem – superar essas barreiras para na maioria dos tipos de processos.” (*Acesso à justiça*, p. 22) Para elucidar a argumentação, eles trazem um exemplo que pode ser plenamente transportado para os dias atuais: “Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que uma assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23) Eles concluem com a seguinte afirmação: **“Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção.”** (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 23)

⁸² À luz dos ensinamentos de Galanter, os nobres autores assim abordam esse tema: “O Professor Galanter desenvolveu uma distinção entre o que ele chama de litigantes ‘eventuais’ e ‘habituais’, baseado na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades desenvolvidas, com experiência judicial mais intensa.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25). Para Galanter, segundo os autores, as vantagens dos “litigantes habituais” são inúmeras, tais como “1) maior experiência com Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.” (*Acesso à justiça*, p. 25) Tendo isso em vista, Mauro Cappelletti e Bryant Garth concluem: “Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes, que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar amparo do sistema judicial.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25-26)

Por fim, a terceira onda que, de acordo com os autores, engloba as outras duas ondas, vai além ao prever a necessidade de uma reforma ampla, centrando “sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas.”⁸³ Aqui, o que se busca, portanto, é uma atuação proativa do Estado no sentido de organizar todas as suas estruturas (não somente no que toca ao Poder Judiciário), para efetivamente combater as mazelas que impedem o efetivo acesso à justiça.

2.2. O acesso à justiça e seu arcabouço constitucional

É notório que a Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, traz um viés diferenciado no que toca ao acesso à justiça, mas, antes da análise de suas disposições aplicáveis à espécie, é necessário fazer um relato de como esse direito fundamental foi observado ao longo das antigas Constituições brasileiras.

2.2.1. As Constituições anteriores.

O primeiro texto constitucional a trazer dispositivo similar ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal vigente foi a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946.

O artigo 141, § 4º, da Constituição de 1946 estabelecia que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Frisa-se que, nesse momento, ainda não se fazia menção aos direitos transindividuais (direitos coletivos *lato sensu*), na medida em que o dispositivo em tela era expresso ao assegurar o direito de acesso ao Poder Judiciário somente para a tutela de direitos individuais.

⁸³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-68.

Nesse particular, não se desconhece que a origem da ação popular remonta ao direito romano⁸⁴, sendo que a utilização, pela primeira vez, desse *nomen juris* em texto constitucional nacional ocorreu na Constituição de 1824 (artigos 156 e 157). Todavia, em razão de sua pouca utilização – inclusive até mesmo nos dias atuais –, pode-se falar que foi com o texto constitucional de 1946 que o acesso à justiça foi contemplado de forma mais próxima àquela como hoje ele é entendido.⁸⁵

Esse direito de acesso à justiça foi restringido pelo Ato Institucional nº 3, de 5 de fevereiro de 1966, que, em seu artigo 6º previa que “ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele.” Tratava-se, assim, de medida supressora de direito fundamental típica de um Estado totalitário.

Um novo baque ao direito de acesso à justiça ocorreu na vigência da Constituição de 1967, amplamente modificada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, especificamente com o advento da Emenda Constitucional nº 7 de 1977 que inseriu o § 4º ao artigo 151. Esse dispositivo, em sua primeira parte, mantinha o disposto no texto constitucional de 1946 (“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”), mas o problema surgiu na segunda parte do dispositivo: “O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.”

⁸⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 849.

⁸⁵ No que toca especificamente à ação popular, a primeira vez que o texto constitucional brasileiro se utilizou desse *nomen juris* foi com a Constituição do Império de 1824, sendo que a Constituição de 1891 aboliu a sua utilização. A ação popular retornou ao ordenamento jurídico pátrio com a Constituição Federal de 1934 (artigo 113, nº 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”), tendo sido novamente abolida pela Constituição de 1937. A Constituição de 1946 restabeleceu o instituto (artigo 141, § 38: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista”), que foi mantido na Constituição de 1967 (artigo 150, § 31: “Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas”) e na Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (que manteve a mesma redação do texto constitucional de 1967, mas agora no artigo 153, § 31). A carta constitucional de 1988 prevê o instituto da ação popular no artigo 5º, LXXIII, *in verbis*: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

2.2.2. A Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito fundamental de acesso à justiça no inciso XXXV de seu artigo 5º, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se comparado aos dispositivos das Constituições anteriores, o texto constitucional vigente inovou ao não limitar o acesso à justiça para a tutela de direitos meramente individuais.⁸⁶ O silêncio do legislador, nesse particular, foi eloquente, ou seja, proposital, também se permitindo, com isso, a tutela de direitos transindividuais. Isso permitiu, por exemplo, que a ação civil pública ganhasse guarida constitucional (artigo 129, III).

Veja-se, por oportuno, que agora, via de regra, o jurisdicionado não está mais obrigado a esgotar a via administrativa para se socorrer do Poder Judiciário, ressalva feita aos casos atinentes à Justiça Desportiva, hipótese em que o artigo 217, § 1º, da Constituição Federal prevê que “o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Todavia, é importante salientar que o texto constitucional também estabeleceu o prazo máximo de 60 dias, contados da instauração do processo, para que a justiça desportiva profira a sua decisão final (artigo 217, § 2º, da Constituição Federal).

Ganha relevo nesse estudo o fato de a Constituição Federal de 1988 ter reconhecido inúmeros direitos fundamentais do cidadão, além de assegurar a sua mais ampla tutela por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Tudo isso, aliado a uma nova atitude do jurisdicionado, que passou a se utilizar do Estado-juiz para solucionar os seus conflitos de interesses, resultou em uma proliferação de processos o que, somado à falta de estrutura do Poder Judiciário, resultou numa demora desarrazoável do trâmite das demandas.

⁸⁶ Nesse sentido, ganha relevo os ensinamentos de Nelson Nery Junior: “Em redação mais técnica do que a da CF/1969 153 § 4º, que dizia lesão a direito ‘individual’, o novo texto consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também conhecido como princípio do direito de ação. Isto quer dizer que todos tem acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175)

Esse atraso na prestação da tutela jurisdicional resultou em mudanças legislativas, especialmente da Lei nº 8.952/1994, que conferiu nova redação ao artigo 273 do Código de Processo Civil para o fim de disciplinar, de forma geral, a tutela antecipada.

A tutela antecipada, nada mais é do que, como o próprio nome do instituto já demonstra, a antecipação dos efeitos que a parte busca com a prolação da decisão final (sentença) de mérito. Em outras palavras, com o deferimento dessa medida de urgência, assegura-se que o direito da parte, lesado ou ameaçado, não pereça ou se torne de difícil ou incerta reparação e que efetivamente as partes possam gozar dos efeitos da tutela jurisdicional exauriente, o que dificilmente ocorreria se não fosse o deferimento da tutela antecipada.⁸⁷

Com essa alteração legislativa reconheceu-se que, muitas vezes, o jurisdicionado não pode esperar o trâmite processual inerente ao devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal) e ao contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) – que demandam um lapso temporal inerente à própria amplitude desses direitos –, sob pena de perecimento de seu direito.

Todavia, essa medida do legislador mostrou-se insuficiente para desafogar o Estado-juiz.

Nesse particular, não se pode perder de vista que o Estado, ao ter o monopólio da prestação da tutela jurisdicional, deve exercer a sua função de forma justa, adequada⁸⁸ e tempestiva, ou seja, dentro de um lapso temporal razoável à luz dos limites estabelecidos na lide.

⁸⁷ A esse respeito merece destaque o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno: “A tutela antecipada, vale a ênfase, é assim chamada porque precipita a produção dos efeitos práticos de uma sentença, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, pois não seriam sentidos na realidade concreta, no plano exterior ao processo, no plano material, portanto, até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento de recursos de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado”. (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33) Nesse mesmo sentido encontramos os ensinamentos de Teori Albino Zavascki: “Efeitos da tutela são os que podem ser produzidos pela sentença de procedência. Antecipar significa adiantar no tempo, fazer antes do tempo previsto. Os efeitos antecipáveis são, assim, os potencialmente decorrentes do conteúdo da sentença de mérito, que varia segundo a natureza do pedido e, conseqüentemente, da sentença que o acolher”. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Tutela antecipada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.86).

⁸⁸ Novamente se socorre da lição de Nelson Nery Junior: “Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos tem o direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja *adequada*, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quando a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e*

A demora da prestação jurisdicional afugenta o jurisdicionado de se socorrer do Poder Judiciário para a solução de seu problema (direito lesado ou ameaçado) na medida em que os efeitos (jurídicos, econômicos, fáticos, psicológicos etc.) de um processo (ainda mais se ele for moroso, como na maioria das vezes o é) perante as partes podem ser extremamente danosos, sendo que, ademais, em muitos casos o jurisdicionado não pode esperar todo o trâmite processual para obter o bem da vida pleiteado.

A primeira etapa para solucionar esse problema passa pela identificação do acesso à justiça, na qualidade de direito fundamental que o é inerente, como um corolário da dignidade da pessoa humana, que, como exposto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Tendo isso em vista, o constituinte reformador promulgou a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, também denominada de “Emenda da reforma do Poder Judiciário”.

Uma das alterações trazidas por essa emenda foi a inclusão do inciso LXXVIII ao artigo 5º do texto constitucional, que prevê que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Trata-se de disposição que já poderia ser depreendida do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, uma vez que é inerente ao direito fundamental de acesso à justiça que a tutela jurisdicional seja prestada de forma tempestiva.⁸⁹

O inciso LXXVIII do mencionado artigo 5º do texto constitucional deve ser interpretado à luz de todo o ordenamento constitucional, sob pena de se pregar e buscar uma celeridade processual desenfreada, que, por sua vez, acabe por violar outros preceitos raros ao constituinte pátrio – tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa –, preceitos esses que, frisa-se, estão intimamente relacionados aos ditames do acesso à justiça.

administrativo. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 175)

⁸⁹ José Afonso da Silva, ao comentar o inciso LXXVIII do artigo 5º da constituição Federal, sustenta que “o inciso foi acrescido pela Emenda Constitucional 45/2004 com a nobre preocupação de garantir maior presteza na tramitação de processos judiciais e administrativos. A garantia à prestação jurisdicional é afirmada no inciso XXXV do mesmo art. 5º, que, embora fonte do direito de acesso à Justiça, não foi capaz de criar condições de tramitação rápida dos processos judiciais.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 176)

O Professor Nelson Nery Junior⁹⁰, em obra singular acerca dos princípios processuais na Constituição Federal, ensina que para se evitar a supressão de outros direitos constitucionalmente assegurados, a duração razoável do processo deve ser vista à luz de elementos objetivos, tais como (i) a natureza do processo e a complexidade da causa; (ii) o comportamento adotado tanto pelas partes como por seus advogados; (iii) o comportamento de todas as autoridades judiciárias e administrativas competentes; e (iv) a observância aos prazos legalmente estabelecidos para a prática de determinados atos processuais. Nesse particular, ressaltam-se as suas célebres palavras:

A busca da celeridade e razoável duração do processo não pode ser feita a esmo, de qualquer jeito, a qualquer preço, desrespeitando outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito. O *mito da rapidez acima de tudo* e o *submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão* são alguns dos aspectos apontados pela doutrina como contraponto à celeridade e à razoável duração do processo que, por isso, devem ser analisados e ponderados juntamente com outros valores e direitos constitucionais fundamentais, notadamente o direito ao contraditório e à ampla defesa.

O que se deve buscar não é uma 'justiça fulminante', mas apenas uma 'duração razoável do processo', respeitados os demais valores constitucionais.⁹¹

Em suma, o que se tem é a necessidade de a justiça ser obtida da forma mais rápida possível, devendo a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) ser analisada à luz de outros princípios, tais como, por exemplo, o devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal), o contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal) e o juiz natural (artigo 5º, LIII, da Constituição Federal), permitindo-se, assim, a efetiva consecução do direito fundamental de acesso à justiça.

2.3. O acesso à justiça e os tratados internacionais

⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 320.

⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 323.

É importante salientar que o acesso à justiça, por se tratar de direito fundamental utilizado como forma de assegurar a plenitude dos demais direitos fundamentais, também encontra guarida em tratados internacionais.

Um dos primeiros instrumentos a trazê-lo foi a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950 que, em seu artigo 6º,1, ao estabelecer o direito a um processo equitativo, assim prevê:

Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Outro tratado internacional relevante a esse respeito é a Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 – conhecido como Pacto de San José da Costa Rica –, que assim dispõe em seu artigo 8º, 1:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse particular, cumpre salientar que o Brasil é signatário do Pacto de San José de Costa Rica, que foi incorporado ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 678/1992.

Não se desconhece que, muitas vezes, esses diplomas visam tutelar a defesa dos indivíduos perante o Estado, especialmente no que toca às matérias de direito penal.

Porém, hoje, esses tratados devem ser vistos como verdadeiros instrumentos aptos a assegurar o pleno acesso à justiça pelos indivíduos – tanto em

matéria penal, como também na cível e na administrativa –, permitindo-se, assim, a ampla tutela dos demais direitos fundamentais.⁹²

2.4. Visão contemporânea de acesso à justiça.

Para uma correta adequação do direito fundamental de acesso à justiça, mostra-se necessário observar, inicialmente, o posicionamento de Kazuo Watanabe, para quem a resolução de muitos problemas passa por uma correta e adequada análise da situação social, política e econômica do Brasil:

Aspecto de extrema relevância é o perfeito conhecimento da realidade sócio-político-econômica do País, para que em relação a ela se pense na correta estruturação dos Poderes e adequada organização da Justiça, se trace uma correta estratégia de canalização e resolução dos conflitos e se organizem convenientemente os instrumentos processuais adequados à realização efetiva de direitos.⁹³

Em outras palavras, para que o cidadão tenha um efetivo acesso à justiça não basta que ele tenha assegurado o seu direito de socorrer ao Poder Judiciário para proteger um direito ameaçado ou lesado, mas as condições em que a prestação da tutela jurisdicional ocorre são determinantes na fluência do prazo da demanda.

Assim, para um correto enquadramento do que deve ser entendido pelo direito fundamental do acesso à justiça, alguns pontos indispensáveis devem ser combatidos, tais como: (i) a quebra da visão de que a celeridade processual resulta em uma decisão justa; (ii) a necessidade de os membros do Poder Judiciário estarem preparados para enfrentar litígios com direitos ou interesses que fogem aos habituais (tais como os transindividuais), além de terem à disposição um aparato técnico adequado para a prestação da tutela jurisdicional; (iii) a difusão no âmago da sociedade dos meios alternativos de soluções de conflitos; (iv) o combate à insegurança jurídica que, muitas vezes, é difundida pelo próprio Poder Judiciário; e (v) a necessidade de se prestigiar o processo coletivo.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 317.

⁹³ WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 129.

Frisa-se que o presente estudo se deterá, com maiores detalhes, somente no que tange ao processo coletivo, mas não há como falar em acesso à justiça sem tratar, ainda que brevemente, sobre os outros pontos levantados.

Todavia, antes de se adentrar nessa nova visão de acesso à justiça, mostra-se salutar observar o Poder Judiciário brasileiro, especialmente naquele aspecto que muitos chamam de “crise”, decorrente da morosidade com que tramitam os processos e o elevado custo que pode assumir.

Como visto, a Carta Constitucional de 1988 assegurou de forma ampla o acesso à justiça em seu artigo 5º, XXXV. Isso, atrelado à cultura brasileira de desapego às leis e atos normativos, ocasionou na procura massiva do jurisdicionado pelo Poder Judiciário, uma vez que ele há tempos é visto como o único capaz de assegurar um direito.

Veja-se que essa constatação passa pelo reconhecimento da falência do Poder Executivo em administrar situações conflituosas, o que somente é agravado pelo fato de o Poder Público (em todas as suas esferas, mas principalmente a Federal) ser o maior “freguês” do Poder Judiciário.

Assim, aqueles que deveriam ser os primeiros a seguir as regras (muitas vezes por eles mesmo instituídas), são quem contribui para o seu desrespeito.

Soma-se a isso, o fato de a sociedade brasileira poder ser caracterizada como uma sociedade de massa, que também acarretam conflitos e ilícitos em massa.⁹⁴

Todos esses conflitos, por não serem resolvidos administrativamente (em grande parte das vezes por falta de preparo, ou até mesmo de boa vontade, do Poder Público e dos grandes fornecedores), acabam por colimar numa enxurrada de ações judiciais, sobrecarregando o Poder Judiciário, o qual não tinha (e ainda não tem) estrutura técnica, física, econômica e de funcionários para prestar a tutela jurisdicional de forma adequada.

Nesse cenário, tem-se uma demora desarrazoável do processo, o que acaba por frustrar o jurisdicionado, uma vez que ninguém quer esperar por anos (às vezes décadas) para ter o bem da vida pleiteado em juízo.

⁹⁴ No mesmo sentido, destaca-se a lição de Pedro Lenza: “No entanto, falar-se em *acesso à Justiça* significa examinar diversos outros óbices que impediriam a prestação jurisdicional justa, principalmente com o advento da *sociedade de massa*, cujos conflitos, também de massa, inevitavelmente, trouxeram outras necessidades antes inexpressivas.” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 145)

E pior, essa demora pode ocasionar que os efeitos práticos da sentença não sejam mais sentidos pelo titular do direito material quando do trânsito em julgado do processo.⁹⁵

Nesse cenário, encontra-se o procedimento sumário (regido pelos artigos 275 e seguintes do Código de Processo Civil), o qual estabelece a concentração e a supressão de alguns atos processuais, buscando-se justamente a celeridade da prestação jurisdicional.⁹⁶

Além disso, inúmeras alterações constitucionais e legislativas foram realizadas com o escopo de dar maior celeridade aos processos – como é o caso da decisão saneadora (artigo 331, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, com as redações dadas pelas Leis nº 8.952/1995 e 10.444/2002)⁹⁷ e da tutela antecipada

⁹⁵ Nesse sentido, ressalta-se o posicionamento de Cassio Scarpinella Bueno: “O que é importante, pois, ter em mente é que *tutela jurisdicional* significa, a um tempo, ou ‘tipo’ de proteção pedida ao Estado-juiz, mas também – se não principalmente – os *efeitos práticos* dessa proteção no plano do direito material. Não basta que o juiz profira sua sentença ou, mais amplamente, que ele decida, mesmo que antecipadamente. Isso não é suficiente para que ele entregue ao jurisdicionado que tem razão, mesmo que sem ânimo de definitividade, a ‘tutela jurisdicional’. É mister que aquilo que estiver decidido pelo magistrado possa, vez por todas, surtir efeitos práticos e palpáveis, isto é, efeitos para *fora* do processo, no plano do direito material.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 23) Ele continua: “A tutela antecipada, vale a ênfase, é assim chamada porque precipita a produção dos efeitos práticos de uma sentença, os quais, de outro modo, não seriam perceptíveis, pois não seriam sentidos na realidade concreta, no plano exterior ao processo, no plano material, portanto até um evento futuro: proferimento da sentença, processamento de recursos de apelação com efeito suspensivo e, eventualmente, seu trânsito em julgado.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 33)

⁹⁶ Acerca da importância do procedimento sumário para a efetividade da tutela jurisdicional, merece destaque a lição de Gilson Delgado Miranda:

“O procedimento, considerado numa sucessão de atos em movimentação e concatenados, é determinante à prestação jurisdicional. Assim, a sumarização dos atos surge como ponto marcante para a efetividade do processo, pois permite a solução da lide de forma mais rápida.

O acesso à justiça não deve ser apenas formal, mas também e real e tempestivo. O procedimento, portanto, deve ser organizado para que se possa alcançar o triplice predicado: justiça-efetividade-tempestividade.” (MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 251)

⁹⁷ A respeito da importância da decisão saneadora para o curso do processo, destacam-se os ensinamentos (proferidos muito tempo antes da entrada em vigor das Leis nº 8.952/1995 e 10.444/2002) de Galeano Lacerda:

“A prestação jurisdicional cumpre-se, pois, mediante uma atividade onerosa, forçada pelo próprio interesse dos litigantes e, necessariamente, desenrolada no tempo. Essa atividade, acrescida do fator temporal, representa o custo, o passivo, da composição da lide.

O bem resultante da sentença padece, portanto, do desgaste, do *deficit* proveniente de despesas de obtenção e prejuízos causados pelo tempo de não uso, ou, pelo menos, não uso pacífico, por parte de seu titular.

(...)

A função da economia no processo transcende, assim, a mera preocupação individualista de poupar trabalho a juízes e partes, de frear gastos excessivos, de respeitar o dogmatismo dos prazos. Não visa à comodidade dos agentes da atividade processual, mas à ânsia de perfeição da justiça humana – reconhecer e proclamar o direito, com o menor gravame possível.

O despacho saneador é dos marcos mais avançados dessa aspiração.

(artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação dadas pelas Leis nº 8.952/1995 e 10.444/2002) – e de resolver os inúmeros recursos que estavam (e ainda estão) pendentes de julgamento nos Tribunais Superiores, notadamente Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – para tanto foram criados a repercussão geral para o recurso extraordinário (artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, e artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, acrescentados pela Lei nº 11.418/2006) e o recurso especial repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei nº 11.672/2008).⁹⁸

É importante salientar que algumas dessas alterações muitas vezes afastam ainda mais o Poder Judiciário da sociedade, uma vez que se observa com cada vez mais frequência o fato de que o magistrado não tem se atentado para as peculiaridades do caso concreto, buscando sempre enquadrar, ainda que de forma equivocada, o caso a um enunciado sumular ou a um precedente dos Tribunais Superiores.

De qualquer forma, o que se tem visto não é a diminuição no número de ações, mas sim no número de recursos no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

Chega-se a essa conclusão pela análise dos números fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (“Justiça em números – 2013”):

Justiça Estadual – Estado de São Paulo	
1º grau de jurisdição – processos não criminais (2012)	
Novos casos de conhecimento	2.015.154

Colocado logo após a fase postulatória, no processos jurisdicional de conhecimento, por meio dêle decide o juiz questões relativas à legitimidade da relação processual. Dessa forma, pode ordenar o suprimimento oportuno de vícios sanáveis, e extinguir, no nascedouro, processos de constituição maculada por defeito irremediável, ou não sanável.

(...)

Graças a êle, deixam de realizar-se atos e despesas inúteis pela decisão da questão prejudicial. Impede-se que processo inviável transponha os umbrais da audiência. Ordena-se o suprimimento oportuno de vícios sanáveis, para que não contaminem os atos posteriores, libertos, assim, de repetições ou ratificações onerosas. Poupa-se tempo, evitam-se desperdícios.” (LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985, p. 5-6)

⁹⁸ Não se desconhece ainda a existência de Projeto de Emenda Constitucional (PEC 209/2012), que busca inserir o requisito da repercussão geral também para o recurso especial. Essa proposta tem por fim acrescentar o § 1º ao artigo 105 da Constituição Federal (renumerando o atual parágrafo único para § 2º) nos seguintes termos: “No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento.”

Casos de conhecimento pendentes	4.288.665
Casos de conhecimento baixados ⁹⁹	1.953.166

Analisando-se a tabela acima, constata-se que em São Paulo, no ano de 2012, o número de processos baixados (aqui incluindo aqueles que foram julgados), em 1º grau de jurisdição, foi inferior à quantidade de processos novos.

Por óbvio, nem todos os processos podem ser julgados em um ano, até mesmo pela complexidade que muitos deles carregam, o que pode ensejar a realização de perícia e de audiência.

Todavia, salta aos olhos o fato de existirem, em 2012, mais de 4 milhões de processos não criminais na justiça estadual de São Paulo ainda pendentes de julgamento.

Não se desconhece, porém, que houve uma melhora na velocidade do processo, o que poderá ser sentido de forma mais clara nas próximas pesquisas, na medida em que foi no final do ano de 2012 que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo implementou o processo eletrônico, o que, sem sombra de dúvida, atribuirá maior celeridade processual.

Frisa-se, ainda, que com o escopo de dar maior celeridade ao processo foi idealizado um Novo Código de Processo Civil, que recentemente foi votado na Câmara dos Deputados e retornou para o Senado Federal. Todavia, com a devida vênia aos posicionamentos em sentido contrário, também não parece que o projeto em questão, resolverá esse problema, até mesmo porque ele, em sua grande parte, visa o processo civil individual.

Não resta dúvida de que a salvação do Poder Judiciário não está na reforma do processo individual, mais sim na difusão, aprimoramento e prestígio do processo coletivo, que é um genuíno instrumento de acesso à justiça e de pacificação social.¹⁰⁰

⁹⁹ Para fins da estatística veiculada pelo Conselho Nacional de Justiça, “consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução”.

¹⁰⁰ Esse cenário foi reconhecido pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça que, ao se manifestarem sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, afirmaram que a diminuição do acúmulo de processos passa pelo prestígio ao processo coletivo: notícia disponível em <http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106724>, acesso em 08/08/2014.

Assim, como será visto com maiores detalhes a seguir, a solução do problema passa por, além de atacá-lo em seu nascedouro, adequar aquilo que se entende por acesso à justiça, atacando-se todas as barreiras a ele impostas e prestigiando-se o processo civil coletivo, sendo indispensável, para tanto, a quebra de paradigma do processo civil individual.

Feitas essas considerações, passa-se agora a analisar o acesso à justiça sobre um enfoque além do simples acesso ao Poder Judiciário, abordando pontos que tanto levam à proliferação de ação e de recursos como também podem auxiliar na redução de trabalho.

2.4.1. Celeridade e justiça da prestação jurisdicional.

Nesse ponto em particular, cumpre adiantar uma discussão que será travada um pouco mais adiante, quando da abordagem da necessidade de mudança de paradigma será objeto de análise mais minuciosa. De qualquer modo, a visão de Nelson Nery acerca de uma das causas da morosidade do Poder Judiciário é indispensável para o entendimento daquilo que deve ser tido como acesso à justiça:

Todavia, as pregações feitas por setores especializados em direito constitucional e processual, assim como também por setores leigos, no sentido de que são necessárias mudanças na legislação processual para 'acabar-se' com a morosidade da justiça, não deixam de ser um tanto quanto dissociadas das verdadeiras causas e, portanto, não são adequadas soluções para esses problemas por eles apontados.

Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infra-estrutura e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam.¹⁰¹

Não há como olvidar que o Poder Judiciário brasileiro é moroso e que isso acaba muitas vezes por afugentar o jurisdicionado. Todavia, também é indubitável

¹⁰¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 322-323.

que uma decisão injusta pode afastar ainda mais aqueles que precisam da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, um processo mais célere não necessariamente satisfará a contento os jurisdicionados.

A visão moderna de acesso à justiça, sustentada no presente estudo, vai além de garantir um processo rápido. A efetividade da prestação da tutela jurisdicional não passa somente pela celeridade, mas sim, e primordialmente, pela justiça.

O que se busca difundir na sociedade jurídica é que o acesso à justiça vai além de medidas que assegurem a celeridade do processo, a qual, como visto, deve observar critérios objetivos para que inúmeros princípios constitucionalmente assegurados não sejam violados.

2.4.2. Por um Poder Judiciário adequadamente preparado.

Além disso, a plenitude do acesso à justiça também passa por um Poder Judiciário preparado tecnicamente, que envolve dois viés, um jurídico (e também interdisciplinar) e outro tecnológico.

O Poder Judiciário deve estar atualizado acerca das novas discussões que circundam a sociedade, visto que cada vez mais ele tem sido instado a se manifestar acerca de questões jurídicas que fogem da trivial disputa entre Tício e Mévio. Essa atualização passa por cursos permanentes oferecidos a magistrados e servidores pelas Escolas de Magistratura.

É por esse motivo que o artigo 93, IV, da Constituição Federal, já com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004¹⁰², assim dispõe:

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados;”

¹⁰² Frisa-se que o texto originário já previa a necessidade da realização de cursos: “previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento de magistrados como requisitos para ingresso e promoção na carreira”.

Nesse particular, a título exemplificativo, cumpre salientar o artigo 3º do Estatuto da Escola Paulista da Magistratura, instituído pela Resolução nº 24/1988 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Artigo 3º - À ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA competirá promover:

I - Curso de Preparação à Carreira de Juiz;

II - Curso de Iniciação Funcional para novos Magistrados;

III - Curso de Extensão e Atualização para Magistrados;

IV - Curso de Altos Estudos;

V - Seminários, Simpósios, Painéis e outras atividades destinadas ao aprimoramento da Instituição, da carreira e do Juiz;

VI - Cursos para Servidores da Justiça.

Em outras palavras, não há como olvidar que para uma efetiva e justa prestação jurisdicional é imperioso que os integrantes do Poder Judiciário tenham a formação técnica adequada, sendo que as Escolas da Magistratura tem um papel fundamental nesse particular, o que não pode ser objeto de preconceito pela comunidade jurídica.¹⁰³

Não obstante, a prestação adequada da tutela jurisdicional – que é um dos escopos do direito fundamental ao acesso à justiça – também passa pelo aparelhamento adequado do Poder Judiciário.

Nesse cenário foi promulgada a Lei nº 11.419/2006 que disciplinou a informatização dos processos judiciais.

Tendo isso em vista, em São Paulo foram instalados alguns fóruns digitais, como é o caso do Foro Regional Nossa Senhora do Ó, para fins experimentais, mas foi somente com a edição da Resolução nº 511/2011 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça Paulista¹⁰⁴ é que teve início efetivo o processo eletrônico.

¹⁰³ Sobre o aprimoramento dos magistrados, Pedro Lenza sustenta que este “deve ser constante, sendo aí fundamental o papel das *Escolas da Magistratura e Associações de Magistrados*. Os cursos de aprimoramento, em razão do complexo papel assumido pelos magistrados na sociedade moderna, devem ter um caráter *interdisciplinar*, extrapolando o conteúdo puramente técnico. O magistrado, além do apurado conhecimento técnico da matéria, deve estar, acima de tudo, inserido na realidade social, devendo ter a exata consciência da responsabilidade política assumida perante a sociedade. As escolas devem inculpir na consciência de seus alunos o relevante papel que prestam para sociedade, despertando nos magistrados a indispensável satisfação do que fazem. Eventual inadequação de personalidade do juiz com o cargo que exerce, a que título for, seja moral, espiritual, psíquica, malgrado a sua problemática, desde que possível e não seja caso de seu afastamento, poderá ser corrigida através do apoio dado pela Escola.” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 313)

¹⁰⁴ Cumpre salientar que o Provimento nº 1.558/2008 do Conselho Superior da Magistratura já estabelecia, de forma bem incipiente, o processo eletrônico.

Todavia, não é crível que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, uma das maiores e mais ricas Cortes do mundo, demore tanto tempo para se utilizar do processo eletrônico, sendo salutar que nem todas as comarcas do Estado estão aparelhadas para o recebimento desse processo.

O quadro se torna assustador quando se constata que a situação em nível nacional é ainda mais crítica, já que a Corte Bandeirante possui um papel vanguardista no que toca à implementação de novidades tecnológicas e que visam reduzir o lapso temporal do processo.

Assusta ainda mais o fato de que somente em dezembro de 2013 o Conselho Nacional de Justiça ter editado a Resolução nº 185/2013 que efetivamente regulamentou o processo eletrônico, visto que a Resolução nº 121/2010 – que também veio tardiamente, já que a lei federal é de 2006 – não exauriu o tema.¹⁰⁵

Em outras palavras, apesar de tardiamente, aparentemente o Poder Judiciário tem começado a se preparar para o recebimento do processo eletrônico, sendo crucial, nesse particular, que ocorra ampla transparência para que o jurisdicionado (no processo representado por seu advogado) não saia prejudicado.¹⁰⁶

Aqui, a Ordem dos Advogados do Brasil tem um papel fundamental, qual seja, o de auxiliar os advogados a se adaptarem ao processo eletrônico, fornecendo cursos para tanto, uma vez que muitos deles podem encontrar obstáculos (culturais, sociais e econômicos, por exemplo), o que pode dificultar (e muitas vezes até mesmo impossibilitar) o exercício de seu mister.

105 A intenção do Conselho Nacional de Justiça é implementar um modelo único de processo eletrônico (denominado de PJe), tanto que o artigo 44 dessa resolução de 2013 veda a utilização de outro modelo. Não se desconhece que a utilização do mesmo sistema por todos as Cortes do país é salutar, facilitando o trabalho dos juristas, notadamente dos advogados, o que, diretamente, tem reflexo no acesso à justiça. Porém o seu advento tardio pode trazer inúmeros problemas, especialmente pelo fato de muitos Tribunais (como é o caso do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo) já terem implementado, a um alto custo, o seu próprio modelo. Essa é uma das causas de pedir do mandado de segurança impetrado, perante o Supremo Tribunal Federal, pela Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) e pela Associação dos Advogados de São Paulo (AASP). Também se discute essa resolução no mandado de segurança (MS 32767) impetrado pela FENAINFO (Federação das Empresas de Informática), sustentando violação à livre iniciativa e à concorrência. Os dois *mandamus*, atentos a causas de pedir diversas, visam rechaçar a necessidade de todos os Tribunais adotarem o mesmo sistema para a implementação do processo eletrônico.

¹⁰⁶ Também não se desconhece que as prerrogativas dos advogados devem ser plenamente observadas, notadamente no que tange a ter acesso aos autos do processo eletrônico independentemente de procuração (artigo 7º, XIII, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), o que decorre do próprio princípio da publicidade dos atos processuais (artigos 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal)- para a efetiva consecução do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Constituição Federal) –, com a ressalva, por óbvio, do processo que tramita em segredo de justiça (artigo 155 do Código de Processo Civil).

Assim, o efetivo acesso à justiça passa por um Poder Judiciário aparelhado e com magistrados e servidores tecnicamente preparados para a apreciação e julgamento dos direitos, alguns dos quais somente recentemente são judicializados, demandando uma maior atenção do julgador, especialmente pelo fato de existirem poucos (ou até mesmo inexistirem) precedentes a esse respeito.¹⁰⁷

2.4.3. Métodos alternativos para solução de conflitos.

Além disso, outros métodos de resoluções de conflitos devem ser prestigiados¹⁰⁸, devendo o Estado difundi-los no âmago da sociedade.

Nesse particular, deve-se romper com o paradigma de que o Estado é o único responsável por solucionar os conflitos de interesses¹⁰⁹, prestigiando-se, assim, a conciliação¹¹⁰, a mediação¹¹¹ e a arbitragem¹¹².

¹⁰⁷ Essa é a lição de Pedro Lenza:

“Em conjunto com o aprimoramento das técnicas de seleção e recrutamento dos magistrados, bem como através do incessante acompanhamento e suporte pelas escolas e associações, deve-se enfocar, ainda, a problemáticas das *condições de trabalho*.

Ainda infra-estrutura administrativa, os recursos materiais e pessoais devem ser suficientes a fim de que o magistrado possa cumprir a sua função social, de maneira isenta, correta, justa e rápida. O aprimoramento tecnológico do judiciário deve ser sempre cobrado e desenvolvido.

Não se pode conceber um Judiciário, no começo do novo milênio, com secretarias municiadas, ainda, de arcaicas e rudimentares máquinas de escrever, ou com computadores totalmente ‘atrofiados’. O obsoletismo deve ser banido do Poder Judiciário. A informatização deve nortear a organização dos tribunais, devendo ser aprimorados os instrumentos, inclusive de consulta dos autos através *Internet* e outros meios de transmissão de dados.” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 318)

¹⁰⁸ Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar da arbitragem, ensina que “Como é notório, a arbitragem figura no contexto da vida e da dinâmica dos direitos entre os meios alternativos postos pela ordem jurídica para a solução de controvérsias, ao lado da conciliação e da mediação. Ser uma via *alternativa* significa que constitui um *desvio* autorizado às partes, com renúncia ao caminho ordinário representado pelo recurso à jurisdição estatal.” (*A arbitragem na teoria geral do processo*, p. 31)

¹⁰⁹ Destaca-se a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: “O conceito de *acesso à justiça* não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se podem dizer *ufanistas e irrealistas* – atreladas à vetusta ideia do *monopólio* da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de ‘universalidade/ubiquidade da jurisdição’ e, também, aderente a uma leitura desmesurada da ‘facilitação do acesso’, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em ... *dever de ação*, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24)

¹¹⁰ Cândido Rangel Dinamarco conceitua conciliação como a “intercessão de algum sujeito entre os litigantes, com vista a persuadi-los à autocomposição. Pode dar-se antes do processo e com vista a evita-lo, qualificando-se nesse caso como conciliação *extraprocessual*; quando promovida no curso do processo é *endoprocessual*.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 126-127) Nesse caso, nos dizeres de Luiz Antonio Scavone Junior, “o conciliador, embora sugira a solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21)

Kazuo Watanabe, ao criticar o que chamou de “cultura da sentença”, retrata que o grande obstáculo para a concretização dos meios alternativos de solução de conflitos está nos próprios operadores do direito e em sua formação:

O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda a ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado.¹¹³

Apesar de no Brasil ainda existirem Câmaras Arbitrais que cobram honorários elevados, o que acaba por afugentar algumas causas, a arbitragem também possui grandes vantagens: (i) o melhor conhecimento do tema pelos árbitros especializados, os quais, não necessariamente, precisam ter formação jurídica (artigo 13, *caput*, da Lei nº 9.307/1996); (ii) a possibilidade de as partes optarem, expressamente, pelo julgamento por equidade (artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996)¹¹⁴, além de poderem escolher o sistema jurídico que irá reger o litígio arbitral (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996); e (iii) a ausência de publicidade dos atos (diversamente do que ocorre na jurisdição contenciosa – artigo 93, IX da Constituição Federal e artigo 155 do Código de Processo Civil), o que favorece a

¹¹¹ Na mediação, segundo Luiz Antonio Scavone Junior, “o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 21)

¹¹² Salta aos olhos a orientação de Carlos Alberto Carmona que, ao tecer comentários sobre o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, conceitua arbitragem da seguinte forma:

“A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhidos pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31-32)

¹¹³ WATANABE, Kazuo. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6.

¹¹⁴ Cumpre salientar que na jurisdição contenciosa, o juiz somente poderá julgar por equidade nos casos previstos em lei (artigo 127 do Código de Processo Civil).

preservação da privacidade das partes ou até mesmo os seus segredos empresariais.¹¹⁵

Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição (diferentemente da conciliação e da mediação), há a figura de um terceiro (árbitro) ou um colegiado (tribunal ou corte arbitral)¹¹⁶, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pelas partes, substituindo-se, assim, a atividade jurisdicional estatal pela privada. Somente será consensual a estipulação da arbitragem e das regras as quais ela será submetida (artigos 2º, § 1º, e 3º da Lei nº 9.307/1996), sendo que a participação das partes resume-se a formular pretensões e fornecer elementos para o julgamento.¹¹⁷

Veja-se que a decisão do árbitro se impõe às partes tal qual uma sentença judicial (artigos 18 e 31 da Lei nº 9.307/1996), tanto que ambas possuem força de título executivo judicial (artigo 475-N, I e IV, do Código de Processo Civil).

Na decisão arbitral também se tem um ato de força, o que, em razão da insatisfação da parte contrária, também pode dificultar a almejada pacificação social. Nessa situação, poder-se-á estar diante de uma litigiosidade contida (questão mal resolvida), o que pode gerar novos conflitos.¹¹⁸

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 128.

¹¹⁶ Aqui, cabe salientar a lição de Carlos Alberto Carmona ao diferenciar a figura do árbitro do arbitrador: “Árbitro é a pessoa física indicada pelas partes – ou por delegação delas – para solucionar uma controvérsia que envolva direito disponível. Arbitrador, por sua vez, é a pessoa física indicada pelos contratantes (partes, portanto, num contrato, e não numa demanda) para integrar o conteúdo de um negócio jurídico (ou para integrar o conteúdo de uma disposição de última vontade deixada incompleta pelo testador). O terceiro, nesta última hipóteses, não decide uma controvérsia entre as partes, resolvendo-se sua atividade apenas na eliminação de um contraste de opiniões, colaborando para a formação de um negócio jurídico.” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*, p. 228) Em outras palavras, conclui, o renomado Professor do Largo São Francisco, “quem nomeia um arbitrador não quer substituir a atividade jurisdicional estatal pela privada, mas almeja completar um negócio jurídico que nasceu (ou se tornou incompleto: seria o caso de estipular o preço do bem vendido, ou delimitar o objeto do contrato. Quem nomeia árbitro certamente está buscando uma decisão autoritativa para o caso concreto, e espera uma sentença, com os mesmos requisitos e atributos da decisão emanada do Estado.” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 228)

¹¹⁷ Francisco José Cahali afirma que: “A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário. Nesse contexto, consensual será a eleição deste instrumento, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão. A participação das partes, neste instrumento, volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio.” (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013)

¹¹⁸ Nesse particular, destaca-se o posicionamento de Joel Dias Figueira Júnior: “A sentença proferida pelo Estado-juiz ou a decisão arbitral representam, em última análise, um ato violento de imposição, à medida que exortam e obrigam a parte vencida a cumprir a ordem contida no respectivo comando, sob pena de submeter-se à execução forçada ou à autoexecutividade, quando se tratar de sentença

Já nos métodos de autocomposição, notadamente conciliação e mediação¹¹⁹, a solução do litígio é buscada pelas próprias partes, de forma consensual e não impositiva (como ocorre na arbitragem).¹²⁰ Aqui, o terceiro funciona como um intermediário ou facilitador da aproximação e da comunicação entre as partes, sempre instigando a reflexão sobre o conflito, sua origem e repercussões, para que elas, voluntariamente, cheguem a um consenso.

Nesse particular, cumpre salientar que esses métodos alternativos de solução de conflitos, especialmente a conciliação e a mediação, tem inúmeras vantagens quando confrontadas com a jurisdição contenciosa, dentre as quais se destacam: (i) um menor custo financeiro, na medida em que não haverá a necessidade de pagar taxas judiciais, honorários advocatícios e periciais, por exemplo; e (ii) o fato de na jurisdição contenciosa ocorrer uma longa duração dos trâmites processuais (o que é necessário, em grande parte, para assegurar a efetividade do devido processo legal – artigo 5º, LIV, da Constituição Federal).¹²¹

A doutrina mais autorizada apresenta dois fundamentos para a conciliação: (i) social, na medida em que esse método alternativo de solução de conflitos resulta na pacificação, o que não acaba sendo alcançada pela sentença, já que esta é

de natureza mandamental ou executiva *lato sensu*. Assim, como qualquer outro ato de força, causa, via de regra, descontentamento ao vencido e, não raras vezes, ao próprio vencedor que não obteve integralmente o resultado pretendido ou que não conseguiu transpor para a lide judicial todo o seu conflito sociológico de interesses.

Nesses casos, a insatisfação permanece latente – em grau mais ou menos intenso –, enquanto a tão desejada pacificação social continua parcialmente prejudicada. Por conseguinte, a litigiosidade contida poderá fomentar novos e talvez intermináveis conflitos. Isso porque a sentença ou a decisão arbitral que acolhe ou rejeita o pedido formulado inicialmente pelo postulante não soluciona o conflito sociológico, mas simplesmente compõe a lide processual que, por sua vez, significa nada mais do que a parcela do litígio que foi levado ao conhecimento do juiz ou árbitro.” (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 129)

¹¹⁹ Francisco José Cahali acrescenta ainda a negociação (também chamada de transação) que, apesar de estar costumeira utilizada para a contratação (formação de relações jurídicas), também pode ser utilizada como um método de resolução de conflitos, na medida em que as partes tentam resolver as suas divergências diretamente, sem a presença de um conciliador/mediador, sendo que eventual terceiro somente exercerá o papel de representante (CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39).

¹²⁰ Luiz Antonio Scavone Junior afirma que “Por outro lado, a conciliação e a mediação espelham autocomposição, o que se afirma na exata medida em que o mediador e o conciliador se restringem a, respectivamente, orientar as partes e sugerir a solução do conflito, de tal sorte que não podem, como faz o juiz ou o árbitro, impor qualquer decisão.” (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22)

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 127-128.

impositiva, enquanto aquela previne situações de conflitos¹²²; e (ii) político, uma vez que as partes interessadas decidem a sua própria sorte, permitindo que os jurisdicionados participem da administração da justiça.¹²³

Atento a essa necessidade de assegurar métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente os de autocomposição, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, dispondo sobre “a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.

Essa resolução, logo em seus considerandos, já trouxe o reconhecimento de inúmeros pontos cruciais, dentre os quais merecem destaque: (i) que o direito de acesso à justiça implica no acesso a uma ordem jurídica justa; (ii) a incumbência do Poder Judiciário de “estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais”; (iii) a necessidade de criar órgãos, dentro da estrutura dos próprios Tribunais, encarregados de promover a resolução de conflitos de forma consensual; e, principalmente, (iv) “que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças”.

¹²² Nesse sentido, destaca-se a célebre lição de Ada Pellegrini Grinover: “Releva, assim, o *fundamento social* das vias conciliativas, consistente na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a Justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a Justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. In.: Revista de Arbitragem e Mediação, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16)

¹²³ “Nasceu, assim, o princípio participativo, cujo núcleo se desdobra em dois momentos principais: o primeiro, consistente na intervenção na hora da decisão; o segundo, atinente ao controle sobre o exercício do poder. Mas o princípio manifesta-se, na verdade, numa imensa variedade de formas, desde a simples informação e tomada de consciência, passando pela reivindicação, as consultas, a co-gestão, a realização dos serviços, até chegar à intervenção nas decisões e ao controle, como a caracterizar graus mais ou menos intensos de participação.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. In.: Revista de Arbitragem e Mediação, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 16)

Atento a isso, o artigo 1º da mencionada Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça estabelece:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Nesse particular, para ilustrar como a preocupação do Poder Judiciário com a conciliação aumentou, é suficiente analisar os atos normativos expedidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: (i) o Provimento nº 783/2002 do Conselho Superior da Magistratura que, considerando o acúmulo de recursos pendentes de julgamento, estabeleceu o Plano Piloto de Conciliação em segundo grau de jurisdição, contando com a participação, não remunerada, de magistrados e membros do Ministério Público aposentados, professores aposentados e advogados de “larga expediência”¹²⁴; (ii) o Provimento nº 796/2003 do Conselho Superior da Magistratura, considerando o acúmulo de processos no Foro Central da Comarca de São Paulo, instituiu o Setor Experimental de Conciliação do Fórum João Mendes Junior¹²⁵; (iii) o Provimento nº 843/2004 do Conselho Superior da Magistratura criou o Setor de Conciliação em segundo grau de jurisdição, mantendo o rol de conciliadores e a ausência de remuneração; (iv) a Portaria nº 7.177/2004 do Presidente do tribunal de Justiça estabeleceu um núcleo de apoio ao Setor de Conciliação em segundo grau, subordinado diretamente ao Gabinete da Presidência; (v) o Provimento nº 893/2004 do Conselho Superior da Magistratura autorizou a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado, admitindo que outros profissionais, de áreas estranhas à jurídica, funcionassem como conciliadores e que a tentativa de conciliação se desse antes mesmo do ajuizamento da ação; (vi) o Provimento nº 953/2005 do Conselho Superior da Magistratura revogou o mencionado Provimento nº 893/2004, mas, na

¹²⁴ Artigo 2º - Para a implantação do Plano Piloto serão selecionados pelo Presidente do Tribunal de Justiça, como conciliadores honorários, sem remuneração, magistrados, membros do Ministério Público e Procuradores do Estado, todos aposentados, professores universitários e advogados, com larga experiência, reconhecida a capacidade e reputação ilibada.

¹²⁵ Posteriormente também foi instituído esse Setor Experimental de Conciliação para o Foro Regional de Santo Amaro (Provimento nº 864/2004 do Conselho Superior da Magistratura).

essência, manteve todas as novidades exposta alhures; e (vii) o Provimento nº 1.857/2011 alterou a denominação do setor instituído pelo Provimento nº 843/2004 para Centro Judiciário de Solução de Conflitos em Segunda Instância e Cidadania, adequando-se à Resolução nº 125/2010.

Como se pode observar, é patente a evolução da mentalidade quanto ao reconhecimento dos efeitos benéficos da conciliação aos jurisdicionados, reconhecendo que o Poder Judiciário tem papel fundamental na proliferação e no prestígio desse método alternativo de solução de conflitos junto à população.

O que começou a nível experimental e em segundo grau de jurisdição, hoje é extremamente difundido em todas as Comarcas do Estado de São Paulo, não existindo mais restrição para que profissionais de outras áreas não jurídicas sejam conciliadores. Essa alteração é de suma importância, na medida em que a presença de psicólogos e assistentes sociais pode ser crucial na composição de litígios, especialmente aqueles que fogem das questões puramente patrimoniais.

Em outras palavras, cada vez mais o foco passa a ser no jurisdicionado e, portanto, no efetivo acesso à justiça.

Frisa-se, ainda no que toca aos métodos alternativos de solução de conflitos, que o Projeto de Lei que dispõe sobre o novo Código de Processo Civil traz, em sua versão aprovada na Câmara dos Deputados, um capítulo específico para disciplinar a conciliação e a mediação, sendo que o artigo 3º desse projeto, na forma como foi aprovada pela casa revisora (Câmara dos Deputados) e devolvida para a casa iniciadora (Senado Federal), assim dispõe:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Em outras palavras, a efetividade do acesso à justiça também passa por métodos alternativos de solução de conflitos, os quais buscam resolver a discussão sem a sua judicialização.

2.4.4. Combate à insegurança jurídica fruto do Poder Judiciário.

Também ganha relevo, ao se estudar o acesso à justiça, a insegurança jurídica¹²⁶ que pode ser ocasionada pelo próprio Poder Judiciário.

Inicialmente é importante salientar que a insegurança jurídica acaba por obstaculizar o acesso do jurisdicionado ao provimento jurisdicional adequado, uma vez que, muitas vezes, os próprios órgãos do Poder Judiciário – com patente contribuição dos Tribunais Superiores –, na ânsia de solucionar a lide de forma célere e da forma que o julgador, no seu âmago, entende como a melhor, acaba por, ainda que sem ter intenção, proliferar a insegurança.

Um dos vieses dessa insegurança decorre do fato de existirem posicionamentos jurisprudenciais diferentes, muitas vezes dentro da mesma Corte, acerca de um determinado tema.

Essa divergência é sadia até um determinado momento, especialmente quando o objeto do litígio não foi, até então, discutido minuciosamente pelo Poder Judiciário.

É por esse motivo que o artigo 105, III, c, da Constituição Federal atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça a competência para julgar, em sede de recurso especial, impugnação a decisão judicial proferida por Tribunal, em única ou última instância, que “der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”.

O tema é de tamanha importância a ponto de o ordenamento jurídico não admitir a existência de divergência de posicionamento dentro do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o artigo 546 do Código

¹²⁶ Ressaltam-se os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *protecção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de direito.” (*Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 257). O renomado jurista português complementa: “Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante *qualquer acto de qualquer poder* – legislativo, executivo e judicial. O **princípio geral da segurança jurídica** em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2002, p. 257)

de Processo Civil admite, nessas situações, a oposição de embargos de divergência.¹²⁷

Ganha destaque também o pouco utilizado incidente de uniformização de jurisprudência, previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil, que visa, como o seu próprio insinua, a estabelecer o posicionamento do tribunal acerca de um determinado tema.

Em outras palavras, o sistema jurídico pátrio não admite que perdurem decisões judiciais diferentes para a mesma situação fático-jurídica, buscando, justamente, assegurar segurança jurídica.

Tendo isso em vista, não há como olvidar que os jurisdicionados muitas vezes pautam os seus atos (especialmente, por exemplo, no que toca a questões tributárias) com base nos posicionamentos dos Tribunais, especialmente dos Tribunais Superiores, sendo que decisões conflitantes, além de afrontarem a segurança jurídica, também trazem impactos negativos nas relações políticas, econômicas e sociais.

Não se prega que o posicionamento dos tribunais seja perpétuo, mas é importante que eventual alteração da jurisprudência se imponha após ampla discussão, justamente para que o argumento de promover a segurança jurídica não resulte em situações injustas.¹²⁸

¹²⁷ Nelson Nery Junior leciona que “os embargos de divergência, cabíveis tanto no STJ quanto no STF (CPC 496 VIII e 546), têm a finalidade de uniformizar o entendimento dos órgãos daqueles tribunais superiores que divergirem sobre a interpretação do direito federal.” Ele continua: “a divergência ensejadora dos embargos deve ser de uma Turma com relação a outra Turma, ainda que da mesma Seção, ou Seção ou Órgão Especial. O acórdão da Turma, embargável, pode ser oriundo de decisão unânime ou por maioria” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 426).

¹²⁸ A esse respeito, destacam-se as lições de Nelson Nery Junior: “A dinâmica da vida e dos fatos sociais indica a possibilidade de a jurisprudência ser alterada. Os tribunais devem acompanhar a evolução da sociedade em todos os seus matrizes econômicos, sociais, culturais, políticos, religiosos etc. Não se poderia admitir o engessamento da jurisprudência dos tribunais em nome da segurança jurídica, pois a dose desse remédio, por ser excessiva, mataria o doente: *summus ius, summa iniuria*. Daí por que é quase que axiomática a afirmação de que os tribunais podem modificar sua jurisprudência.” (NERY JUNIOR, Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior*. In.: NERY JUNIOR, Nelson; FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri-SP: Manole, 2009, p. 97) Rodolfo de Camargo Mancuso entende que “O ideal, o *ponto máximo* na distribuição da Justiça, reside na consecução de uma uniformidade contemporânea, que não impeça – quando, justificadamente, seja o caso – eventuais alterações na sequência. Por outras palavras, que se estabilize a resposta judiciária presente, sem prejuízo de eventuais alterações num ponto futuro, se e quando tal venha justificado por eventos supervenientes: direito novo; alteração nas fontes substanciais da norma legal de regência.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 170)

Inclusive, esse entendimento se encontra presente no projeto de lei que visa estabelecer o novo Código de Processo Civil, que no artigo 521, § 6º (da versão aprovada pela Câmara dos Deputados)¹²⁹, disciplina o procedimento para os tribunais modificarem a sua jurisprudência.

Outro ponto que também corrobora para a insegurança jurídica é a difusão em uma boa parcela da classe de magistrados da possibilidade de serem exaradas decisões de acordo com consciência do julgador, ainda que, para tanto, ele tenha que julgar contra a lei.

Confunde-se, nesse particular, o livre convencimento motivado exposto no artigo 131 do Código de Processo Civil com a ampla e irrestrita liberdade do julgador para decidir da forma que entender mais adequada.

Aqui salta aos olhos o fato de os magistrados afastarem a aplicação de uma lei por conveniência, sem que para tanto reconheçam a sua inconstitucionalidade.

Não há como olvidar que um dos pilares do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal) é o princípio da legalidade segundo o qual, no âmbito privado, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (artigo 5º, II, da Constituição Federal).

Pode-se afirmar, assim, que a existência de insegurança jurídica, muitas vezes, está atrelada “ao descompromisso do nosso Judiciário com a legalidade vigente, uma vez que em seu imaginário a lei estaria à disposição do intérprete que poderia deixar de aplicá-la por razões de conveniência (sic).”¹³⁰

Além disso, não se desconhece que decisões desse tipo, além de ocasionarem insegurança jurídica, também resultam em uma proliferação desenfreada de recursos, o que torna ainda mais moroso o processo, sobrecarregando os tribunais, especialmente os Tribunais Superiores, prejudicando todos os jurisdicionados.

¹²⁹ “Art. 521. (...)”

§ 6º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do *caput*. (...)”

¹³⁰ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 100.

Em outras palavras, o Poder Judiciário corrobora com a insegurança jurídica na medida em que afasta a incidência de uma lei sem que para tanto reconheça a sua inconstitucionalidade.

Foi justamente por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal editou o enunciado nº 10 de sua súmula vinculante, *in verbis*: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão do órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta a sua incidência, no todo ou em parte.”

Como exemplo pode-se citar o enunciado nº 102 da súmula do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que determina que “Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS.”

Todavia, esse enunciado vai de encontro ao disposto no artigo 10, I, da Lei nº 9.656/1996, uma vez que esse dispositivo afasta a obrigatoriedade de cobertura do procedimento/medicamento quando este for experimental.

Assim, deveria a Corte Bandeirante, ao adotar o enunciado acima transcrito, ter reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 10, I, da Lei nº 9.656/1996, o que, ao que tudo indica, não foi feito.

O escopo do presente estudo não é concluir se o enunciado nº 102 é melhor ou não para o jurisdicionado, mas sim de apontar que a sua permanência, sem o reconhecimento da inconstitucionalidade do mencionado artigo 10, resulta em flagrante insegurança jurídica, o que, por sua vez, também viola o direito fundamental de acesso à justiça.

Também ganha relevo, ao se analisar as decisões judiciais sob o enfoque do direito fundamental de acesso à justiça, o fato de que o projeto do novo Código de Processo Civil, na versão aprovada na Câmara dos Deputados (artigo 446, que será abordado à frente), impõe que o julgador enfrente todos os pontos ventilados pelas partes, sob pena de se considerar que a decisão não se encontra fundamentada.

Essa disposição acaba por assegurar a plenitude do artigo 93, IX, da Constituição Federal (que estabelece a necessidade de fundamentação das decisões judiciais), permitindo que o jurisdicionado constate as razões pelas quais todos os fundamentos jurídicos por ele aventados foram rechaçados pelo Poder

Judiciário. Esse cenário está intimamente ligado ao devido processo legal e ao contraditório e à ampla defesa.

O mesmo dispositivo impõe, ainda, que não basta que o magistrado aponte um precedente, ainda que seja de um Tribunal Superior, para justificar o posicionamento adotado, sendo imperioso que ele exponha os fundamentos dessa decisão e que aponte o motivo pelo qual esse precedente se aplica ao caso julgado.¹³¹

Isso faz com que os precedentes dos tribunais não sejam tido como normas, mas sim como textos normativos¹³², razão pela qual é imprescindível a sua interpretação à luz das peculiaridades do caso concreto a ser solucionado para que assim se verifique se e em que medida o mencionado precedente deve ser utilizado.¹³³

Nesse sentido, destaca-se o seguinte dispositivo da proposta legislativa (novo Código de Processo Civil), aprovado pela Câmara dos Deputados e pendente de análise pelo Senado Federal:

Art. 499.

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

(...)

¹³¹ Lenio Luiz Streck critica essa prática dos magistrados: “com efeito, no plano da prática jurídica, grande parcela das querelas jurídicas tem sido decidida mediante a (singela) citação de ementas jurisprudenciais (ou Súmulas) descontextualizadas” (*Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, p. 851). O renomado jurista continua: “as decisões, embora fundamentadas nos verbetes (nos seus mais variados tipos), não são suficientemente justificadas, isto é, não são agregados aos ementários jurisprudenciais os imprescindíveis suportes fáticos.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 851)

¹³² A norma é “a interpretação conferida a um texto (enunciado), parte de um texto ou combinação de um texto” (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 63), estando relacionada, portanto, à problematização de um caso (seja ele real ou fictício). Já o texto normativo, por sua vez, consiste em um enunciado legislativo (abstrato), cuja constituição é *ante casum*, ou seja, com a edição do texto busca-se solucionar casos futuros, diferentemente do que ocorre com a norma, que por ser fruto de um complexo processo de concretização, precisa ser produzida em cada processo individual de decisão jurídica. Tendo isso em vista, não há como separar a norma daquele caso concreto por ela solucionado, o que se deve, como visto, à necessidade de ela estar relacionada à problematização. Com isso, o precedente, ao ser aplicado em outro caso, deixa de ser norma, passando a ser texto normativo, o que impõe a necessidade de sua interpretação à luz da nova conflituosidade posta em juízo para que, somente assim, possa se cogitar na produção de uma nova norma apta a solucionar esse caso.

¹³³ Em suma, a efetividade da adequada prestação da tutela jurisdicional (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) passa por identificar que os precedentes dos Tribunais Superiores não são normas, mas sim textos normativos, sendo imprescindível a sua interpretação à luz das peculiaridades do caso concreto a ser solucionado para que assim se verifique se e em que medida o mencionado precedente deve ser utilizado.

- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

O dispositivo acima transcrito, se aprovado pelo Sendo Federal, tem o escopo de justamente dar maior guarida ao pleno acesso à justiça que está intimamente relacionado à necessidade de as decisões judiciais serem fundamentadas (artigo 93, IX, da Constituição Federal e artigos 165 e 458 do Código de Processo Civil).

Veja-se que uma decisão não pode ser tida como fundamentada tão somente pelo fato de o julgador ter apresentado um precedente ou súmula em um dado sentido ou ainda por ele ter exposto (muitas vezes de forma bem resumida) as razões que o levaram a julgar daquela forma.

A fundamentação passa necessariamente por um exercício hermenêutico em que o magistrado justifica o posicionamento adotado na decisão, além de também refutar os pontos alegados pelas partes.

Esse posicionamento ganha relevo ainda mais quando se leva em consideração os aspectos hermenêuticos do pós-positivismo no sentido de que a sentença é a norma para aquele caso concreto, sendo que a sua utilização em casos análogos depende de um prévio cotejo analítico por parte do julgador.¹³⁴

Em outras palavras, o posicionamento jurisprudencial defensivo dos Tribunais Superiores, no sentido de que o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes¹³⁵, não merece prosperar,

¹³⁴ Georges Abboud, à luz dos ensinamentos pós-positivistas de Friedrich Müller, defende que “a sentença enquanto texto (escrito ou lido), mais precisamente seu dispositivo, traz consigo o sentido que indica a direção, o deslinde da relação jurídica conflituosa. A norma não é algo palpável, fora do caso concreto em que se proferiu, ela não pode ser exportada para outro caso concreto e manter a qualidade de norma.” (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86). Ele continua: “Isso ocorre porque, no momento em que a norma é importada, ela destaca-se de toda a historicidade e oposicionalidade que a fizeram surgir. O que se exporta é o texto escrito que, diante de um novo conflito, nova oposicionalidade, fará surgir uma nova sentença, conseqüentemente, nova norma.” (ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86)

¹³⁵ Nesse sentido: “O magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados.” (STJ; REsp 684311/RS; Rel. Min. Castro Meira; 2ª Turma; julgado em 04/04/2006; publicado no DJ de 18/04/2006 p. 191; v.u.) “Como se sabe não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução.” (STJ; AgRg no Ag 1000319/SP; Rel. Min. Herman Benjamin; 2ª Turma; julgado em 23/02/2010; publicado no DJe de 04/03/2010; v.u.) “Não viola o artigo 535 do

uma vez que a leitura adequada do direito fundamental do acesso à justiça – que como visto passa pela necessidade de fundamentação das decisões judiciais – resulta em uma conclusão diametralmente oposta.

Não se desconhece que a necessidade da fundamentação aqui apresentada demandará um maior esforço do Poder Judiciário o que, por consequência, também resultará em um maior tempo para a prolação de uma decisão.

Todavia, como dito alhures, o jurisdicionado tem o direito de ter uma decisão justa, abordando a lide em todos os seus contornos e demonstrando as razões (fundamentos jurídicos) pelas quais o seu posicionamento adotado no curso do processo não merece prosperar.

Nesse particular, frisa-se novamente que antes de uma decisão rápida, deve-se buscar uma decisão justa.

Em suma, o Poder Judiciário, muitas vezes na ânsia de resolver a lide de forma rápida, acaba por violar o direito fundamental de acesso à justiça.

2.4.5. O processo coletivo como instrumento de pacificação social e de acesso à justiça.

Nos tempos atuais, não há como olvidar que a sociedade de massa¹³⁶ acaba por ocasionar conflitos na mesma proporção, o que, por si só, já demandaria uma atenção ainda maior do Poder Público, tanto no âmbito administrativo quanto no

CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.” (STJ; REsp 855073/SC; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 1ª Turma; julgado em 19/06/2007; publicado no DJ de 28/06/2007 p. 877; v.u.)

¹³⁶ No que toca à sociedade de massa, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino sustentam: “Sob o ponto de vista descritivo, a Sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massa. A Sociedade de massa surge num estágio avançado do processo de modernização: quer quanto ao desenvolvimento econômico, com a concentração da indústria na produção de bens de massa e o emergir de um setor terciário cada vez mais imponente; quer quanto à urbanização, com a concentração da maior parte da população e das instituições e atividades sociais mais importantes nas grandes cidades e nas megalópoles; quer quanto à burocratização, com o predomínio da racionalidade formal sobre a substancial e com a progressiva redução das margens da iniciativa individual.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 2. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 1211)

âmbito judicial com o fim de assegurar a preservação desses direitos – dos quais muitos são transindividuais.¹³⁷

Não se trata de um tema novo, muito pelo contrário, mas que ainda hoje se mostra atual, dada a inoperância e, principalmente, inaptidão de todos os envolvidos em lidar com o tema.

O que o presente estudo mostra é que a ação coletiva, se utilizada de forma correta, em obediência aos ditames constitucionais e legais aplicáveis à espécie, tem a finalidade justamente de solucionar esses conflitos de massa, visto que a decisão proferida em um único processo pode ser apta a solucionar inúmeros conflitos de interesses.

A esse respeito, destaca-se a irretocável lição de Sérgio Shimura:

Como surgimento da sociedade de massa, que caracteriza a civilização pós-industrial, as relações jurídicas ultrapassaram a esfera puramente individual para afetar grupos de pessoas, determináveis ou não, exigindo a transformação do direito, material ou processual, e principalmente a mudança de mentalidade, de postura e de cultura.

(...)

Constatou-se, então, que os meios tradicionais de resolução das lides eram absolutamente impotentes e inadequados para dar vazão a essa gama de problemas, quando o objeto litigioso mostra-se indivisível e afeto a pessoas indeterminadas ou a grupos de pessoas, questões emergentes da sociedade contemporânea.¹³⁸

O Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, após tecer considerações acerca do desequilíbrio de forças entre os litigantes, continua:

Para superar tais empecilhos, para dar vazão à litigiosidade diluída difusamente na sociedade, aliada ao desconforto e à ilogia de a mesma Justiça decidir conflitantemente sobre um mesmo fato da vida invocada por partes individuais distintas, para tornar mais aberto o canal de participação da sociedade contra o poderio político ou econômico, é que surgiu a Lei 7.347/1985 (LACP), como instrumento de implementação real da tutela dos direitos metaindividuais.¹³⁹

¹³⁷ Acerca da tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais, Ada Pellegrini Grinover sustenta que “do ponto de vista social, significaram o reconhecimento e a necessidade de tutela de interesses espalhados e informais voltados a necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In.: Revista de Processo, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29).

¹³⁸ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 33-35.

¹³⁹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 36.

Nesse ponto, destaca-se que o processo coletivo proporciona a defesa de interesses que, se analisados por um prisma puramente econômico e individual, não seriam jurisdicionalizados.

Ricardo de Barros Leonel posiciona-se no mesmo sentido, ao sintetizar a importância dos direitos individuais homogêneos da seguinte forma:¹⁴⁰

Andou bem o legislador ao dar sequência à modernização do ordenamento processual, permitindo a integração dos interesses individuais homogêneos ao processo coletivo. Permite-se o acesso à justiça de pretensões que não teriam condições de ser trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário isoladamente. É como se houvesse a reunião, num único processo, de várias demandas individuais com resultados mais satisfatórios.

Recorde-se que, por vezes, a lesão individualmente considerada é ínfima, e ainda que o demandante saísse vencedor na ação singular, não estaria compensado sequer o custo do processo ou os honorários advocatícios. E mesmo que a lesão individualmente considerada seja de grande monta, o aporte de recursos materiais e econômicos disponíveis para o autor da lesão (por vezes grupos econômicos e empresariais, com assessoria jurídica e técnica extremamente qualificada, habituados a demandas judiciais relacionadas à sua atividade, sendo litigantes habituais), torna inimaginável que o simples litigante individual esteja efetivamente em paridade de condições e de armas para poder enfrentar suficientemente um litígio individual.¹⁴¹

Todavia, para ser um efetivo instrumento de acesso à justiça, a ação coletiva deve ser maximizada a ponto de não ter a sua amplitude – que lhe é inerente – mitigada por uma interpretação do jurista à luz de conceitos e institutos próprios do processo civil individual.

¹⁴⁰ Novamente socorre-se dos ensinamentos de Carlos Roberto Barbosa Moreira: “Ora, o tratamento coletivo das pretensões individuais apresenta uma série de vantagens. Na ausência das ações coletivas, ou o consumidor se tornaria um litigante solitário, a enfrentar muitas vezes, um oponente gigantesco e habituado a bater-se em juízo; ou se litisconsorciaria a outros consumidores. Mas a solução do litisconsórcio não chega a ser animadora, pois é preciso que o interessado conheça outras vítimas do mesmo produto ou serviço, igualmente dispostas a ingressar em juízo; e, sobretudo, que cada um dos autores demonstre, no processo de conhecimento, os danos pessoais que sofreu, não bastando, evidentemente, que apenas um, ou alguns, sejam capazes de fazer semelhante prova: em se tratando de litisconsórcio não unitário, o sucesso de uns e o insucesso de outros conduziriam à procedência dos pedidos formulados por aqueles e à improcedência dos demais. Além disso, quando as normas de organização judiciária não limitam o número de litisconsortes por processo – o que diminui o impacto do ajuizamento da ação em face do consumidor-, a prática do foro tem demonstrado como se torna difícil o processamento de feitos nos quais atuam muitos litigantes, ainda quando concentrados no mesmo polo da relação processual.” (MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O processo civil no Código do Consumidor*. In.: Revista de Processo, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 141)

¹⁴¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 99 e 100.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹⁴², em seu primoroso estudo sobre acesso à justiça, já faziam esse alerta ao tratar da segunda onda de reforma apta a assegurar o acesso à justiça:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema.¹⁴³

A visão do processo coletivo aqui defendida é apta a tornar a ação para a tutela de direitos e interesses transindividuais como uma verdadeira forma de acesso à justiça, em consonância com o artigo 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.

Como visto, a visão moderna de acesso à justiça passa necessariamente pelo processo coletivo, uma vez que é por meio dele que inúmeros conflitos de interesse poderão ser solucionados.

¹⁴² Sobre o estudo idealizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, Cassio Scarpinella Bueno sustenta que:

“O que se percebe da preocupação daqueles autores é que o modelo do ‘direito processual civil clássico’, por suas próprias características, é inadequada e, portanto, deixa de desempenhar o papel que se espera de um *instrumento* para a tutela jurisdicional de outros direitos que, do ponto de vista do direito material, são totalmente diversos daqueles que, por décadas e séculos, foram decisivos para o desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito processual civil.

É lembrar que os temas fundamentais do direito processual civil são, todos eles, baseados e desenvolvidos a partir de situações individuais, de um verdadeiro *padrão* de litígio, onde um (ou pouco mais de um) *autor* pretende ver reconhecido direito seu em face de um (ou pouco mais de um) *réu*. E mais: saber que é (ou pode ser) este *autor* e este *réu* é uma questão que, em última análise, remonta à pesquisa relativa a saber quem, no plano material, é o titular daquele direito ou interesse.” (BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil direito processual público e direito processual coletivo*, vol. 2, tomo III. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173-174)

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50.

CAPÍTULO 3: UM PARALELO ENTRE O PROCESSO COLETIVO E O PROCESSO INDIVIDUAL

3.1. Considerações iniciais.

Inicialmente, é importante destacar que o escopo do presente estudo não é exaurir todos os institutos do processo coletivo.

Foram escolhidos somente alguns deles, notadamente os mais sensíveis, para que assim fosse feito um paralelo entre o processo coletivo e o processo individual.

Antes de adentrar nesses tópicos escolhidos, alguns pontos merecem ser destacados, facilitando a interpretação daquilo que será dito adiante.

3.1.1. Uma questão de nomenclatura.

O primeiro ponto que merece destaque ao se estudar o processo coletivo diz respeito à nomenclatura a ser empregada ao se referir ao instrumento processual utilizado para a defesa dos interesses ou direitos transindividuais, já que comumente são utilizadas três expressões: “ação civil pública”, “ação coletiva” e “ação civil coletiva”.

No que tange a expressão mais utilizada (“ação civil pública”), a primeira vez que ela foi utilizada no ordenamento jurídico pátrio foi na Lei Complementar nº 40/1981, que é a Lei Orgânica do Ministério Público, a qual, em seu artigo 3º, II, estabelece que é função institucional do *Parquet* “promover a ação civil pública, nos termos da lei”.

Nessa oportunidade, utilizou-se a expressão “ação civil pública” para se contrapor à “ação penal pública”, ou seja, ela era utilizada para se identificar a ação não penal de titularidade do Ministério Público.

Todavia, nos dias atuais, especialmente após o advento de inúmeras alterações à Lei nº 7.347/1985 e do Código de Defesa do Consumidor, essa caracterização não se mostra mais adequada.

Um parcela da doutrina defende que se estará diante de “ação civil pública” quando o objeto for a tutela de interesses ou direitos eminentemente coletivos (difusos e coletivos *stricto*), já que a Lei nº 7.347/85 (que disciplina a ação civil

pública) seria silente quanto aos interesses e direitos acidentalmente coletivos, os quais somente poderiam ser tutelados coletivamente em razão do advento do Código de Defesa do Consumidor. É por esse motivo que se denominaria de “ação civil coletiva” aquela que visa tutelar os interesses e direitos individuais homogêneos.¹⁴⁴

Já há outros que entendem que sempre que o Ministério Público for parte haverá que se falar em “ação civil pública” e quando o autor da ação for outro legitimado, a nomenclatura mais correta seria “ação civil coletiva”.¹⁴⁵

Ao que tudo indica, o posicionamento mais adequado é aquele que enquadra a “ação coletiva” como gênero do qual a “ação civil pública” é uma das espécies, juntamente com a “ação popular”, o “mandado de segurança coletivo”, a “ação de improbidade administrativa” e, também, das ações que envolvem o controle concentrado de constitucionalidade (“ação direta de inconstitucionalidade”, “ação declaratória de constitucionalidade” e “arguição de descumprimento de preceito fundamental”).¹⁴⁶

¹⁴⁴Teori Albino Zavascki sustenta que “é preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis. (...) Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-34)

Tendo isso em vista, o Ministro do Supremo Tribunal Federal conclui: “No domínio do processo coletivo, seria importante ter presente que, quando se fala em ação civil pública (seja adequada ou não essa denominação que a Lei 7.347, de 1985, lhe atribuiu), se está falando de um procedimento destinado a implementar judicialmente a tutela de direitos transindividuais, e não de outros direitos, nomeadamente de direitos individuais, ainda que de direitos individuais homogêneos se trate. Para esses, o procedimento próprio é outro, ao qual também seria importante, para efeitos práticos e didáticos, atribuir por isso mesmo outra denominação (‘ação coletiva’ e ‘ação civil coletiva’ foi como a denominou o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 91).” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55)

¹⁴⁵Voltaire de Lima Moraes sustenta que “enquanto *ação civil pública* é aquela demanda proposta pelo Ministério Público, destinada a tutelar interesses e direitos coletivos *lato sensu*, individuais indisponíveis, bem como a ordem jurídica e o regime democrático, *ação coletiva* é aquela proposta por qualquer legitimado, autorizado por lei, objetivando a tutela de interesses coletivos *lato sensu*.” (MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 23)

¹⁴⁶Nesse particular, merece destaque a célebre lição de Sérgio Shimura: “Para nós, a expressão ‘ação coletiva’ (*não-individual*) constitui-se em gênero que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da ‘ação individual’, que tem por finalidade veicular pretensão

Quando se fala em “ação coletiva”, refere-se ao instrumento processualmente utilizado para a defesa dos direitos transindividuais.

É importante deixar claro que, a despeito de respeitáveis entendimentos em sentido contrário, as expressões “ação civil pública” e “ação civil coletiva” devem ser tidas como sinônimas, o que se denota da perfeita integração entre a Lei nº 7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁷

Essa integração acaba por afastar o fato de a Lei nº 7.347/1985 não prever em seu objeto os direitos individuais homogêneos, os que não estariam abarcados pelo Código de Defesa do Consumidor, que foi o diploma legal que trouxe essa nova espécie de direito transindividual.

3.1.2. Conceito e objeto.

Apesar de o presente estudo ter como escopo a análise da ação coletiva, não há como olvidar que a principal de suas espécies é a ação civil pública.

Como já visto, a ação civil pública foi alçada ao patamar constitucional pela carta de 1988 (artigo 129, III), o que demonstra a relevância para o legislador constituinte da defesa dos direitos e interesses transindividuais.

O preâmbulo da Lei nº 7.347/1985 estabelece que este ato normativo “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

puramente subjetiva e particularizada. Não se desconhece que cada qual pode ter suas peculiaridades e procedimentos específicos, mas é certo que estão voltadas a servir de instrumento à proteção de interesses coletivos.

Enquadrar-se-iam, por exemplo, nesse espaço, a ação popular, o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, CF), a ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992), a ação direta de inconstitucionalidade e a ação constitucionalidade (art. 102, I, a, e §§ 1º 2º; art. 103 e § 2º, CD; Leis 9.868/1999 e 9.882/1999), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e a própria ação civil pública.

Em todas elas, o ponto em comum reside nos extremos do procedimento: legitimidade ativa concorrente e disjuntiva e coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*.” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 43-44)

¹⁴⁷Teori Albino Zavascki, apesar de não concordar com a orientação aqui defendida, acaba por reconhecer que ele tem prevalecido: “Todavia, essa distinção terminológica, é bom reiterar, não constitui exigência científica. Sua importância é apenas prática didática, e somente por isso a adotamos. Convém anotar, também, que ela não está sendo observada nem pelo legislador nem pela jurisprudência, que, de um modo geral, conferem a denominação de ação civil pública para todas, ou quase todas, as ações relacionadas com o processo coletivo. A Lei 7.913, de 1989, por exemplo, denomina de ação civil pública a ‘de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários’, embora seja patente que os direitos dos lesados têm, na espécie, típico caráter de direitos individuais homogêneos. Fenômenos semelhantes são comuns na jurisprudência, inclusive do STF e do STJ.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 55)

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Por essa transcrição já é possível concluir que a ação civil pública visa a defesa dos direitos e interesses transindividuais, os quais, em rol exemplificativo, são expostos nos incisos no artigo 1º:

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística;

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

A afirmação de que se trata de um rol exemplificativo pode ser comprovada pelo disposto no inciso IV acima transcrito, haja vista que “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” pode ser objeto de ação civil pública.

Trata-se de dispositivo inserido pelo artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor, o que, uma vez mais, comprova a perfeita integração entre a Lei nº 7.347/1985 e a lei consumerista (Lei nº 8.078/1990).

Essa integração decorre das remissões feitas no artigo 21 da Lei nº 7.347/1985 e nos artigos 90 e 117 do Código de Defesa do Consumidor, que, como será visto adiante, compõe o chamado núcleo duro do microssistema das ações coletivas.

Com isso, não há que se sustentar que a Lei nº 7.347/1985 não se aplique para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos, cuja definição (detalhada no Capítulo 1 desse estudo) está no artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Bruno Miragem aborda esse ponto da seguinte forma: “Note-se que no sistema jurídico brasileiro, foi o CDC que estabeleceu, em seu art. 81, a classificação dos direitos passíveis de proteção por intermédio da tutela coletiva, quais sejam, as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Com a vigência do art. 21 da LACP, a partir da redação estabelecida pelo art. 117 do CDC, o sentido e alcance da tutela coletiva estabelecida no Título III do CDC e as disposições da LACP tornam-se interdependentes, guiando-se a aplicação das disposições de ambas as normas

Uma interpretação mais apressada levaria ao entendimento de que a lei da ação civil pública e, conseqüentemente, esse instrumento processual, somente teriam vez para os direitos e interesses eminentemente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), ante o seu silêncio quanto aos direitos individuais homogêneos, os quais somente foram previstos (e conceituados) pelo legislador quando do advento da lei consumerista – até mesmo porque essa nova espécie de direito transindividual está intimamente relacionada às relações jurídicas de consumo, que envolvem questões de massa (e portanto conflitos massificados).

Em outras palavras, a ação civil pública não se limita à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos (em sentido estrito), ao passo que a ação civil coletiva não se presta somente para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos. A perfeita integração entre esses diplomas legais permite que o intérprete conclua que a ação civil pública e a ação civil coletiva são sinônimos, sendo que ambas se prestam à defesa de todas as espécies de direitos transindividuais.¹⁴⁹

Assim, a ação civil pública pode ser conceituada como o instrumento processualmente cabível para a tutela de direitos e interesses transindividuais (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) – que, lembre-se, são direitos fundamentais – por meio de um dos entes legitimados previstos no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo isso em vista, pode-se afirmar que ela não se presta para a tutela de direitos individuais, ainda que o Ministério Público perquiria a sua defesa em juízo, uma vez que, com visto, a ação civil pública (pelas suas próprias peculiaridades, notadamente no que tange à coisa julgada) tem um escopo muito maior (defesa de direitos e interesses transindividuais), sendo que o *Parquet* não é o único ente legitimado.

pela maior efetividade da proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1626-1627)

¹⁴⁹ O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento sedimentado no sentido de que a ação civil pública pode ser utilizada para a tutela de direitos e interesses individuais homogêneos: “A Lei da Ação Civil Pública foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, restando possibilitado o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa também dos chamados “interesses individuais homogêneos”, entre os quais se situam os do caso em comento: consumidores de combustíveis (gasolina e álcool) que passaram a pagar, embutido no preço do bem consumido, a exação prevista no Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, denominada ‘empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis’.” (STJ; REsp294021/PR; Rel. Min. José Delgado; 1ª Turma; julgado em 20/02/2001; publicado no DJ 02/04/2001 p. 263 e na JBCC vol. 190 p. 124; v.u.)

No mais, é importante lembrar que não é porque o Ministério Público é parte ativa de uma ação civil (não penal) que o *nomen in iures* da ação será ação civil pública.¹⁵⁰

Não se pode perder de vista que a ação civil pública tem um regramento específico no que tange à coisa julgada (artigo 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor), a qual, por ser *erga omnes* ou *ultra partes* (a depender da espécie de direito coletivo *lato sensu* tutelado), não se coaduna com pretensões relacionadas a direitos individuais puros.

Uma vez conceituada a ação civil pública, mostra-se necessário tecer breves comentários acerca de seu objeto.

Se o *caput* do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985 – especialmente ao dispor que essa ação visa a “responsabilidade por danos morais e patrimoniais” – for lido de uma forma apressada, pode levar o intérprete a concluir, de forma equivocada, que o pedido formulado na ação civil pública seria a condenação em perdas e danos.

Todavia, o escopo maior da ação civil pública é, indubitavelmente, a tutela específica (obrigação de fazer e de não fazer), uma vez que o pedido indenizatório já pressupõe a ocorrência do dano, o qual, muitas vezes (especialmente no âmbito do direito ambiental), se mostra irreversível.

Assim, conforme autoriza o artigo 3º da Lei nº 7.347/1985 (que dispõe que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”), a ação civil pública poderá ter por objeto um pedido cominatório, consubstanciado em uma obrigação de fazer ou de não fazer cumulada com a imposição de multa.

A esse respeito, destaca-se o artigo 11 da Lei nº 7.347/1985:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer

¹⁵⁰ Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o ajuizamento de ação civil pública por parte do Ministério Público para a defesa de direitos puramente individuais:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como é o caso dos autos, em que se busca o direito ao fornecimento de medicamento a pessoa que não dispõe de recursos financeiros para tratamento da saúde.

3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.” (STJ; REsp 1410520/MG; Rel. Min. Eliana Calmon; 2ª Turma; julgado em 03/12/2003; publicado no DJe de 10/12/2013; v.u.)

ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.¹⁵¹

Frisa-se que esse dispositivo acima transcrito deve ser interpretado à luz de todo o ordenamento jurídico para o fim de autorizar a utilização da ação civil pública para fins preventivos – de evitar a ocorrência do dano – e não, pura e simplesmente, repressiva (oportunidade em que se evita a propagação do dano).¹⁵²

Salta aos olhos o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor que determina que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”¹⁵³

Esse dispositivo – que como exposto anteriormente se aplica à defesa de todos os direitos ou interesses transindividuais – visa justamente assegurar a plenitude do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que permite a utilização de qualquer instrumento processual para a tutela desses direitos.

¹⁵¹ No que toca a esse dispositivo, Luiz Guilherme Marinoni defende que “o art. 11 da Lei da Ação Civil Pública só admite, em princípio, uma das formas de tutela inibitória, aquela que visa a fazer cessar a prática do ilícito. Contudo, é certo que tal norma, ao aludir à ‘cessação da atividade nociva’, deseja abarcar os atos suscetíveis de repetição, cujos exemplos são notórios no plano da tutela coletiva, valendo a pena lembrar, v.g., os casos de venda de produtos nocivos à saúde do consumidor.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 79)

¹⁵² Nesse particular, Luiz Guilherme Marinoni salienta a importância da tutela inibitória (evitar que um dano seja cometido) para a tutela coletiva: “Para a demonstração da importância da tutela inibitória no plano dos direitos transindividuais, torna-se adequada a análise da tutela do meio ambiente, uma vez que este é um dos lugares em que a inefetividade da tutela ressarcitória evidencia-se de modo mais claro. Se é verdade que cresce em importância, nos últimos tempos, a reparação específica do dano ecológico, e que é necessária a responsabilização, ainda que pelo equivalente, daquele que agride o meio ambiente, o certo é que não se pode admitir, no campo do direito ambiental, a troca da tutela específica e preventiva do bem tutelado pela tutela ressarcitória, sob pena de admitir-se, implicitamente, uma troca perversa, que justificaria o cínico ‘poluo, mas pago’. Como é evidente, a admissão da tutela ressarcitória no campo do direito ambiental não significa a aceitação da poluição, mas objetiva evitar que o dano ecológico fique sem a devida reparação, para que não ocorra a degradação do meio ambiente, é imprescindível a atuação preventiva e, assim a tutela inibitória.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5º ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 80-81)

¹⁵³ Nesse particular, é salutar a lição (ao comentar o mencionado artigo 83) de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A norma deixa clara a possibilidade da utilização de todo e qualquer tipo de ação judicial para a defesa dos direitos previstos no CDC. O fato de o CDC 91 tratar de ação condenatória de reparação do dano de que foram vítimas titulares de direito individual homogêneo, não significa que essa ação seja apenas de cunho condenatório. A norma ora comentada, situada na parte geral da defesa do consumidor em juízo, abre possibilidade para o ajuizamento de ação de conhecimento (declaratória, constitutiva e condenatória), cautelar e de execução, na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos do consumidor.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 346)

A redação do *caput* do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, ao dispor que “as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados” a diversos bens jurídicos elencados em seus incisos, em uma interpretação apressada, levaria o hermenauta a concluir que somente as pretensões de cunho condenatório/reparatório é que poderiam ser tuteladas por meio da ação civil pública.

Não se desconhece que o legislador previu a possibilidade da pretensão cominatória, consubstanciada nas ações de obrigações de fazer e de não fazer (artigo 3º da Lei nº 7.347/1985)– que são as mais comuns e efetivas quando se fala na tutela de direitos ou interesses transindividuais (isso se deve, em grande parte, à dificuldade da reparação, especialmente ao retorno ao *status quo ante*) –, e também do provimento cautelar (artigo 4º da Lei nº 7.347/1985).

Todavia, não há como negar que todo e qualquer provimento jurisdicional (inclusive os constitutivos negativos e mandamentais) podem ser utilizados pelos legitimados para a tutela desses direitos fundamentais.¹⁵⁴

O que se deve ter em mente é que o escopo da tutela coletiva é otimizar a prestação da própria tutela jurisdicional, permitindo o efetivo acesso à justiça dos jurisdicionados, o que possui especial relevância para os direitos e interesses individuais homogêneos.¹⁵⁵

Pode-se concluir, portanto, que a ação civil pública pode ter por objetivo (i) a prevenção de dano (ou seja, busca-se evitar a violação de um direito, hipótese em que a tutela coletiva ganha nítidos contornos de tutela inibitória)¹⁵⁶; (ii) a cessação

¹⁵⁴ Nelson Nery Junior cita a possibilidade de a não aplicação do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor inviabilizar as ações desconstitutivas (constitutiva negativa), que podem ser grande proveito em questões envolvendo direito ambiental: “Poder-se-ia pensar, por exemplo, na invalidação de um contrato administrativo lesivo ao meio ambiente, surgindo dúvidas sobre a possibilidade de essa ação constitutiva negativa ficar sob o regime da LACP em face da redação dos arts. 1º, 3º e 4º dessa lei.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 221)

¹⁵⁵ No mesmo sentido: “As ações civis públicas, em sintonia com o disposto no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, ao propiciar a facilitação a tutela dos direitos individuais homogêneos dos consumidores, viabilizam otimização da prestação jurisdicional, abrangendo toda uma coletividade atingida em seus direitos, dada a eficácia vinculante das suas sentenças.” (STJ; AgRg no AREsp 362491/RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª Turma; julgado em 05/11/2013; publicado no DJe de 08/11/2013; v.u.)

¹⁵⁶ A supremacia da tutela específica (não só para a tutela coletiva, mas também para a tutela individual) tem sua importância dada pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor. Desse dispositivo, destaca-se o enunciado de seu § 1º: “A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”. Também ganha relevo a possibilidade de serem antecipados os efeitos da tutela jurisdicional (§§ 3º e 4º).

do dano (evita-se que o estrago se propague); e (iii) a reparação dos danos ocasionados.¹⁵⁷

3.2. Leis aplicáveis.

Um primeiro ponto que salta aos olhos diz respeito à legislação aplicável ao processo civil.

3.2.1. Código de Processo Civil: uma lei geral para a tutela de direitos individuais.

O processo civil brasileiro é regido ordinariamente pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil, o qual, em seu artigo 1.211, impõe a sua regência sobre toda a matéria processual cível.

Tem-se, aqui, uma lei geral para todos os processos de natureza civil (não criminal e não trabalhista)¹⁵⁸, que dada a sua generalidade e abrangência ainda é aplicada de forma subsidiária por inúmeras outras leis, ao disporem de forma diferenciada sobre um determinado procedimento,

Isso ocorre, em grande parte, pelo fato de o Código de Processo Civil estabelecer a conceituação de inúmeros institutos (como a citação e intimação, por exemplo), não sendo necessário que todas as leis que versem sobre questões processuais repitam disposições já constantes no diploma processual geral.

Todavia, é importante salientar que o código, quando foi editado, tinha o escopo de disciplinar as relações processuais atinentes à tutela de direitos puramente individuais, ou seja, a lei processual civil foi idealizada para a solução de lesões ou ameaça de lesões a direitos subjetivos individuais.

Tanto assim o é que a regra geral é que somente é possível se socorrer do Poder Judiciário para pleitear direito próprio em nome próprio (artigo 6º do Código de Processo Civil), o que se convencionou chamar de legitimação ordinária. Em outras

¹⁵⁷ SOUZA, MotauciCiochetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-50.

¹⁵⁸ Ainda assim, por diversas oportunidades o Código de Processo Penal estabelece a aplicação do Código de Processo Civil para algumas situações (como os artigos 139, 362, 790, por exemplo), assim como também o fez a Consolidação das Leis do Trabalho (artigo 836, por exemplo).

palavras, somente o titular daquele direito lesado ou ameaçado é que possui, em tese, legitimidade para ajuizar uma ação.

Esse dispositivo trouxe uma exceção, que ficou conhecida como legitimação extraordinária, que se caracteriza quando alguém pleiteia em nome próprio direito alheio, o que somente é permitido nos casos previstos em lei.¹⁵⁹

A partir dessa simples constatação, pode-se afirmar que o legislador não previu nesse diploma legal instrumentos para a tutela de direitos coletivos.

Neste ponto, frisa-se que não há que se falar no instituto do litisconsórcio como um desses instrumentos, haja vista que existem regras específicas para a sua caracterização (artigos 46 e seguintes do Código de Processo Civil), além da possibilidade de o magistrado limitá-lo nas hipóteses do parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil (litisconsórcio multitudinário).

O litisconsórcio se caracteriza pela existência de dois ou mais sujeitos no mesmo polo (ativo ou passivo) da relação jurídica processual, o que não se verifica no caso das ações coletivas, haja vista que a coletividade é representada em juízo por um órgão ou uma entidade (Ministério Público, Sindicato, etc.).

Assim, não resta dúvida de que o Código de Processo Civil tem por fim instrumentalizar (viabilizar) a solução de litígios notadamente individuais, o que se denota da análise das peculiaridades de inúmeros institutos, não tendo sido idealizado para a tutela de direitos transindividuais – até mesmo porque na época de sua edição o tema ainda não estava muito difundido entre os doutrinadores brasileiros.

3.2.2. Microssistema do processo coletivo.

A primeira grande diferença entre o processo coletivo e o processo individual é que este possui uma lei geral (que, como visto, é o Código de Processo Civil), ao passo que aquele, para que lhe seja atribuída ampla efetividade, depende da aplicação conjunta principalmente de dois diplomas, quais sejam, a lei de ação civil pública (Lei nº. 7.347/1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

¹⁵⁹ Como exemplo de legitimação extraordinária pode-se citar o artigo 42 do Código de Processo Civil, que, ao vedar a substituição das partes em virtude da alienação da coisa litigiosa sem a anuência da parte contrária, permite que o alienante (que não detém mais o bem) defenda os interesses do adquirente (novo proprietário), podendo este figurar como assistente.

O artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, conjugado com o artigo 21 da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor) determinam a interação desses dois diplomas legais para a efetiva tutela dos direitos e interesses transindividuais:

Lei nº 7.347/85	CDC
Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).	Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

A doutrina tem entendido que esses dois diplomas formam o chamado núcleo duro do chamado microssistema ou minissistema de processo coletivo, o que, não obstante, pode ser complementado por outras leis que disciplinam os direitos e interesses transindividuais.

Nesse particular, é importante ressaltar que inexistente hierarquia entre a lei de ação civil pública e o Código de Defesa do Consumidor, sendo que, em atenção ao disposto no artigo 21 da Lei nº 7.347/85 e no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor, parece que o posicionamento mais adequado seja que esses dois diplomas sejam aplicados conjuntamente, na medida em que eles se complementam.

Está-se diante do chamado princípio da perfeita interação entre esses diplomas legais o que decorre não somente dos dispositivos acima mencionados, como também dos artigos 110 (que acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei nº 7.347/85) e 117 (que acrescentou o artigo 21 à Lei nº 7.347/85) do Código de Defesa do Consumidor.

Existe um perfeito diálogo de fontes entre a Lei nº 7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁰, com o escopo de justamente assegurar a efetividade da

¹⁶⁰ Bruno Miragem, à luz da teoria dos diálogos das fontes do alemão Erik Jayme (difundida no Brasil por Claudia Lima Marques), ensina que: “Um dos principais traços do CDC em matéria processual é sua decisiva interlocução com a Lei de Ação Civil Pública, seja no sentido de utilizar-se, na defesa do consumidor, dos instrumentos previstos nela, mas principalmente introduzindo novas disposições na lei, a partir das contribuições trazidas pela experiência no curso do cinco anos entre a edição da LACP em relação ao instante de promulgação do Código. Em grande medida, o CDC e a LACP constituem,

prestação da tutela jurisdicional, elevando o preceito do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal ao seu grau máximo.

Assim, não há que se cogitar que primeiro deveria ser aplicada a Lei da Ação Civil Pública e só no que esta for omissa é que se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor.

Esse entendimento, inclusive, é o que vem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ARTS. 127 E 129, III E IX, DA CF. VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RELEVÂNCIA PÚBLICA. EXPRESSÃO PARA A COLETIVIDADE. UTILIZAÇÃO DOS INSTITUTOS E MECANISMOS DAS NORMAS QUE COMPÕEM O MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. EFETIVA E ADEQUADA PROTEÇÃO. RECURSO PROVIDO.

(...)

5. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de "propiciar sua adequada e efetiva tutela" (art. 83 do CDC).

6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública.

(STJ; REsp 695396/RS; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; 1ª Turma; julgado em 12/04/2011; disponibilizado no DJe de 27/04/2011; v.u.)

Outro ponto que ganha relevo ao se tratar da existência desse microsistema diz respeito à possibilidade de aplicação das regras processuais coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor a relações jurídicas diversas das de consumo.¹⁶¹

em matéria de tutela coletiva dos direitos, um só universo, em que as normas de ambos os diplomas legislativos dialogam entre si, adotando-se aqui a consagrada expressão de Erik Jayme em seu Curso de Haia (*Identité culturelle et intégration ...*), de 1995. Essa comunicação entre as duas leis tem como resultado mais significativo a adoção, nos processos sob a égide da LACP, de regras sobre situações que sua redação original silenciava, como é o caso: da ampliação da legitimação para agir, os efeitos da coisa julgada, a possibilidade de defesa coletiva de interesses e direitos individuais homogêneos concebidos pelo CDC." (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1626)

¹⁶¹ Nesse sentido: "O ajuizamento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos não relacionados a consumidores é pertinente, tendo o sindicato legitimidade para propor a referida ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa." (STJ; AgRg no

Cumpra salientar, nesse particular, a redação do artigo 89 do Código de Defesa do Consumidor, que foi vetado pela Presidência da República: “As normas deste Título aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente.”

O então Presidente Fernando Collor de Mello vetou o dispositivo acima transcrito, na medida em que, no seu entender, a autorização conferida ao Poder Legislativo para elaborar o Código de Defesa do Consumidor (o que se deu por meio do artigo 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias) não abarca a tutela de direitos ou interesses que não sejam atinentes à relação de consumo.¹⁶²

Contudo, o veto em questão não modifica o raciocínio anteriormente delineado, sendo, portanto, inócuo, na medida em que o artigo 21 da Lei nº 7.347/1985 – que, frisa-se, teve a sua redação determinada pelo artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor – autoriza a aplicação do Título III do Código de Defesa do Consumidor (título este que disciplina a “defesa do consumidor em juízo”).

Nesse ponto, ganha relevo a ausência de veto presidencial ao artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor, que inseriu, dentre as hipóteses de cabimento do ajuizamento da ação civil pública (rol do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985), o inciso IV que autoriza a utilização desse instrumento processual para a tutela de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

A esse respeito, destaca-se a orientação de Kazuo Watanabe:

O veto presidencial pretendeu cortar essa extensão, mas não conseguiu atingir o objetivo colimado.

(...)

A mesma extensão indicada no dispositivo vetado foi efetivada pelos arts. 110 e 117 do Código, que fizeram os acréscimos mencionados à Lei nº 7.347/85, sendo assim indubitoso, agora, que toda a disciplina contida no Título III do Código, inclusive a pertinente à ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, é invocável para a tutela de outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não apenas os respeitantes aos consumidores.¹⁶³

REsp 1453237/RS; Rel. Min. Humberto Martins; 2º Turma; julgado em 05/06/2013; publicado no DJe de 13/06/2014; v.u.)

¹⁶² O veto presidencial foi fundamentado da seguinte forma: “A extensão das normas específicas destinadas à proteção dos direitos do consumidor a outras situações excede dos objetivos propostos no código, alcançando outras relações jurídicas não identificadas precisamente e que reclamam regulação própria e adequada. Nos termos do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve o legislador limitar-se a elaborar Código de Defesa do Consumidor.”

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 124.

Em outras palavras, o microssistema das ações coletivas, formado fundamentalmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, pode ser utilizado para a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), seja ele decorrente de uma relação de consumo ou não.

Nesse particular, ganha destaque, como visto anteriormente, o disposto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (plenamente aplicável à tutela de qualquer espécie de direito ou interesse transindividual), que visa justamente assegurar a plenitude do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, na medida em que permite a utilização de qualquer instrumento processual para a tutela desses direitos.

Em suma, a efetividade da tutela jurisdicional dos direitos transindividuais passa pelo correto e adequado enquadramento do microssistema, com a utilização de forma harmoniosa da Lei nº 7.347/1985 e do Código de Defesa do Consumidor (núcleo duro do microssistema), além de outras leis que tutelem direitos transindividuais, como é o caso, por exemplo, da Lei das Pessoas com Deficiência (Lei nº 7.853/1989), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) e da Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei nº 12.529/2011).¹⁶⁴

Aqui surge uma grande discussão doutrinária, qual seja, como aplicar as disposições do núcleo duro em face daquelas previstas nas demais leis que compõe o microssistema.

Caso se esteja diante de uma ação civil pública – em que não há nenhuma lei específica tutelando o direito material – primeiro serão aplicadas as disposições do núcleo duro, para que, somente na omissão destas, se apliquem artigos de leis específicas, desde que elas sejam benéficas à tutela dos direitos transindividuais.

Isso ocorre, por exemplo, com relação à necessidade de reexame necessário da sentença de improcedência dos pedidos formulados em ação civil pública.

¹⁶⁴ A despeito de não tratar propriamente do processo coletivo, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), em seu artigo 55, estabelece que “Para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública, disciplinada na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.”

O reexame necessário previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil tem autoriza uma ampla reanálise do processo pelo tribunal quando a decisão proferida em primeira instância for desfavorável à Fazenda Pública, sendo que, para tanto, não há a necessidade de interposição de recurso pelo sucumbente.

A lei prevê algumas exceções em que não se opera o reexame necessário, mas, de qualquer forma, o escopo maior é de assegurar que o interesse público, ainda que secundário, defendido pela Fazenda Pública não seja violado/ameaçado em razão da desídia do administrador. O que se busca, portanto, é um julgamento com maior segurança.

Ora, não há como olvidar que o legitimado à propositura da ação coletiva também defende o interesse da coletividade (tanto que se fala em direitos transindividuais), já que na maioria dos casos defende os interesses atinentes às relações de consumo¹⁶⁵ e ao direito ambiental.

Dessa forma, deve ser admitido o reexame necessário da sentença desfavorável à coletividade nas ações coletivas, seja ela de extinção sem resolução de mérito ou de improcedência.

Para tanto, podem ser aplicadas disposições do próprio microssistema que rege as ações coletivas: o artigo 19 da Lei nº 4.717/65 e o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 7.853/89 determinam que “a sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal”.

Esse, inclusive, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.

1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina.

2. Recurso especial provido.

(STJ; REsp 1108542/SC; Rel. Min; Castro Meira; 2ª Turma; julgado em 19/05/2009; disponibilizado em DJe 29/05/2009; v.u.)

¹⁶⁵ Não se pode perder de vista que a proteção aos direitos do consumidor foi alçada ao patamar de direito fundamental (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal), sendo que a lei que rege a matéria, Código de Defesa do Consumidor (que compõe o núcleo duro do microssistema do processo coletivo), é tida como de ordem pública e de interesse social, nos termos de seu artigo 1º. É tamanha a importância desse direito fundamental que ele também deve ser observado no que tange à ordem econômica (artigo 170, V, da Constituição Federal).

Caso se esteja diante de uma situação jurídica que tenha tutela específica por uma lei do microssistema, o núcleo duro somente será aplicado de forma subsidiária.

Isso fica patente quando se discute a legitimidade para o ajuizamento da ação popular (cuja lei compõe o microssistema das ações coletivas).

Se fosse adotado entendimento diverso àquele aqui defendido, estaria se admitindo que qualquer dos legitimados à propositura da ação coletiva (artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor) poderia ajuizar uma ação popular quando, por expressa disposição constitucional (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal), somente o cidadão teria esse direito.

Assim, resta evidente que, em se tratando de direito que é tutelado processual e/ou materialmente por uma lei inserida no microssistema, a aplicação do núcleo duro se dá de forma subsidiária e naquilo que não confrontar as disposições específicas.

Não obstante, é importante salientar que o Código de Processo Civil somente será aplicado de forma subsidiária – na esteira do artigo 19 da Lei nº 7.347/1985 e do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor – e, especialmente, quando não confrontar com as disposições do microssistema e a própria essência, gênese do processo coletivo.

Em outras palavras, as regras do processo civil individual não podem ser utilizadas como obstáculos a dificultar ou até mesmo a inviabilizar a tutela adequada e efetiva dos direitos transindividuais.

3.3. Legitimidade.

3.3.1. Conceito e sua caracterização no processo individual.

A legitimidade da parte (juntamente com a possibilidade jurídica do pedido e com o interesse processual) é uma das condições da ação, devendo, se inobservada (sendo, portanto, a parte ilegítima), resultar na extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do inciso VI do artigo 267 do Código de Processo Civil.

No que diz respeito à legitimidade *ad causam*, mostra-se salutar o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária *relação entre o sujeito e causa* e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecer-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como *relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa*.¹⁶⁶

Em outras palavras, a aferição da legitimidade (ativa e passiva) depende do correto enquadramento da relação entre o sujeito e a causa, notadamente do pedido deduzido em juízo.

De qualquer forma, é parte legítima aquela que tem autorização do ordenamento jurídico para postular em juízo.¹⁶⁷

No que tange à legitimidade *ad causam* no processo civil individual, dois dispositivos legais do Código de Processo Civil ganham relevo: (i) o artigo 3º determina que “para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade”; (ii) já o artigo 6º preceitua que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

A análise desses dois dispositivos (em conjunto com o artigo 267, VI, também do Código de Processo Civil) autoriza o intérprete a distinguir as duas espécies de legitimidade, quais sejam, a ordinária e a extraordinária.

A primeira parte do artigo 6º, segundo a qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio” estabelece a legitimidade ordinária, na medida em que há coincidência entre o titular do direito material litigioso (legitimação de direito material) e aquele que postula em juízo.

Já a parte final desse mesmo artigo 6º (“salvo quando autorizado por lei”) traz a legitimação extraordinária, que é aquela em que aquela pessoa que figura como parte na ação não é a titular do direito material discutido na lide. Aqui a lei autoriza, excepcionalmente, que uma pessoa defenda em juízo direito/interesse de outrem.

¹⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 313.

¹⁶⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 219.

Quando se fala em legitimação extraordinária, aborda-se a substituição processual, que pode ser conceituada como a “legitimidade, conferida por lei, de postular em juízo, em nome próprio e na condição de parte principal, o direito alheio”.¹⁶⁸

O substituto processual não pode ser confundido com o representante processual, uma vez que este, diverso daquele, não é parte na relação jurídico processual.

De acordo com Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, “a representação processual é a relação jurídica pela qual o representante age em nome e por conta do representado”¹⁶⁹, sendo que as hipóteses em que ela deve ser observada estão previstas no artigo 12 do Código de Processo Civil.

Assim, pode-se afirmar que a observância da representação processual é um pressuposto processual de validade (artigo 267, IV, do Código de Processo Civil), ao passo que a legitimidade extraordinária, dada pela substituição processual, é uma das condições da ação (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

3.3.2. Legitimidade no processo coletivo.

A legitimidade ativa na ação coletiva tem um viés bem peculiar, aqui surgindo uma das primeiras diferenças que chamam a atenção do intérprete ao confrontar o processo individual e o processo coletivo.

Primeiro, é importante salientar os entes legitimados para ajuizar as ações coletivas, que estão arrolados no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 5º Lei n. 7.347/85	Art. 82 CDC
Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público;	Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público,

¹⁶⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo de Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Gz Editora, 2012, p. 11. No mesmo sentido encontra-se a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Substituto processual é a pessoa que recebe da lei ou do sistema legitimidade para atuar em juízo no interesse alheio, como parte principal, não figurando na relação jurídico-material controvertida. Atuar como parte é fazê-lo em nome próprio, ou seja, não como representante. O representante não é parte no processo mas o substituto processual o é. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 317)

¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 247.

II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.(...)	II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (...)
---	---

Esses dispositivos (como os demais que também elencam legitimados à propositura da ação coletiva em outras leis, dentre os quais se destacam o artigo 210, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷⁰, o artigo 81, *caput*, do Estatuto do Idoso¹⁷¹, artigo 3º, *caput*, da Lei nº 7.853/1989¹⁷² e artigo 47 da Lei nº 12.529/2011¹⁷³) encontram guarida no artigo 129, § 1º, da Constituição Federal: “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas nesse artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

¹⁷⁰ “Art. 210. Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os territórios;

III - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.”

¹⁷¹ “Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente:

I – o Ministério Público;

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

III – a Ordem dos Advogados do Brasil;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembleia, se houver prévia autorização estatutária.”

¹⁷² “Art. 3º. As ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas portadoras de deficiência poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal; por associação constituída há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência.”

¹⁷³ “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

Em outras palavras, o artigo 129 do texto constitucional não somente alçou a esse patamar a ação civil pública (inciso III), como também conferiu legitimidade para essa ação a outros entes (§ 1º acima transcrito).

Um problema apontado por Enrico Tullio Liebman é agravado no que toca à legitimidade ativa *ad causam* no processo coletivo. O renomado processualista italiano, ao analisar a legitimidade no processos individual, sustentava que “o problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referencia à qual ele existe”.¹⁷⁴

É por esse motivo que a legitimidade no processo coletivo (assim como quase a totalidade de seus institutos) deve ser analisada à luz da lição de Ricardo Barros Leonel:

Há a necessidade de abandonar as concepções tradicionais da legitimação como premissas absolutas. A dualidade de conceitos – legitimação ordinária e extraordinária – não serve de forma adequada à identificação da legitimação em matéria de interesses supraindividuais. O princípio da identificação do interesse ainda aqui é válido, bem como seu liame com aquele que o postula em juízo, mas de forma peculiar, fugindo do raciocínio inflexível ligado concepção individualista.¹⁷⁵

Pois bem. Como já visto anteriormente, no processo coletivo são tutelados direitos e interesses transindividuais, que podem ser eminentemente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) ou acidentalmente coletivos (individuais homogêneos).

Tendo isso em vista, não há como negar que quem demanda em defesa de interesses e direitos eminentemente coletivos – dada a indeterminabilidade dos titulares que é característica aos bens jurídicos tutelados – o faz postulando, simultaneamente, tanto aquilo que lhe é próprio como o que é alheio.

Dessa forma, não há que se falar em legitimação ordinária, já que uma parte do direito defendido em juízo não lhe pertence.

Pelo mesmo motivo, não se pode considerar que essa legitimação é extraordinária, já que, de certa forma, os entes legitimados também acabam por defender direito próprio, pois os titulares dos direitos eminentemente coletivos são

¹⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil I*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

¹⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 152.

indeterminados e/ou indetermináveis (artigo 81, parágrafo único, I e II, do Código de Defesa do Consumidor).

A substituição processual, inerente à legitimação extraordinária, não pode ser alçada para a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, pois ela somente tem a sua razão de ser frente a um direito subjetivo.

Nesse cenário, ganha relevo os ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A figura da substituição processual pertence *exclusivamente* ao direito singular, e, no âmbito processual, ao *direito processual civil individual*. Só tem sentido falar-se em substituição processual diante da discussão sobre um direito subjetivo (singular), objeto da substituição: o substituto substitui pessoa *determinada*, defendendo em seu nome o direito alheio do substituído. Os direitos difusos e coletivos não podem ser regidos pelo mesmo sistema, justamente porque têm como característica a não individualidade. Não se pode substituir coletividade ou pessoas indeterminadas. O fenômeno é outro, próprio do *direito processual coletivo*.¹⁷⁶

Em razão desse raciocínio, esses renomados autores defendem, à luz do direito alemão, que a legitimidade ativa para a defesa de direitos e interesses eminentemente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) é autônoma:

A dicotomia clássica *legitimação ordinária-legitimação extraordinária* só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos 'prejudicados pela poluição', pelos 'consumidores de energia elétrica', enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinário, mas sim *legitimação autônoma para a condução do processo* (...): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.¹⁷⁷

Não se desconhece a existência de posicionamentos doutrinários em sentido contrário¹⁷⁸, porém o entendimento acima perfilado é aquele que mais se amolda à

¹⁷⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 219.

¹⁷⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 341.

¹⁷⁸ Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Teori Albino Zavascki: "Considerada a natureza transindividual dos direitos tutelados, não há como, em ação civil pública, imaginar a hipótese de legitimação ordinária de que trata o art. 6º do CPC, ou seja, a legitimação pessoal de quem se afirma titular do direito material. Tratando-se de direitos difusos ou coletivos (= sem titular determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação

defesa dos direitos eminentemente coletivos, especialmente pelo fato de que “os institutos do processo ortodoxo não podem explicar integralmente um fenômeno que apresenta caracteres diversos, como ocorre no processo coletivo”.¹⁷⁹

Já no que toca à legitimidade ativa para a defesa dos direitos e interesses acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), não há dúvida no âmbito doutrinário de que se trata de legitimação extraordinária pelo regime da substituição processual, uma vez que os entes legitimados postulam em juízo interesse alheio (de pessoas identificadas ou identificáveis) em nome próprio.

Feitas essas considerações, também merece destaque, no que tange à legitimidade ativa nas ações coletivas, é que ela é concorrente e disjuntiva.

O *caput* do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor é categórico ao estabelecer (em seus incisos) quais os entes são “legitimados concorrentemente” para ajuizar a ação coletiva.

O fato de a legitimidade ativa ser concorrente significa que qualquer dos entes elencados nos incisos do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (assim como nos incisos do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985) podem ajuizar ação coletiva.

Além disso, a legitimidade ativa *ad causam* é disjuntiva, ou seja, o legitimado que pretende ajuizar a ação não precisa da anuência, concordância dos demais legitimados para dar início à demanda coletiva. Isso não impede, porém, que eles pretendam ajuizar a ação em conjunto, estando-se diante, nesse caso, de litisconsórcio facultativo.¹⁸⁰

defende, em nome próprio, direito de que não é titular. Pode-se afirmar, por isso mesmo, que esse regime, de natureza extraordinária no sistema comum do processo civil, é o regime ordinário na ação civil pública.” (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, p. 63-64) Tendo isso em vista, Pedro Lenza sintetiza a legitimação no processo coletivo da seguinte forma: “Pode-se dizer, então, por todo o exposto, que a legitimação para a tutela coletiva é *extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva*: a) *extraordinária*, já que haverá sempre substituição da coletividade; b) *autônoma*, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada; c) *exclusiva* em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo; d) *concorrente* em relação aos representantes adequados, entre si, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e e) *disjuntiva*, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio eventualmente formado, sempre facultativo.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 193)

¹⁷⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

¹⁸⁰ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “Trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva (...), porque a lei não estabeleceu exclusividade a qualquer desses órgãos para a propositura da ação coletiva. Pode, qualquer um deles, isoladamente, propor ação coletiva. Caso queiram ajuizá-la em conjunto, o litisconsórcio entre os colegitimados pelo CDC 82 será facultativo.

Por fim, destaca-se que não obstante o núcleo duro do microssistema das ações coletivas prever um extenso rol de legitimados ativos, leis específicas (que também compõe esse microssistema) podem restringir o exercício de um determinado instrumento processual a alguns específicos.

Nesse sentido, é salutar a lição de Sérgio Shimura:

Assinale-se que a lei pode restringir a legitimidade ativa, dependendo do instrumento processual utilizado. Por exemplo, a Lei 8.429/1992, que dispõe sobre atos de impropriedade administrativa, confere legitimidade apenas ao Ministério Público e à Pessoa Jurídica interessada, lesada pelo fato ou ato jurídico; a Lei 7.913/1989, que rege a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de capitais, alude somente ao Ministério Público; a ação popular é proponível somente pelo cidadão (art. 1º, LAP).¹⁸¹

Essa situação é categórica no que tange ao ajuizamento da ação popular. Como visto no início desse capítulo, a legitimidade ativa para a ação popular é de qualquer cidadão (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal e artigo 1º da Lei 4.717/1965), não podendo ser aplicado para esse instrumento processual o disposto no *caput* tanto do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 quanto do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

3.3.2.1. A pertinência temática e a representação adequada.

Dois pontos objetos de discussão quando se fala de legitimidade ativa – notadamente das associações – nas ações coletivas são a pertinência temática e a representação adequada.

A pertinência temática é comumente retratada quando se estuda os legitimados para o ajuizamento das ações de controle concentrado de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental), as quais, como já exposto no presente estudo, constituem espécie do gênero ações coletivas.

Caso o MP archive o IC (LACP 8º, § 1º e 9º) sem promover a demanda, qualquer outro colegitimado poderá ajuizá-la” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 341)

¹⁸¹ SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 51-52.

O Supremo Tribunal Federal tem o entendimento sedimentado de que alguns dos entes legitimados previstos no artigo 103 da Constituição Federal devem demonstrar a existência da chamada pertinência temática, que é a relação de pertinência entre as finalidades institucionais do ente legitimado e a matéria veiculada no processo.¹⁸²

A despeito de não estar expresso no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor – assim como também não está no artigo 103 da Constituição Federal –,¹⁸³ a pertinência temática não é propriamente um requisito para se aferir a legitimidade do ente, mas sim o seu interesse processual (outra condição da ação – artigo 267, VI, do Código de Processo Civil).

Assim como se dá no processo em que se discute a constitucionalidade das leis e atos normativos, a pertinência temática nas ações coletivas é a existência de adequação, vinculação entre as finalidades institucionais do ente legitimado e o bem jurídico tutelado na demanda coletiva.

Trata-se de requisito que não se exige do Ministério Público, por exemplo, uma vez que a sua legitimação encontra amparo na própria Carta Magna (artigo 129, I), sendo que ele, como será visto a seguir, possui a finalidade constitucional de defesa dos direitos transindividuais.

Todavia, à luz do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça,¹⁸⁴ os outros entes legitimados deverão demonstrar a existência de pertinência temática.¹⁸⁵

¹⁸² STF; ADI 202 MC/BA; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; julgado em 23/03/1990; publicado no DJ de 02/04/1993; v.u.

¹⁸³ Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery criticam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal de estabelecer um requisito (o da pertinência temática) sem que exista lei nesse sentido: “Em resumo, as entidades arroladas na CF 103 tem *sempre* e objetivamente legitimidade ativa para a propositura da ADIn, sendo impertinente a exigência que faz nossa Suprema Corte, no sentido de que demonstrem a ‘pertinência temática’ para que sejam consideradas partes ativas legítimas ao ajuizamento da ADIn.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 522)

¹⁸⁴ Destaca-se o seguinte precedente: “A apuração da legitimidade ativa das associações e dos sindicatos como substitutos processuais, em ações coletivas, passa pelo exame da pertinência temática entre os fins sociais da entidade e o mérito da ação proposta.” (STJ; AgRg no REsp 997577/DF; Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira; julgado em 18/09/2014; publicado no DJe de 26/09/2014; v.u.)

¹⁸⁵ A esse respeito, são válidos os exemplos fornecidos por Sérgio Shimura: “Exemplificativamente, não se evidencia interesse processual do Município de Salvador, Estado da Bahia, em ajuizar ação civil pública contra um loteamento irregular situado no território do Município de São Paulo. Também não se mostra razoável admitir ação coletiva proposta pela Fundação Procon de São Paulo visando a impedir propaganda abusiva ocorrente apenas no Município de Campo Grande, Mato Grosso.” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 82)

Nesse particular, mostra-se salutar a consideração de Daniel Amorim Assumpção Neves:

Aparentemente, o requisito da pertinência temática foi o mais próximo que o legislador brasileiro chegou da chamada 'representação adequada' (...). Presume-se que, ao ter em seus estatutos a expressa previsão – ainda que genérica – da defesa do direito coletivo *lato sensu*, a associação será o representante adequado para a sua defesa em juízo em uma ação coletiva.¹⁸⁶

Constata-se, da mencionada citação, que a pertinência temática não pode ser confundida com a representação adequada.

A representação adequada é um instituto que remonta das *class actions* do direito norte-americano (*adequacy of representation*) por meio do qual caberia ao magistrado aferir se o ente legitimado – notadamente as associações – apresenta credibilidade, seriedade, conhecimento técnico, capacidade econômica e possibilidade de exercer uma defesa processual válida dos direitos transindividuais.

A análise desse instituto pode se dar de duas formas distintas: *ope judicis* e *ope legis* – sendo que a primeira delas se aproxima do sistema jurídico do *common law*, ao passo que a segunda do sistema do *civil law*.

No que tange ao sistema do *ope legis*, Daniel Amorim Assumpção Neves traz as seguintes considerações:

O raciocínio é até certo ponto simples: como os sujeitos que compõem a coletividade ou comunidade serão atingidos sem o direito de participarem do processo coletivo em contraditório, deve-se assegurar que sejam 'ouvidos' por meio do autor, que só terá condições de se tornar esse verdadeiro 'porta-voz' dos indivíduos se demonstrar concretamente estar plenamente apto a fazer a defesa do direito da forma mais perfeita e irrepreensível possível.¹⁸⁷

Em outras palavras, o juiz deveria analisar a existência de elementos que identifiquem as efetivas e reais condições de o ente legitimado cumprir o seu papel como dele se espera. Não se afere somente a capacidade dele de representar os

¹⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 169-170.

¹⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 170-171.

sujeitos que compõem o grupo, mas também o seu preparo e a sua efetiva capacidade de condução do processo.¹⁸⁸

Já quanto ao sistema *ope legis*, incumbe ao legislador estabelecer todos os requisitos necessários para que se admita um sujeito no polo ativo de uma ação coletiva, incumbindo ao juiz a análise do preenchimento ou não desses requisitos.

A despeito de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, não há previsão legal (tanto no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 quanto no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor) acerca da análise, por parte do Poder Judiciário, da representatividade adequada.

Não se desconhece que a representação adequada tem por finalidade evitar que ações coletivas temerárias sejam ajuizadas.¹⁸⁹ Todavia, em um sistema jurídico pautado pela legalidade (artigo 5º, II, da Constituição Federal) – característico do regime da *civil law* – caberia à lei estabelecer os requisitos que obstaculizariam o ajuizamento de uma ação coletiva sem a representação adequada.

Esse é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ao comentarem a legitimidade ativa das associações prevista no artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor:

¹⁸⁸ É importante destacar que a representatividade adequada, no Código Modelo de Processo Coletivos para Ibero-américa, é um dos requisitos da ação coletiva (artigo 2º, *caput* e I), sendo que o § 2º desse dispositivo estabelece em que consiste esse instituto:

“Art. 2º. São requisitos da ação coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

(...)

§ 2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

(...)”

¹⁸⁹ A esse respeito, destaca-se a lição de Ricardo de Barros Leonel: “A importância da adequação da representação refere-se não só às garantias constitucionais do processo, para ‘legitimar’ o provimento judicial com eficácia ampla, mas também para impedir o desvirtuamento da demanda coletiva, que pode ser utilizada de forma a contrariar os interesses metaindividuais. Evita-se, v.g., o ajuizamento de ações temerárias, sem fundamento razoável, por entidades que não tenham estofo moral ou técnico para promover a defesa coletiva em juízo e proponham a ação por motivos simplesmente políticos ou emulatórios; ajuizamento de ação por associação instituída com a exclusiva finalidade de obter um provimento para legitimar uma conduta ilícita; demanda pré-destinada ao insucesso, mal fundamentada ou conduzida para uma absolvição do demandado, fruto de colusão entre o autor e o réu.” (LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 165)

A legitimidade é aferível *ope legis*, bastando à associação preencher os requisitos contidos na lei para considerar-se legitimada ativa para a ACP, ao contrário da ação de classe (*class action*) norte-americana, onde essa legitimidade é aferível *ope judicis*, cumprindo ao juiz verificar se a associação possui adequada representatividade dos membros e da classe que representa. As limitações à legitimação das associações para a propositura da ACP são apenas e tão somente as estipuladas na norma ora comentada. Não tem lugar, por ser ilegal, outra exigência ou distinção, principalmente tendo em vista a qualidade da entidade, que restrinja a legitimação para agir das associações, fora das hipóteses expressamente enunciadas na norma sob exame.¹⁹⁰

É importante deixar claro que no Brasil, em razão da diferença de tratamento dado ao regime da coisa julgada coletiva (quando confrontado com o sistema das *class actions* do direito norte-americano),¹⁹¹ a ausência desse requisito não traz grandes reflexos práticos, uma vez que a improcedência dos pedidos formulados na ação coletiva não fará coisa julgada para os indivíduos (artigo 103, §§ 1º a 3º, do Código de Defesa do Consumidor). Entretanto, não se desconhece que a improcedência com suficiência de prova impossibilitará o ajuizamento de outra ação coletiva, por qualquer outro legitimado.

Não obstante, frisa-se que a presença do Ministério Público como *custus legis* (artigo 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985) é “uma salvaguarda interessante no tocante a garantir a efetiva atuação judicial em prol do direito defendido no processo coletiva”.¹⁹²

A esse respeito, também se mostra relevante a autorização para que o Ministério Público (assim como qualquer outro legitimado) possa assumir a titularidade ativa caso ocorra o abandono da ação ou a desistência infundada por parte da associação (artigo 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/1985).

Dessa forma, esse instituto deve ser encarado como um tema de *lege ferenda* (e não de *lege lata*), sendo que a sua inclusão, por meio de uma alteração legislativa, seria salutar para o sistema das ações coletivas, na medida em que provavelmente seria reduzida a quantidade de demandas coletivas temerárias.

3.3.2.2. O papel fundamental do Ministério Público (inclusive na defesa de direitos individuais homogêneos).

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 342.

¹⁹¹ Destaca-se que nos Estados Unidos, a sentença proferida na ação coletiva atingirá os sujeitos que não participaram do processo, independentemente do resultado (*pro et contra*).

¹⁹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 172.

Quando se está diante de uma ação coletiva, não há como olvidar que o papel do Ministério Público é de fundamental importância.

Veja-se que o texto constitucional, no que tange à ação civil pública, a estabeleceu dentre as competências do Ministério Público (artigo 129, III, da Constituição Federal).

Tendo isso em vista, o inciso I, tanto do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 quando do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece o Ministério Público como um dos entes legitimados para a propositura da ação coletiva.

A despeito de o *Parquet* não ser o único legitimado para a propositura da ação (legitimação essa que, como visto, é concorrente e disjuntiva), a sua intervenção no processo é sempre obrigatória, ainda que na figura de *custus legis*, nos termos artigo 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985, *in verbis*: “o Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

Essa disposição salienta a importância do Ministério Público para o processo coletivo na medida em que ele tanto pode ser parte como também fiscal da lei, ou seja, ele sempre irá intervir na demanda.

Tal fato se deve ao texto constitucional ter atribuído ao *Parquet* a função institucional de “proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (artigo 129, III, da Constituição Federal).

Uma leitura apressada desse trecho, juntamente com o disposto no inciso IV do artigo 1º da Lei nº 7.347/1985, levaria ao intérprete a concluir que o Ministério Público somente teria legitimidade para defender em juízo direitos e interesses difusos e coletivos *stricto sensu*, na medida em que há um silêncio no que toca aos direitos individuais homogêneos.

Nesse particular, é importante destacar que a lei que dispõe sobre a ação civil pública é de 24 de julho de 1985, ou seja, antes do advento do texto constitucional (que é de 5 de outubro de 1988) e também do Código de Defesa do Consumidor (de 11 de setembro de 1990), que introduziu o conceito de “direito individual homogêneo” (artigo 81, parágrafo único, III).

Dessa forma, não haveria como o legislador ou até mesmo o constituinte estabelecer a tutela desses direitos (tidos como acidentalmente coletivos) antes que essa expressão viesse à tona.

Ademais, e não menos importante, tem-se que o Ministério Público também poderá “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” (artigo 129, IX, da Constituição Federal).

Assim, o artigo 82, I, do Código de Defesa do Consumidor – conjugado com o artigo 81, parágrafo único, III, do mesmo diploma –, ao estabelecer a legitimidade ativa do Ministério Público para defender direitos e interesses individuais, está obedecendo aos ditames constitucionais previstos no mencionado artigo 129, IX, não se podendo esquecer, no mais, que a lei consumerista é norma de ordem pública e de interesse social (artigo 1º).¹⁹³

Com isso, não há como olvidar que esse órgão tem a legitimidade para defender direitos e interesses individuais homogêneos.

Porém, o *Parquet* somente terá legitimidade para a defesa em juízo desses direitos acidentalmente coletivos quando eles forem de relevância social, sob pena de se desnaturalizar, e até mesmo banalizar, a atuação desse importante órgão.

Nesse sentido, é salutar o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli:

Para essa posição, deve-se levar em conta, em concreto, a efetiva conveniência social da atuação do Ministério Público em defesa de interesses transindividuais. Essa conveniência social em que sobrevenha atuação do Ministério Público deve ser aferida em concreto a partir de critérios como este: a) conforme natureza do dano (p. ex. saúde, segurança e educação públicas); b) conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias etc.).¹⁹⁴

¹⁹³ Aqui é essencial a transcrição da lição de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery: “Pode mover *qualquer* ação coletiva, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque a ação coletiva, vale dizer o *instrumento* de que pode valer-se o legitimado autônomo (direitos difusos ou coletivos) ou extraordinário (direitos individuais homogêneos), é *per se* manifestação do *interesse social*, conforme expressamente determina o CDC 1º. A CF 129 III legitima o MP para a ACP na tutela de direitos difusos e coletivos, mas não menciona os individuais homogêneos. A CF 129 IX autoriza a lei federal a atribuir outras funções ao MP, desde que compatíveis com seu perfil constitucional. A CF 127 diz competir ao MP a defesa dos direitos e interesses *sociais* e individuais indisponíveis. Como as normas de defesa do consumidor (incluída a ação coletiva *tout court*) são, *ex vi legis*, de interesse social (CDC 1º), é legítima e constitucional a autorização que o CDC 82 I dá ao MP de promover a ação coletiva, em suas três modalidades, é de interesse social. As teses restritivas, portanto, inclusive a que entende ser inconstitucional o CDC 82 I, não se amoldam ao texto constitucional, razão porque não podem ser acolhidas, *máxima vênia concessa*.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 341-342)

¹⁹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113.

Ressalta-se ainda o disposto na súmula nº 7 do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo:

O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos de consumidores ou de outros, entendidos como tais os de origem comum, nos termos do art. 81º, III, c/c o art.82, I, do CDC, aplicáveis estes últimos a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art.21º da LAC 7.347/85, que tenham relevância social, podendo esta decorrer, exemplificativamente, da natureza do interesse ou direito pleiteado, da considerável dispersão de lesados, da condição dos lesados, da necessidade de garantia de acesso à Justiça, da conveniência de se evitar inúmeras ações individuais, e/ou de outros motivos relevantes.¹⁹⁵

Também não se pode esquecer que o papel do Ministério Público nas ações coletivas não acaba por aí.

De acordo com o artigo 5º, § 3º, da Lei nº 7.347/1985, “em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

Não obstante, é importante salientar que o *parquet* tem legitimidade para promover a execução coletiva da sentença proferida (artigo 98 do Código de Defesa do Consumidor) e até mesmo de liquidar e executar a sentença (condenatória de reparação de danos) quando, decorrido um ano, não houve habilitação de interessados em número compatível com a extensão do dano, sendo que, nesse caso, o valor será revertido para o Fundo criado pela Lei nº 7.347/1985 (artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor).

¹⁹⁵ A fundamentação desse enunciado é bem elucidativa: “(i) conveniência de se fazer constar, de forma expressa a legitimidade do Ministério Público, para a defesa de interesses individuais homogêneos de ‘consumidores’, a qual decorre não só dos termos do art.129, III, da CF, uma vez que tal categoria de direitos ou interesses se constitui em subespécie de interesses coletivos, como dos expressos termos do art.81, III, c/c o art.82, I, do CDC, e da jurisprudência atual e consolidada de nossos Tribunais Superiores, já tendo sido, inclusive, editada a Súmula 643 pelo E.STF, em matéria de mensalidades escolares, sendo incontáveis os julgados, tanto do E.STF, como do E.STJ, que reconhecem a legitimidade ministerial para a propositura de ações civis públicas visando à defesa de direitos individuais homogêneos decorrentes das relações de consumo, tais como daqueles originários de contratos bancários, consórcios, seguros, planos de saúde, TV por assinatura, serviços telefônicos, compra e venda de imóveis, etc., cabendo lembrar aqui que todos os direitos dos consumidores são de ordem pública e interesse social (art.1º do CDC), possuem fundamento constitucional (art.5º, XXXII e 170, V, da CF), sendo irrenunciáveis e, pois, indisponíveis, enquanto tais pelo consumidor, nos termos do art. 51, I, do CDC; (ii) conveniência de se evitar a defesa de teses e interpretações errôneas, de que a Súmula 07 do Conselho Superior não se aplicaria aos direitos individuais homogêneos dos consumidores; (iii) conveniência de se explicitar que também em outras áreas de atuação do MP, além da proteção do consumidor, podem ser movidas ações civis públicas, para a defesa de interesses individuais homogêneos, eis que o art.81, III, do CDC, se aplica a toda e qualquer ação civil pública, nos termos do art. 21º da LAC; (iv) conveniência de se reafirmar a necessidade de existir relevância social para a atuação do MP, em qualquer hipótese; (v) conveniência de se expressar, de forma mais clara, simples e objetiva, as circunstâncias que podem denotar relevância social, sempre em caráter expressamente exemplificativo.”

A esse respeito, pede-se vênia para transcrever o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Teori Albino Zavascki, em qual o Pretório Excelso adota o posicionamento aqui defendido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL COLETIVA. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS (DIFUSOS E COLETIVOS) E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISTINÇÕES. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 127 E 129, III, DA CF. LESÃO A DIREITOS INDIVIDUAIS DE DIMENSÃO AMPLIADA. COMPROMETIMENTO DE INTERESSES SOCIAIS QUALIFICADOS. SEGURO DPVAT. AFIRMAÇÃO DA LEGITIMIDADE ATIVA.

1. Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, indivisíveis e sem titular determinado, sendo, por isso mesmo, tutelados em juízo invariavelmente em regime de substituição processual, por iniciativa dos órgãos e entidades indicados pelo sistema normativo, entre os quais o Ministério Público, que tem, nessa legitimação ativa, uma de suas relevantes funções institucionais (CF art. 129, III).

2. Já os direitos individuais homogêneos pertencem à categoria dos direitos subjetivos, são divisíveis, tem titular determinado ou determinável e em geral são de natureza disponível. Sua tutela jurisdicional pode se dar (a) por iniciativa do próprio titular, em regime processual comum, ou (b) pelo procedimento especial da ação civil coletiva, em regime de substituição processual, por iniciativa de qualquer dos órgãos ou entidades para tanto legitimados pelo sistema normativo.

3. Segundo o procedimento estabelecido nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente aos direitos individuais homogêneos de um modo geral, a tutela coletiva desses direitos se dá em duas distintas fases: uma, a da ação coletiva propriamente dita, destinada a obter sentença genérica a respeito dos elementos que compõem o núcleo de homogeneidade dos direitos tutelados (na *debeatur*, *quid debeatur* e *quis debeat*); e outra, caso procedente o pedido na primeira fase, a da ação de cumprimento da sentença genérica, destinada (a) a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados (= a margem de heterogeneidade dos direitos homogêneos, que compreende o *cui debeatur* e o *quantum debeatur*), bem como (b) a efetivar os correspondentes atos executórios.

4. O art. 127 da Constituição Federal atribui ao Ministério Público, entre outras, a incumbência de defender “interesses sociais”. Não se pode estabelecer sinonímia entre interesses sociais e interesses de entidades públicas, já que em relação a estes há vedação expressa de patrocínio pelos agentes ministeriais (CF, art. 129, IX). Também não se pode estabelecer sinonímia entre interesse social e interesse coletivo de particulares, ainda que decorrentes de lesão coletiva de direitos homogêneos. Direitos individuais disponíveis, ainda que homogêneos, estão, em princípio, excluídos do âmbito da tutela pelo Ministério Público (CF, art. 127).

5. No entanto, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente particulares, passando a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da comunidade. Nessa perspectiva, a lesão desses interesses individuais acaba não apenas atingindo a esfera jurídica dos titulares do direito individualmente considerados, mas também comprometendo bens, institutos ou valores jurídicos superiores, cuja preservação é cara a uma comunidade maior de pessoas. Em casos tais, a tutela jurisdicional desses direitos se reveste de interesse social qualificado, o que legitima a propositura da ação pelo Ministério Público com base no art. 127 da Constituição Federal.

Mesmo nessa hipótese, todavia, a legitimação ativa do Ministério Público se limita à ação civil coletiva destinada a obter sentença genérica sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos individuais homogêneos.

6. Cumpre ao Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, identificar situações em que a ofensa a direitos individuais homogêneos compromete também interesses sociais qualificados, sem prejuízo do posterior controle jurisdicional a respeito. Cabe ao Judiciário, com efeito, a palavra final sobre a adequada legitimação para a causa, sendo que, por se tratar de matéria de ordem pública, dela pode o juiz conhecer até mesmo de ofício (CPC, art. 267, VI e § 3.º, e art. 301, VIII e § 4.º).

7. Considerada a natureza e a finalidade do seguro obrigatório DPVAT – Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (Lei 6.194/74, alterada pela Lei 8.441/92, Lei 11.482/07 e Lei 11.945/09) -, há interesse social qualificado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos dos seus titulares, alegadamente lesados de forma semelhante pela Seguradora no pagamento das correspondentes indenizações. A hipótese guarda semelhança com outros direitos individuais homogêneos em relação aos quais - e não obstante sua natureza de direitos divisíveis, disponíveis e com titular determinado ou determinável -, o Supremo Tribunal Federal considerou que sua tutela se revestia de interesse social qualificado, autorizando, por isso mesmo, a iniciativa do Ministério Público de, com base no art. 127 da Constituição, defendê-los em juízo mediante ação coletiva (RE 163.231/SP, AI 637.853 AgR/SP, AI 606.235 AgR/DF, RE 475.010 AgR/RS, RE 328.910 AgR/SP e RE 514.023 AgR/RJ).

8. Recurso extraordinário a que se dá provimento.

(STF; RE 631111/GO; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Tribunal Pleno; julgado em 07/08/2014; disponibilizado no DJe de 29/10/2014; v.u.)¹⁹⁶

Em suma, o Ministério Público exerce papel fundamental para a defesa dos direitos e interesses transindividuais.

3.3.2.3. A legitimidade ativa da Defensoria Pública.

A Lei nº 11.448/2007 introduziu a Defensoria Pública dentre o rol de legitimados para o ajuizamento da ação civil pública (artigo 5º, II, da Lei nº 7.347/1985).¹⁹⁷

¹⁹⁶ Ressalta-se que esse precedente diz respeito ao Tema nº 471 de repercussão geral, consistente na análise da “legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública em defesa de interesses de beneficiários do DPVAT”.

¹⁹⁷ Destaca-se que a Lei nº 11.448/2007, no que tange à alteração no inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, tem a sua constitucionalidade discutida por meio da ação direta de inconstitucionalidade nº 3.943/DF (sem pedido de tutela de urgência), ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, que ainda se encontra pendente de julgamento. Nessa ação, de acordo com Daniel Assumpção Amorim Neves, “há uma cumulação de pedidos na forma subsidiária. Como pedido principal, a declaração de inconstitucional do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 (LACP), com redução de texto e, subsidiariamente, em interpretação conforme o texto constitucional, que seja declarada a ilegitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas que tenham como objeto direitos difusos, limitando a sua atuação às ações coletivas cujo objeto sejam os direitos coletivos e individuais homogêneos vinculados a carentes econômicos.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2014, p. 180)

Antes mesmo da edição dessa lei, era possível sustentar a legitimidade ativa da Defensoria Pública com base no artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual são legitimados para o ajuizamento das ações coletivas “as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, inda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código”.

Todavia, a maior discussão acerca do tema diz respeito ao fato de a Defensoria Pública poder ajuizar ação civil pública para a tutela de direitos e interesses de pessoas que não podem ser enquadradas como necessitadas.

Como é cediço, o papel fundamental desse legitimado está esculpido no *caput* do artigo 134 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

A leitura do dispositivo acima transcrito já afasta qualquer discussão acerca da legitimidade ativa desse órgão para a tutela de direitos transindividuais, uma vez que ele é expresso ao assegurar a defesa “dos direitos individuais e coletivos” de forma integral e gratuita. Todavia, esse mesmo artigo, um pouco mais adiante, condiciona essa assistência aos necessitados, que são aqueles descritos no artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

Esse inciso do artigo 5º do texto constitucional preceitua que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A hipossuficiência de recursos, para fins de assistência jurídica gratuita por parte do Estado, decorre da situação econômica do indivíduo, podendo ele ser considerado como necessitado sempre que não tiver condições de arcar com as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família (artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/1950 – que disciplina a concessão de assistência judiciária aos necessitados).

Uma interpretação literal do texto constitucional permitiria a conclusão de que a Defensoria Pública somente poderia defender em juízo, coletivamente, os interesses dos necessitados.

Esse entendimento, inclusive, é o que tem despontado nos tribunais, notadamente no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMBARGOS INFRINGENTES. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITADOR CONSTITUCIONAL. DEFESA DOS NECESSITADOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. GRUPO DE CONSUMIDORES QUE NÃO É APTO A CONFERIR LEGITIMIDADE ÀQUELA INSTITUIÇÃO.

(...)

2. Na hipótese, no tocante à legitimidade ativa da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública, não bastou um mero exame taxativo da lei, havendo sim um controle judicial sobre a representatividade adequada da legitimação coletiva. Com efeito, para chegar à conclusão da existência ou não de pertinência temática entre o direito material em litígio e as atribuições constitucionais da parte autora acabou-se adentrando no terreno do mérito.

3. A Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CF, "é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV". É, portanto, vocacionada pelo Estado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que "comprovarem insuficiência de recursos" (CF, art. 5º, LXXIV), dando concretude a esse direito fundamental.

4. Diante das funções institucionais da Defensoria Pública, há, sob o aspecto subjetivo, limitador constitucional ao exercício de sua finalidade específica - "a defesa dos necessitados" (CF, art. 134) -, devendo os demais normativos serem interpretados à luz desse parâmetro.

5. A Defensoria Pública tem pertinência subjetiva para ajuizar ações coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, sendo que no tocante aos difusos, sua legitimidade será ampla (basta que possa beneficiar grupo de pessoas necessitadas), haja vista que o direito tutelado é pertencente a pessoas indeterminadas. No entanto, em se tratando de interesses coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, diante de grupos determinados de lesados, a legitimação deverá ser restrita às pessoas notadamente necessitadas.

(...)

9. Recurso especial provido.

(STJ; REsp 1192577/RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª Turma; julgado em 25/05/2014; publicado no DJe de 15/08/2014; v.u.)¹⁹⁸

¹⁹⁸ Ressalta-se que, no caso em questão, ficou reconhecida a ilegitimidade ativa da Defensoria Pública pelo fato de não se estar diante de "necessitados" economicamente, uma vez que, nos termos do relator, "ao optar por contratar plano particular de saúde, parece intuitivo que não se está diante de consumidor que possa ser considerado necessitado a ponto de ser patrocinado, de forma coletiva, pela Defensoria Pública". Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a pessoa que possui um plano de saúde (e que, portanto, não se sujeita ao "falido" Sistema Único de Saúde) não pode ser considerada como necessitada para fins de tutela de seus direitos pela Defensoria Pública. Todavia, *data maxima venia*, esse posicionamento acaba por ignorar o fato de que uma pessoa somente possui um vínculo jurídico obrigacional com uma operadora de saúde pelo fato de o Estado não cumprir o mandamento constitucional de prestação de um serviço público de saúde com excelência. As pessoas são praticamente obrigadas a firmar contratos dessa natureza, pois, se assim não procederem, podem ter sérias dificuldades para obter um tratamento. Não

Frisa-se, ademais, que o posicionamento acima encontra respaldo doutrinário.¹⁹⁹

Resta claro que a discussão persiste em face dos direitos e interesses coletivos em sentido estreito e dos individuais homogêneos, uma vez que essas duas espécies possuem titulares determinados (ou pelo menos determináveis).

Na visão do precedente acima ementado, constata-se que a Defensoria Pública (i) tem legitimidade ativa para a defesa de direitos difusos, na medida em que, como os seus titulares não são identificáveis, se considera que dentre eles existam pessoas necessitadas;²⁰⁰ e (ii) somente tem legitimidade ativa para a defesa dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos individuais homogêneos quando os eventuais beneficiados pela sentença coletiva forem necessitados economicamente.²⁰¹

obstante, também merece destaque que essa “presunção” desconsidera os tidos contratos coletivos em que o estipulante arca, em muitos casos, com a totalidade do prêmio. Assim, ainda aquelas pessoas que necessitadas podem ter acesso ao sistema de saúde suplementar.

¹⁹⁹ Hugo Nigro Mazzilli tem o mesmo posicionamento: “Em suma, nosso entendimento é o de que a Defensoria Pública pode propor ações civis públicas ou coletivas, em defesa dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos de pessoas que se encontrem na condição de necessitados, ou seja, de quem tenha insuficiência de recursos para custear a defesa individual, mesmo que, com isso, em matéria de interesses difusos (que compreendem grupos indetermináveis de lesados), possam ser indiretamente beneficiadas terceiras pessoas que não se encontrem na condição de deficiência econômica, até porque não haveria como separar os integrantes desse grupo atingido. Apenas no tocante à defesa de interesses coletivos em sentido estrito ou de interesses individuais homogêneos (nestas duas hipóteses temos grupos determináveis de lesados), é mister que os beneficiários da ação sejam pessoas necessitadas, para que a Defensoria Pública possa exercer em seu favor o processo coletivo” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 324)

²⁰⁰ Nesse particular, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional (tema nº 607) acerca da “legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública em defesa de interesses difusos”.

²⁰¹ Destaca-se que esse entendimento foi respaldado em antigo precedente do Supremo Tribunal Federal que deferiu em parte a medida cautelar pleiteada na ação direta de inconstitucionalidade (que ainda não teve o seu mérito julgado) ajuizada em face do artigo 176, § 2º, V, “e” e “f”, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro para o fim de restringir o ajuizamento de ação coletiva por parte da Defensoria Pública em relação a associação ou consumidor carente de recursos para a defesa processual de seus direitos:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: IMPUGNAÇÃO A VARIOS PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM PEDIDO DE SUSPENSÃO LIMINAR DOS ARTS. 100 (EM PARTE), 159 (EM PARTE), 176, “CAPUT” (EM PARTE) E SEU PAR. 2., V, “E” E “F”; 346 E 352, PARAG. ÚNICO: MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE, SEM SUSPENSÃO DO TEXTO, QUANTO AO ART. 176, PAR. 2., V, “E” E “F”, E, INTEGRALMENTE, QUANTO AOS ARTG. 346 E 352, PARAG. ÚNICO.

(...)

3. Defensoria pública: argüição de inconstitucionalidade de normas que lhe conferem atribuição para: a) a orientação jurídica, a postulação e a defesa em juízo dos direitos e interesses “coletivos” dos necessitados (art. 176, “caput”): denegação da liminar;

Entretanto, não há como olvidar que esse entendimento é limitador e não se coaduna com a sistemática das ações coletivas, uma vez que não seria crível que pessoas na mesma situação fática não sejam beneficiados da sentença coletiva de procedência pelo fato de a Defensoria Pública ser autora e nem todos os afetados serem necessitados.

Como exemplo dessa situação pode-se citar eventual ação coletiva ajuizada pela Defensoria Pública em face de instituição financeira em razão dos chamados expurgos inflacionários.²⁰² Nesse caso, é ilógico, sob a ótica do processo coletivo, que somente sejam beneficiados pela decisão aquelas pessoas que forem necessitadas economicamente.

Para fins de prestação da tutela jurisdicional coletiva, o vocábulo “necessitados” (artigo 134 da Constituição Federal) deve ser interpretado não sob o viés econômico, mas sim sob o aspecto organizacional, cultural e social, ou seja, caso existam pessoas com necessidade econômica dentro de um grupo, a Defensoria Pública tem legitimidade para defender os direitos e os interesses de todos eles e não somente daqueles em situação de hipossuficiência econômica.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Ada Pellegrini Grinover:

Salienta-se, ainda, que a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos se aplica exclusivamente às demandas individuais, porquanto, nas ações coletivas, esse requisito resultará naturalmente do objeto da demanda – o pedido formulado. Bastará que haja indícios de que parte ou boa parte dos assistidos seja necessitada. E, conforme já decidiu o TRF da 2ª Região, nada há nos artigos 5º, LXXIV, e 134 da CF que indique que a defesa dos necessitados só possa ser individual. Seria até mesmo um

b) patrocinar (e não, promover) ação civil em favor de associações destinadas a proteção de interesses "difusos" (art. 176, par. 2., v, "e", 1., parte): suspensão cautelar recusada;
 c) "idem", em favor de associações de defesa de interesses "coletivos" (art. 176, par. 2., v, "e", 2., parte): suspensão liminar deferida, em termos, para restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo a hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo;
 d) patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado, na forma da lei (art. 176, par. 2., v, "f"): medida cautelar deferida em termos similares a da alínea "c" supra.
 (...)” (STF; ADI 558 MC/RJ; Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Tribunal Pleno; julgado em 16/08/1991; publicado no DJ de 26/03/1993)

²⁰² Rodolfo de Camargo Mancuso se utiliza desse mesmo exemplo: “É de se ressaltar a importância da atuação da Defensoria não só no plano da jurisdição singular, mas também no das ações coletivas, estas últimas um meio idôneo a prevenir a pulverização dos megaconflitos em múltiplas e repetitivas ações individuais, como, por exemplo, se deu com a judicialização das pretensões dos poupadores lesados pela correção a menor de seus ativos, por ocasião do chamado Plano Bresser (quando bastaria uma ação coletiva em nome dos interesses individuais homogêneos das pessoas prejudicadas, já que a coisa julgada que aí viria formada se projetada *erga omnes*: CDC, arts. 81, parágrafo único, III; 95; 103, III).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* - Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 154)

contrassenso a existência de um órgão que só pudesse defender necessitados individualmente, deixando à margem a defesa de lesões coletivas, socialmente muito mais graves.

(...)

Assim, mesmo que se queira enquadrar as funções da Defensoria Pública no campo da defesa dos necessitados e dos que comprovarem insuficiência de recursos, os conceitos indeterminados da Constituição autorizam o entendimento – aderente à ideia generosa do amplo acesso à justiça – de que compete à instituição a defesa dos necessitados do ponto de vista organizacional, abrangendo portanto os componentes de grupos, categorias ou classes de pessoas na tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.²⁰³

Dessa forma, deve-se reconhecer legitimidade ativa à Defensoria Pública para a tutela de qualquer espécie de direito transindividual, sendo suficiente que dentre os beneficiados pela tutela coletiva estejam pessoas necessitadas, ou seja, não há a necessidade de que todos os beneficiários estejam nessa situação de necessidade econômica, sob pena de se desnaturalizar o processo coletivo.

Frisa-se, ademais, que o entendimento aqui defendido rechaça a tese de que somente poderiam executar a sentença de procedência da demanda coletiva os indivíduos necessitados, uma vez que, como será visto adiante, os efeitos da sentença de procedência são *erga omnes*.

3.3.2.4. A legitimidade ativa das associações.

Antes de adentrar nas peculiaridades da legitimação ativa das associações, é importante deixar claro que elas são pessoas jurídicas de direito privado (artigo 44, I, do Código Civil) constituídas “pela união de pessoas que organizem para fins não econômicos” (artigo 53, *caput*, do Código Civil), inexistindo, ademais, direitos e obrigações recíprocas entre os associados (artigo 53, parágrafo único, do Código Civil).

Frisa-se que a ausência de finalidade econômica é o traço característico das associações, diferenciando-as das sociedades empresárias, pois, nestas, as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados (artigo 981 do Código Civil).

²⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 93.

No que tange às ações coletivas, o artigo 5º, V, da Lei nº 7.347/1985 e o artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcritos, conferem legitimidade ativa às associações para a propositura dessas medidas judiciais:

Art. 5º Lei n. 7.347/85	Art. 82 CDC
Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (...) V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (...) § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. (...)	Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (...) IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Constata-se que esses dispositivos estão em consonância com o texto constitucional, uma vez que dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil se encontra a construção de uma sociedade solidária (artigo 3º, I, da Constituição Federal),²⁰⁴ sendo que “a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo” (artigo 174, § 2º, da Constituição Federal).

Justamente por esse motivo é que o constituinte originário buscou incentivar a criação de associações, ao estabelecer, nos incisos XVII a XXI do artigo 5º da Constituição Federal:²⁰⁵ (i) a liberdade de reunião; (ii) a plena liberdade de

²⁰⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

²⁰⁵ “Art. 5º. (...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

associação para fins lícitos; (iii) a criação de associações e cooperativas independem de autorização do poder público; (iv) a vedação à interferência estatal em seu funcionamento; e (v) que somente o Poder Judiciário poderá dissolver uma associação de forma compulsória.

Feitas essas considerações, não há como olvidar que o legislador infraconstitucional, ao estabelecer a legitimidade ativa para as associações ajuizarem ações coletivas, autorizou que a sociedade civil organizada promova a defesa dos direitos e interesses transindividuais.²⁰⁶

Todavia, para tanto, foram estabelecidos os seguintes requisitos: (i) que a associação esteja constituída há pelo menos um ano; e (ii) que dentre as suas finalidades institucionais esteja a tutela dos direitos transindividuais.

Tendo em vista que a associação é uma pessoa jurídica de direito privado (artigo 44, I, do Código Civil), destaca-se que o termo inicial do prazo anual previsto no artigo 5º, V, da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor é o registro dos seus atos constitutivos (artigo 45 do Código Civil e artigo 114, I, da Lei nº 6.015/1973).

Ainda no que tange à exigência de constituição há pelo menos um ano, constata-se que esse requisito pode ser dispensado pelo magistrado – sempre em decisão fundamentada – “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (artigo 5º, § 4º, da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).²⁰⁷

Já quanto ao outro requisito, não há nenhuma disposição legal que autorize a sua dispensa. Assim, em todas as ações coletivas ajuizadas por associações,

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente; (...)

²⁰⁶ Nesse particular, destaca-se a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: “A legitimação conferida às associações para a propositura de ações coletivas em prol de interesses metaindividuais (Lei nº 7.347/85, art. 5º e inciso V, a e b; art. 82, IV, da Lei nº 8.078/90) pode ser vista no contexto mais geral da *participação popular na boa gestão da coisa pública*, sob a égide da *democracia participativa e pluralista*, incentivada pela Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único), como se dá com a defesa do meio ambiente (art. 225, *caput*) e do patrimônio cultural (art. 216 e § 1º).” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155)

²⁰⁷ Essa exceção não se aplica à impetração de mandado de segurança coletivo, uma vez que o texto constitucional (e não a lei ordinária) é que prevê a necessidade de constituição por mais de um ano, sem qualquer ressalva (artigo 5º, LXX, b, da Constituição Federal). Nesse sentido: Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 342.

caberá ao Poder Judiciário analisar a representatividade adequada desse ente legitimado, ou seja, se a associação autora tem por finalidade institucional a defesa coletiva do direito objeto da lide.

Pelo teor dos dispositivos analisados, conclui-se que a finalidade institucional para a “proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” deve constar do ato constitutivo da associação, sendo que a sua finalidade precípua não pode destoar do bem jurídico postulado em juízo. Em outras palavras, a título de exemplo, uma associação que tem por finalidade defender os consumidores das instituições financeiras não possui legitimidade ativa para discutir eventual dano ocasionado a consumidores de planos de saúde. Assim, deve restar demonstrada a pertinência temática.²⁰⁸

Esse filtro é necessário para que se evite o ajuizamento de ações coletivas por entes que não representam aquela parcela da sociedade que, em tese, teve um direito lesado ou ameaçado.

O requisito em tela é de extrema relevância, na medida em que eventual improcedência (com suficiência de provas) da ação civil pública resultará na formação de coisa julgada material, impossibilitando, assim, o ajuizamento de nova demanda coletiva sobre o mesmo tema.

Não obstante, é importante deixar claro que a lei é expressa ao dispensar a “autorização assemblear” (artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor)²⁰⁹ para o ajuizamento da ação coletiva por parte da associação.²¹⁰

Constata-se que essa desnecessidade não desrespeita o inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que esse dispositivo deve ser

²⁰⁸ Sobre o assunto, destaca-se o posicionamento de Sérgio Shimura:

“Além da existência jurídica, a associação deve ater-se às suas finalidades institucionais, isto é, exige-se a previsão, dentre as finalidades para as quais foi criada, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico etc. (art. 5º, LACP). Significa que a associação (e, de resto, as entidades privadas, como as fundações de direito privado, sindicatos, corporações etc.) deve demonstrar a pertinência temática entre sua finalidade e o bem jurídico a ser tutelado.

Exemplificativamente, não se lobra interesse processual da Associação Paulista do Ministério Público em buscar a proteção de direitos dos bancários da cidade de Curitiba.” (SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 89)

²⁰⁹ No mesmo sentido encontram-se (i) o artigo 210, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente; e (ii) artigo 81, IV, do Estatuto do Idoso.

²¹⁰ A esse respeito, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “É dispensável o requisito temporal da associação (pré-constituição há mais de um ano) quando presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e pela relevância do bem jurídico a ser protegido.” (STJ; REsp706449/PR; Rel. Min. Fernando Gonçalves; 4ª Turma; julgado em 26/05/2008; publicado no DJe de 09/06/2008 e na LEXSTJ vol. 227 p. 75; v.u.)

interpretado à luz do artigo 129, § 1º, também do texto constitucional, que possibilita que outros entes legitimados (além do Ministério Público) possuam legitimidade ativa para as ações coletivas nos termos da lei, a qual não impõe nenhuma limitação nesse sentido.

Portanto, a limitação imposta no inciso do artigo 5º mencionado tem razão de ser para as ações não coletivas, uma vez que a autorização para o ajuizamento da demanda coletiva estará no próprio ato constitutivo da associação²¹¹ e que a exigência do texto constitucional somente se aplica para os regimes de representação processual,²¹² a qual não se verifica na defesa dos direitos transindividuais.²¹³

Esse entendimento é corroborado pelo fato de que todas as pessoas, cujo direito lesado ou ameaçado foi objeto de tutela por meio de ação coletiva, sejam beneficiadas em caso de procedência do pedido. Nesse caso, não há que se cogitar em limitação somente aos associados do autor legitimado.²¹⁴

²¹¹ Esse é o posicionamento de Kazuo Watanabe: “Para fins de defesa dos interesses ou direitos dos consumidores, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, enunciada nos respectivos atos constitutivos. Vale dizer, estão elas permanentemente autorizadas, desde a sua constituição a agir em juízo desde que seja esse seu fim institucional” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.95) No mesmo sentido se encontra a lição de Hugo Nigro Mazzilli: “Por que o CDC dispensou a autorização da assembleia? Porque, se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização estatutária.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336)

²¹²“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA. C.F., ART. 5., LXX; ART. 5., XXI. I. - A LEGITIMIDADE DAS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS, ENTIDADES DE CLASSE OU ASSOCIAÇÕES, PARA A SEGURANÇA COLETIVA, E EXTRAORDINÁRIA, OCORRENDO, EM TAL CASO, SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. C.F., ART. 5., LXX. II. - NÃO SE EXIGE, TRATANDO-SE DE SEGURANÇA COLETIVA, A AUTORIZAÇÃO EXPRESSA ALUDIDA NO INCISO XXI DO ART. 5. DA CONSTITUIÇÃO, QUE CONTEMPLA HIPÓTESE DE REPRESENTAÇÃO. III. - R.E. NÃO CONHECIDO.” (STF; RE 182543/SP; Rel. Min. Carlos Velloso; 2ª Turma; julgado em 29/11/1994; publicado no DJ de 07/04/1994; v.u.)

²¹³ Como já dito anteriormente, para a defesa dos direitos transindividuais, a legitimação é própria (quando se fala de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*). Ela será extraordinária – e, portanto, sujeita ao regime da substituição processual – quando se está diante de direitos individuais homogêneos.

²¹⁴ O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou nesse sentido: “A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes de consórcio, desistentes ou excluídos, sejam eles seus associados ou não.” (STJ; AgRg no REsp651038/PR; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 03/08/2004; publicado no DJ de 23/08/2004 p. 237; v.u.)

Chega-se a essa conclusão em decorrência dos efeitos *erga omnes* da sentença de procedência exarada em ação coletiva (artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 16 da Lei nº 7.347/1985).

Nesse particular, destaca-se a (no mínimo infeliz) redação do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

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

Esse dispositivo é de flagrante inconstitucionalidade, uma vez que, além de ter sido inserido por meio de medida provisória sem os requisitos da relevância e da urgência, acaba por desnaturalizar a tutela coletiva, impondo uma restrição que não se compatibiliza com o texto constitucional, o qual não a prevê.²¹⁵

Ainda que assim não se entenda, a limitação por ele imposta somente deve se operar para as ações coletivas ajuizadas em face da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas autarquias e fundações. Esse entendimento tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça:

Processual. Agravo no recurso especial. Ação de execução. Prequestionamento. Título executivo judicial. Sentença proferida em ação civil pública contra empresa pública, favoravelmente aos poupadores do Estado. **Extensão da coisa julgada. Comprovação da legitimidade ativa do credor. Demonstração de vínculo associativo. Apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Desnecessidade.**

- O prequestionamento dos dispositivos legais tidos por violados constitui requisito específico de admissibilidade do recurso especial.

- Porquanto a sentença proferida na ação civil pública estendeu os seus efeitos a todos os poupadores do Estado do Paraná que mantiveram contas de caderneta de poupança iniciadas ou renovadas até 15/6/87 e 15/1/89, a eles devem ser estendidos os efeitos da coisa julgada, e não somente aos poupadores vinculados à associação proponente da ação.

- Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação

²¹⁵ A inconstitucionalidade da Lei nº 9.494/1997 será abordada com maiores detalhes a diante, na parte em que se sustenta a inexistência de limite territorial para a sentença coletiva. De qualquer forma, desde já ganha destaque a lição de Pedro Lenza, que comunga do entendimento aqui defendido: LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 198-200.

civil pública, despicienda se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Precedentes.

Agravo no recurso especial desprovido.

(STJ; AgRg no REsp641066/PR; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 14/09/2004; publicado no DJ de 04/10/2004 p. 296; v.u.)²¹⁶ – grifos não originais

Em outras palavras, não parece razoável que outras pessoas, que se encontrem na mesma situação daqueles que possuem vínculo com a associação, não sejam beneficiadas pela decisão exarada na sentença coletiva pelo simples fato de elas não serem vinculados à autora da ação.

Nesse particular, é importante deixar claro que o escopo da tutela dos direitos transindividuais não é a proteção de uma parcela dos sujeitos que tiveram um direito lesado ou ameaçado, mas sim de todas as pessoas que se encontram na mesma situação.

Frisa-se, ademais, que os sindicatos – que comumente ajuízam ações coletivas para a defesa dos direitos transindividuais ligados à categoria – tem como fundamento, que ampara a sua legitimidade ativa, os mesmos dispositivos das associações (artigo 5º, V, da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor), uma vez que o sindicato nada mais é do que uma associação de trabalhadores constituída para defender os interesses da categoria.²¹⁷

3.4. Litispendência.

3.4.1. Conceito e sua caracterização no processo individual.

²¹⁶ Outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça são encontrados nesse sentido: “O sindicato ou associação, como substitutos processuais, têm legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos de toda a categoria, e não apenas de seus filiados, sendo dispensável a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa. Assim, a formação da coisa julgada nos autos de ação coletiva deve beneficiar todos os servidores da categoria, e não apenas aqueles que na ação de conhecimento demonstrem a condição de filiado do autor.” (STJ; Ag 1153516/GO; Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura; 6ª Turma; julgado em 05/04/2010; publicado no DJe 26/04/2010; v.u.). Ainda sobre esse tema: STJ; AgRg no REsp1240114/SC; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino; 3ª Turma; julgado em 11/03/2014; publicado no DJe de 18/03/2014; v.u.

²¹⁷ Esse também é o posicionamento de Kazuo Watanabe: “A alusão às ‘associações’, contida no inc. IV do art. 82 do ‘Código’, é abrangente de sindicatos, cooperativas e todas as demais formas de associativismo (art. 174, § 2º, CF), desde que os requisitos preestabelecidos na lei sejam devidamente preenchidos.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 95)

A litispendência é, juntamente com a perempção e com a coisa julgada, um dos pressupostos processuais negativos, que, uma vez configurada, resulta na extinção do processo sem resolução de mérito (artigo 267, V, do Código de Processo Civil).

Trata-se de matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 301, § 4º, do Código de Processo Civil), podendo, entretanto, o réu suscitar-la em preliminar de contestação (artigo 301, V, do Código de Processo Civil).

A conceituação do instituto da litispendência está nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 301 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 301.

(...)

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso.

(...)

Em outras palavras, a litispendência consiste na propositura de ação idêntica a uma outra ainda em curso.

Portanto, para a caracterização da litispendência, é imperioso que se esteja diante (i) da tríplice identidade, qual seja, mesmas partes, pedidos e causas de pedir; e (ii) de demanda ainda em curso, ou seja, não transitada em julgado – hipótese em que, se configurada, ter-se-á o fenômeno da coisa julgada (e não da litispendência).

3.4.2. Litispendência no processo coletivo.

No que diz respeito ao processo coletivo, o problema da litispendência está vinculado ao seu elemento subjetivo, qual seja, a identidade de partes.

Isso se deve ao fato de que, de acordo com o artigo 5º da Lei n. 7.347/85 e o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, a ação coletiva pode ser ajuizada por inúmeros entes.

A despeito da discussão acerca da existência de legitimação extraordinária

ou legitimação autônoma, por certo pode-se afirmar que esses entes possuem legitimidade para defender em juízo interesses e direitos de uma coletividade (indeterminada ou não).

Tendo isso em vista, se fosse aplicada a regra geral do processo civil individual, somente haveria que se falar em litispendência no processo coletivo caso se estivesse diante de duas ações coletivas (com identidade de pedidos e de causa de pedir) ajuizadas pelo mesmo ente legitimado.

Todavia, esse entendimento acabaria por resultar em uma imensa insegurança jurídica, na medida em que poder-se-ia estar diante de inúmeras ações coletivas, com o mesmo objeto.

Assim, parece que para a ocorrência do fenômeno da litispendência, não há a necessidade de se estar diante das mesmas partes, mas sim da tutela dos mesmos direitos e em prol dos mesmos interessados, exercendo, portanto, os legitimados a mesma função jurídica.²¹⁸

Em outras palavras, para a caracterização da litispendência nas ações coletivas mostra-se necessário que (i) exista identidade de pedidos e de causa de pedir, sendo que o mesmo direito transindividual está sendo tutelado nas duas ações; e (ii) os beneficiários da sentença coletiva sejam os mesmos nas duas ações.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Antonio Gidi:

A litispendência entre duas ações coletivas ocorre sempre que se esteja em defesa do mesmo direito. É o que acontece quando há identidade de cause de pedir e de pedido. É preciso ressaltar que, se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispendência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes.²¹⁹

Ele conclui da seguinte forma:

Não ocorrerá litispendência ou coisa julgada entre duas ações coletivas

²¹⁸ Arruda Alvim, Theresa Alvim, Eduardo de Arruda Alvim e James Marins assim sustentam: “No entanto, no que diz respeito à litispendência de uma ação coletiva para a mesma ação coletiva, ainda que os legitimados sejam diversos (mas exercem função jurídica idêntica, em prol dos mesmos interessados, formulando o mesmo pedido e com lastro na mesma ‘causa petendi’), aplica-se o sistema do Código de Processo Civil, ocorrendo litispendência.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 488)

²¹⁹ GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219.

propostas com a mesma causa de pedir, se não visarem ambas à proteção do mesmo direito difuso, do mesmo direito coletivo ou dos mesmos direitos individuais homogêneos. Assim, uma ação coletiva em defesa do direito coletivo correspondente nem uma ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos correspondentes. Isso porque, em que pese haver identidade de partes e correspondência de causas de pedir, os pedidos formulados em cada ação coletiva são diferentes, e isso as torna ações coletivas diferentes.²²⁰

Frisa-se, ainda, que este foi o posicionamento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. IMPETRAÇÃO DE DOIS MANDADOS DE SEGURANÇA POR DUAS ENTIDADES REPRESENTATIVAS DA MESMA CATEGORIA PROFISSIONAL. MESMA CAUSA DE PEDIR. IDENTIDADE PARCIAL DE PEDIDOS. CONTINÊNCIA. CONFIGURAÇÃO.

I- O aspecto subjetivo da litispendência nas ações coletivas deve ser visto sob a ótica dos beneficiários atingidos pelos efeitos da decisão, e não pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Assim, impetrados dois mandados de segurança por associação e por sindicato, ambos representantes da mesma categoria profissional, os substituídos é que suportarão os efeitos da decisão, restando, assim, caracterizada a identidade de partes.

II - Em face da identidade parcial de pedidos, em razão de um ser um mais abrangente que o outro, configura-se a continência, que é espécie de litispendência parcial.

III - Inviável, porém, a reunião de processos, tendo em vista que já julgado um deles (Súmula 235/STJ), impondo-se, por consequência, a extinção parcial do presente writ na parte em que apresenta o mesmo pedido.

Recurso ordinário parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos ao e. Tribunal a quo, para que julgue o mandamus.

(STJ; RMS 24196/ES; Rel. Min. Felix Fischer; 5ª Turma; julgado em 13/12/2007; publicado no DJ de 18/02/2008; v.u.) – grifos não originais

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO COLETIVA - SINDICATO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LITISPENDÊNCIA/COISA JULGADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO: SÚMULA 284/STF - INADMISSIBILIDADE.

1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal.

2. Tratando-se de ações coletivas, para efeito de aferição de litispendência, a identidade de partes deverá ser apreciada sob a ótica dos beneficiários dos efeitos da sentença, e não apenas pelo simples exame das partes que figuram no pólo ativo da demanda. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido e não provido.

(STJ; REsp 1168391/SC; Rel. Min. Eliana Calmon; 2ª Turma; julgado em 20/05/2010; disponibilizado no DJe de 31/05/2010; v.u.) – grifos não originais

Em suma, caso se esteja diante de duas ações coletivas, com os mesmos pedidos e as mesmas causas de pedir, - tutelando, portanto, os mesmos

²²⁰GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 220.

transindividuais - ocorrerá a litispendência, ainda que elas tenham sido ajuizadas por interessados distintos (Ministério Público e Associação, por exemplo).

A situação, porém, é diferente caso se esteja diante de ações coletivas que visam tutelar direitos transindividuais de espécies distintas.

Nesse caso, inexistindo a tríplice identidade, mas sim identidade de pedido ou de causa de pedir, haverá, conforme o caso, conexão ou continência, não havendo que se falar em litispendência.

3.4.3. Relação entre ação coletiva e ação individual.

No que tange à concomitância entre ação coletiva e ação individual, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor assim disciplina:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Quanto à concomitância de ações individuais e coletiva, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor é expresso ao afastar a existência de litispendência entre essas ações, além de impor que deverá o juiz da ação individual, ciente da existência de uma ação coletiva com o mesmo objeto, determinar à serventia que certifique nos autos a existência da mencionada ação coletiva e conferir prazo para que o autor da ação individual se manifeste em 30 dias se pretende ou não a suspensão de seu processo.

Essa determinação está diretamente relacionado ao § 3º do artigo 103 do mesmo diploma legal, que, por sua vez, preconiza que não haverá prejuízo das ações individualmente intentadas.

Frisa-se que qualquer das partes pode (e deve) cientificar o juízo da ação individual acerca de uma ação coletiva com o mesmo objeto, não se perdendo de vista que sempre ocorrerá a publicação de edital, nos autos da ação coletiva, para que eventuais prejudicados ingressem como litisconsortes (artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor).

É importante ressaltar, ainda, que caso o autor da ação individual não

requeira a suspensão de seu processo, este não será beneficiado com a prolação de eventual sentença de improcedência (artigo 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Também merece destaque o fato de que, a despeito de respeitáveis posicionamentos em sentido contrário²²¹, o indivíduo não tem interesse processual no ajuizamento de uma ação individual de conhecimento, se já existir uma demanda coletiva transitada em julgado, hipótese em que poderá promover a competente liquidação/execução da sentença.²²²

Nesse caso, o ajuizamento de liquidação/execução pelo indivíduo obedece aos ditames da necessidade e da utilidade do provimento jurisdicional, na medida em que, em razão da procedência da demanda coletiva, o indivíduo pode se valer diretamente de um provimento executivo, que lhe será mais útil, não sendo necessária a constituição de um título para esse fim.

3.5. Competência.

3.5.1. Conceito e noções gerais do instituto no processo individual.

Antes de adentrar nas peculiaridades da competência no processo civil (individual e coletivo), mostra-se necessário ressaltar que a jurisdição, como uma das expressões do poder estatal, é una e, em tese, pode ser prestada por todos os órgãos jurisdicionais.

Todavia, por uma questão prática, a Constituição Federal e as leis impõem alguns limites ao exercício da jurisdição, cabendo, assim, a cada órgão do Poder Judiciário, a prestação da tutela jurisdicional de acordo com alguns parâmetros pré-

²²¹ “AÇÃO COLETIVA TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO INDIVIDUAL. Mesmo ante a existência de tríplice identidade, a existência de ação coletiva já transitada em julgado não impede o acesso individual à Justiça. Deste modo, não há óbice ao julgamento da demanda individual, uma vez que a sua propositura após a ação coletiva indica, tão somente, em renúncia do autor aos benefícios por esta alcançados.” (TRT 1; RO 01300003720095010029; Rel. Des. Leonardo Dias Borges; 8ª Turma; publicado em 22/11/2012; v.u.)

²²² “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDIVIDUAL APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DE EXECUTAR A SENTENÇA COLETIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL QUANTO AO EFEITO INDIVIDUAL.

1. Havendo sentença deferitória da postulação (3,17%), transitada em julgado, em favor de toda a categoria, inclusive da ora autora, lhe falece interesse para intentar nova ação, esta de cunho individual, em busca do mesmo índice;

2. Correta a sentença que inadmitiu a repetição da postulação. Apelação improvida.” (TRF 5; Apelação Cível - AC397361/PB; processo nº 200482000050286; Rel. Des. Paulo Roberto de Oliveira Lima; 3ª Turma; julgado em 18/12/2008; publicado no DJ de 26/02/2009; v.u.)

determinados, os quais estão relacionados, muitas vezes, com a própria natureza da lide ou com a pessoa dos litigantes.

Feitas essas considerações, não há como deixar de ressaltar o conceito de competência dado por Enrico Tullio Liebman:

Diz-se, por isso, que a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a 'medida de jurisdição'. Em outras palavras, ela determina em que casos e com relação a que controvérsias tem cada órgão em particular o poder de emitir provimentos, ao mesmo tempo em que delimita, em abstrato, o grupo de controvérsias que lhe são atribuídas.²²³

Veja-se que esse instituto é de tamanha importância que a competência do juízo é um dos pressupostos processuais de validade do processo.²²⁴

Além disso, também merece atenção a distinção doutrinária feita das espécies de competência em absoluta e relativa.

De acordo com o disposto nos artigos 111 e 113 do Código de Processo Civil, a competência absoluta envolve as espécies de competência em razão da matéria (dada a natureza da relação jurídica discutida na lide) e a funcional-hierárquica. Estas, por serem consideradas de ordem pública, não podem ser modificadas, nem mesmo pela vontade das partes, sendo que cabe ao juiz pronunciar a sua incompetência de ofício (ou seja, sem a provocação das partes), e a qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos dos artigos 113, *caput*, e 301, II e § 4º, do Código de Processo Civil.

Nessa hipótese, o juiz determina a remessa dos autos ao juízo absolutamente competente, sendo que os atos não decisórios poderão ser aproveitados pelo juiz competente, já que aqueles que possuem conteúdo decisório são considerados como nulos (artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil).

De qualquer forma, caso o juiz não se pronuncie de ofício (antes da citação), poderá o réu deduzir a incompetência absoluta por meio de preliminar de contestação (artigo 301, II, do Código de Processo Civil).

Ressalta-se que a competência absoluta é de tamanha importância para o legislador que a sua inobservância, ou seja, o julgamento da ação por um juízo

²²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil I*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

²²⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil I*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 82.

incompetente em razão da matéria ou da hierarquia/função é uma das hipóteses que autoriza o ajuizamento de ação rescisória (artigo 485, II, do Código de Processo Civil).

Já a competência relativa, também de acordo com o artigo 102 do Código de Processo Civil, diz respeito ao valor da causa e ao território.

Nesse caso, admite-se que as partes escolham o foro competente (foro de eleição), nos termos do artigo 111, § 2º, do Código de Processo Civil, ou ainda que ocorra a prorrogação de competência, hipótese em que o réu, citado, deixa de oferecer a impugnação processualmente cabível (artigo 114 do Código de Processo Civil).²²⁵

Aqui, diversamente do que ocorre na competência absoluta, o juiz não pode se pronunciar de ofício²²⁶, devendo o réu opor exceção de incompetência (artigos 307 a 311 do Código de Processo Civil), sob pena de aquele juiz que era abstratamente incompetente passa a ser competente naquele caso concreto (artigo 114 do Código de Processo Civil).

Em razão das inúmeras regras que disciplinam a competência e das peculiaridades que circundam a organização do Poder Judiciário brasileiro, o operador do direito deve analisar inúmeros pontos até estabelecer qual juízo é o competente para processar e julgar uma determinada causa.

Em outras palavras, afastada a competência internacional (artigos 88 a 90 do Código de Processo Civil), passa-se a averiguar qual órgão jurisdicional nacional é competente para uma determinada ação.

Assim, primeiro descobre-se qual a justiça competente (estadual ou federal, por exemplo), depois, analisa-se se a causa é da competência originária de algum tribunal²²⁷, para aí sim aferir qual a comarca ou seção judiciária competente. Feito isso, passa-se a averiguar qual a vara competente (particularmente se a

²²⁵ A prorrogação de competência também se dá nos casos de conexão e continência (artigo 102 do Código de Processo Civil), hipótese em que os processos serão reunidos no juízo prevento (artigo 105 do Código de Processo Civil).

²²⁶ Destaca-se o enunciado nº 33 da súmula do Superior Tribunal de Justiça: “a incompetência relativa não pode ser declarada de ofício”.

²²⁷ Aqui ganha relevo o inciso I dos artigos 102 e 105 da Constituição Federal, que estabelecem a competência originária, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

organização judiciária prevê a existência de vara especializada para a solução da lide) e, por fim, qual o juiz deverá julgar a causa.²²⁸

O Código de Processo Civil vigente disciplina a competência nos capítulos I a III do título IV do livro I, trazendo inúmeras regras gerais, as quais devem ser acrescidas as disposições da legislação processual.

Não é objeto de o presente estudo esmiuçar todas as regras de competência previstas no ordenamento processual brasileiro.

Para que se chegue a esse resultado, mostra-se necessário, além das considerações já feitas nesse tópico, ressaltar o disposto no artigo 94 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 94. A ação fundada em direito pessoal e a ação fundada em direito real sobre bens móveis serão propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.
 § 1º Tendo mais de um domicílio, o réu será demandado no foro de qualquer deles.
 § 2º Sendo incerto ou desconhecido o domicílio do réu, ele será demandado onde for encontrado ou no foro do domicílio do autor.
 § 3º Quando o réu não tiver domicílio nem residência no Brasil, a ação será proposta no foro do domicílio do autor. Se este também residir fora do Brasil, a ação será proposta em qualquer foro.
 § 4º Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

Esse dispositivo traz o critério geral da competência territorial como sendo o do domicílio do réu²²⁹, ressaltando-se ainda o critério especial previsto tanto no artigo 100 do Código de Processo Civil como em leis especiais, dentre as quais se destaca o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a competência do domicílio do consumidor para dirimir os litígios envolvendo as relações de consumo (artigo 101, I).

²²⁸ De forma didática, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam:

“São as seguintes as fases desse *iter*, cada qual representando um problema a ser resolvido:

a) *competência de jurisdição* (qual a Justiça competente?);
 b) *competência originária* (competente o órgão superior ou o inferior?);
 c) *competência de foro* (qual a comarca ou subseção competente?);
 d) *competência de juízo* (qual a vara competente?);
 e) *competência interna* (qual o juiz competente?);

f) *competência recursal* (competente o mesmo órgão ou um superior?).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 252-253)

²²⁹ Patrícia Miranda Pizzol ensina que “o dispositivo citado traça, a rigor, a regra geral de competência territorial. Por conseguinte, sempre que faltar, no ordenamento jurídico, previsão expressa da competência territorial, a causa será processada no local do domicílio do réu” (PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 161)

3.5.2. Competência no processo coletivo.

Quando se trata de ações coletivas, a competência se configura como um tema muito tormentoso.

De âmbito geral, existem dois dispositivos que tratam do tema: o artigo 2º da Lei nº 7.347/85 e o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor.

O *caput* do primeiro desses dispositivos (artigo 2º da Lei nº 7.347/1985) estabelece que a ação coletiva deve ser processada e julgada “no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional”.

Não se desconhece, porém, que essa disposição é alvo de inúmeras críticas doutrinárias, uma vez que confundiu a competência territorial – espécie de competência relativa – com a competência funcional – espécie de competência absoluta.²³⁰

O escopo dessa regra ao estabelecer a “competência funcional” é fazer com que a competência (que em tese seria territorial e, portanto, relativa) seja absoluta – com todas as consequências disso inerentes –, o que se dá em razão do próprio objeto da ação coletiva (tutela de direitos transindividuais).²³¹

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL FUNCIONAL. NATUREZA ABSOLUTA. APLICAÇÃO DO ART. 2º DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. CIRCUNSCRIÇÃO QUE ABRANGE O LOCAL DO AVENTADO DANO. EXCEÇÃO AO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. REGRA DO ART. 87 DO CPC. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA DETERMINAR A REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO A UMA

²³⁰ Cândido Rangel Dinamarco aborda esse ponto com precisão: “A Lei da Ação Civil Pública, empregando linguagem inadequada, diz ser *funcional* a competência do foro ali estabelecida (art. 2º). Entende-se que quis com isso dar por *absoluta* essa competência, porque a realização do processo no foro onde se localiza o dano é do interesse público e não de indivíduos identificados – afastando-se consequentemente a possibilidade de eleição de foro e mesmo a prorrogação da competência territorial por força de omissão em opor exceção declinatória.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, volume I. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 548 e 549)

²³¹ No mesmo sentido encontra-se o posicionamento de Patricia Miranda Pizzol: “A competência é territorial funcional, ou seja, absoluta e improrrogável. É o que consta expressamente do art. 2º da Lei 7.347/85, e se deve ao fato de que o juiz do local do dano se encontra em melhores condições para julgar a lide. Além disso, o próprio membro do Ministério Público que atua na comarca onde ocorreu ou deva ocorrer o dano dispõe de mais elementos para a propositura da ação coletiva.” (PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 572-574)

DAS VARAS FEDERAIS DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FEIRA DE SANTANA/BA.

(...)

2. Trata-se de uma regra de competência territorial funcional, estabelecida pelo legislador, a par da excepcionalidade do direito tutelado, no intuito de facilitar o exercício da função jurisdicional, dado que é mais eficaz a avaliação das provas no Juízo em que se deram os fatos. Destarte, tem-se que a competência do local do dano é funcional e, portanto, de natureza absoluta.

(...)

4. Recurso Especial do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL provido para determinar a redistribuição da Ação Civil Pública à uma das Varas Federais da Subseção Judiciária de Feira de Santana/BA.

(STJ; REsp 1068539/BA; Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho; 1ª Turma; julgado em 03/09/2013; publicado no DJe de 03/10/2013; v.u.)²³²

Não obstante, outro ponto que merece destaque é o fato de que o artigo 93 da lei consumerista está sobre a rubrica do capítulo atinente às ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, o que, em uma interpretação apressada, poderia levar ao entendimento de sua inaplicabilidade aos demais direitos transindividuais.

Porém, parece que o mais adequado é que o mencionado artigo 93 seja aplicado também para as ações que versem sobre direitos difusos e/ou coletivos.

Esta interpretação decorre da necessidade de se ter uma coerência interna em todo o sistema, sendo que onde se encontra a mesma razão deve-se ter a mesma disposição (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*), sendo o caso de se utilizar das interpretações extensiva e analógica.

Neste sentido, destaca-se o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover:²³³

Embora inserido no capítulo atinente às 'ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos', o art. 93 do CDC rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não como utilizar, aqui, o método integrativo, destinando ao preenchimento da lacuna da lei, tanto pela interpretação extensiva (extensiva do significado da norma) como pela analogia (extensiva da intenção do legislador).²³⁴

²³² STJ; AgRg nos EDcl no CC 113788/DF; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; 1ª Seção; julgado em 14/11/2012; disponibilizado no DJe de 23/11/2012; v.u.

²³³ Assim também tem entendido o Superior Tribunal de Justiça: "Ainda que localizado no capítulo do CDC relativo à tutela dos interesses individuais homogêneos, o art. 93, como regra de determinação de competência, aplica-se de modo amplo a todas as ações coletivas para defesa de direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, tanto no campo das relações de consumo, como no vasto e multifacetário universo dos direitos e interesses de natureza supraindividual." (STJ; REsp 448470/RS; Rel. Min. Herman Benjamin; 2ª Turma; julgado em 28/10/2008; disponibilizado no DJe de 15/12/2009)

²³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 143.

Uma vez isso posto, passa-se à análise do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, que possui a seguinte redação:

Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:
I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;
II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Esse dispositivo, com a ressalva da competência material absoluta da Justiça Federal (artigo 109 da Constituição Federal²³⁵), traz duas regras de competência: **(i)** em se tratando de dano de âmbito local, o foro competente será o do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano (inciso I do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor); **(ii)** em se tratando de dano de âmbito nacional ou regional, o foro competente será o da Capital do Estado ou o do Distrito Federal (inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor).

A expressão “dano de âmbito nacional” não traz maiores problemas, devendo ser entendida como a ocorrência de danos que podem afetar todo o país, e não apenas uma dada localidade.

Neste ponto, a despeito de respeitáveis entendimentos em sentido contrário²³⁶, o posicionamento mais adequado é aquele que, em se tratando de dano de âmbito nacional, entende-se que o foro competente é concorrente entre a Capital do Estado e o Distrito Federal (artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor), sendo este o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça:

²³⁵ Dentre as hipóteses previstas no artigo 109 da Constituição Federal, a que ganha maior relevo é aquela prevista no inciso I:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...)”

²³⁶ Ada Pellegrini Grinover defende que em caso de dano nacional a competência deveria ser exclusiva do Distrito Federal, sendo que o juízo da capital do Estado somente seria competente para as hipóteses de dano nacional: “Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.” Ela continua os seus ensinamentos da seguinte forma: “Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo seriam solucionados pelos critérios do Código de Processo civil, inclusive quanto à prevenção.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 147)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL COLETIVA. CÓDIGO DO CONSUMIDOR, ART. 93, II. A ação civil coletiva deve ser processada e julgada no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal, se o dano tiver âmbito nacional ou regional; votos vencidos no sentido de que, sendo o dano de âmbito nacional, competente seria o foro do Distrito Federal. Conflito conhecido para declarar competente o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (STJ; CC 17532/DF; Rel. Min. Ari Pargendler; 2ª Seção; julgado em 29/02/2000; publicado no DJ de 05/02/2001; por maioria)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA. ART 2º DA LEI 7.347/85. ART. 93 DO CDC.

1. No caso de ação civil pública que envolva dano de âmbito nacional, cabe ao autor optar entre o foro da Capital de um dos Estados ou do Distrito Federal, à conveniência do autor. Inteligência do artigo 2º da Lei 7.347/85 e 93, II, do CDC.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ; AgRg na MC 13660/PR; Rel. Min. Castro Meira; 2ª Turma; julgado em 04/03/2008; disponibilizado em 17/03/2008; v.u.)

O maior problema surge quando da interpretação da expressão “dano de âmbito regional”. Ela deve ser entendida como a ocorrência de danos não limitados a uma determinada cidade ou comarca, mas abrangendo várias delas, sendo que, por não ser possível identificar um local, município ou comarca específica, o legislador optou por determinar o ajuizamento da ação no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal (artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor).

A este respeito, parece-nos que o posicionamento mais adequado é aquele defendido por Ricardo de Barros Leonel:

A expressão ‘regional’, dessa forma, deve ser compreendida no sentido aproximado de ‘estadual’. Se a situação do dano, portanto, atinge a maior parte ou número elevadíssimo de cidades de todo o Estado, ou ao menos número considerável de cidades distribuída por todo o Estado, o dano será regional, e a competência será do foro da Capital do respectivo Estado. De outro lado, parece-nos possível falar em dano ‘nacional’, quando se trata de situação em que a coletividade envolvida (lesada) está em grande extensão do territorial, que supera as fronteiras de um Estado (mais de um Estado), atingindo (bem como outros Estados) quase que completamente. Não seria situação de dano ‘nacional’, dano meramente localizado que, nada obstante, alcançasse algumas cidades situadas em dois ou três Estados.²³⁷⁻²³⁸

²³⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 227-228.

²³⁸ No mesmo sentido, destaca-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO DE ÂMBITO REGIONAL. COMPETÊNCIA DA VARA DA CAPITAL PARA O JULGAMENTO DA DEMANDA. ART. 93 DO CDC.

1. O art. 93 do CDC estabeleceu que, para as hipóteses em que as lesões ocorram apenas em âmbito local, será competente o foro do lugar onde se produziu o dano ou se devesse produzir (inciso

Porém, caso se esteja diante de um dano a duas Cidades ou Comarcas, o entendimento que tem prevalecido é no sentido de que qualquer das Comarcas será competente para processar e julgar a ação coletiva, ainda que não seja a Capital do Estado. Este entendimento é extraído do disposto no artigo 2º da Lei n. 7.347/85 e do artigo 93, I, do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que se está diante de “dano de âmbito local”.

Para concluir, merece destaque o posicionamento de Patricia Miranda Pizzol a respeito do tema:

Desta feita, a partir dos preceitos contidos nos arts. 2º da LACP e 93, I e II, do CDC, chegamos às seguintes conclusões, quanto ao foro competente: a) sendo o dano âmbito local, a competência é do foro do local onde ele tenha ocorrido ou deva ocorrer (arts. 2º da LACP e 93, I, do CDC); b) sendo o dano de âmbito regional, abrangendo dois ou mais Estados, a competência é do foro da Capital de qualquer dos Estados ou do Distrito Federal (art. 93, II, do CDC); c) sendo o dano de âmbito nacional a competência é do foro da Capital de qualquer Estado da Federação ou do Distrito Federal (art. 93, II, do CDC).²³⁹

Em suma, a competência para as ações coletivas é determinada pelo local de ocorrência do dano (artigo 2º da Lei nº 7.347/1985), sendo que ele for de âmbito local, o juízo competente será o do local do dano (artigo 93, I, do Código de Defesa do Consumidor), ao passo que, se esse dano for de âmbito regional ou nacional, a competência será de uma das varas da capital dos Estados abrangidos ou do Distrito Federal.

3.5.2.1. Competência para a liquidação/execução individual da sentença coletiva.

I), mesmo critério já fixado pelo art. 2º da LACP. Por outro lado, tomando a lesão dimensões geograficamente maiores, produzindo efeitos em âmbito regional ou nacional, serão competentes os foros da capital do Estado ou do Distrito Federal (inciso II).

2. Na espécie, o dano que atinge um vasto grupo de consumidores, espalhados na grande maioria dos municípios do estado do Mato Grosso, atrai ao foro da capital do Estado a competência para julgar a presente demanda.

3. Recurso especial não provido.

(STJ; REsp 1101057/MT; Rel. Min. Nancy Andrigli; 3ª Turma; julgado em 07/04/2011; disponibilizado em 15/04/2011; v.u.) – grifos não originais

²³⁹ PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 579

Os artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor conferem legitimidade para a execução da sentença genérica (artigo 95 do Código de Defesa do Consumidor) tanto aos entes legitimados (artigo 5º da Lei nº 7.347/85 e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor) quanto à vítima e seus sucessores.

Assim, a vítima ou seus sucessores podem ajuizar ação de execução, precedida de liquidação, para a obtenção da reparação dos danos experimentados, a teor do que autoriza o próprio artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor.

No que toca ao juízo competente para processar a execução individual, o vetado parágrafo único do artigo 97 do Código de Defesa do Consumidor possuía a seguinte redação: “A liquidação de sentença, que se dará por artigos, poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, cabendo-lhe provar, tão só o nexo de causalidade, o dano e seu montante”.

A doutrina mais autorizada tem sustentado a irrelevância do mencionado veto, uma vez que o artigo 98, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor que prevê que o foro competente para o julgamento da execução individual é aquele da ação condenatória (ação de conhecimento), o qual, segundo o inciso I do artigo 101 do Código de Defesa do Consumidor, é o domicílio do autor.

Não obstante, também não se pode perder de vista que a atribuição de competência ao juízo de domicílio do liquidante atende ao princípio da vulnerabilidade (artigo 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor), bem como aos direitos básicos do consumidor de efetiva reparação dos danos experimentados e de facilitação da defesa de seus interesses em juízo (incisos VI e VIII, respectivamente, do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor).²⁴⁰

Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE.

²⁴⁰Patricia Miranda Pizzol sustenta nesse sentido: “Embora o art. 97, par. ún., tenha sido vetado, tal veto se mostra inócuo em virtude do disposto no art. 98, § 2º, do CDC; a lei não pode contar palavras inúteis (se o Executivo pretendia impedir a propositura da ação no foro do domicílio do liquidante deveria ter vetado também este dispositivo); além disso, interpretação em sentido contrário importaria em violação ao princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC), bem como os direitos insculpidos no art. 6º, VII e VIII, do CDC (direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos; direito à facilitação da defesa dos direitos do consumidor).” (PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 592-593)

REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ. REsp1243887/PR. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Julgado em 19/10/2011. Publicado no DJe de 12/12/2011) – grifos nossos

Esse posicionamento, inclusive, encontra amparo na doutrina.²⁴¹

3.6. Coisa julgada.

3.6.1. Conceito.

A despeito de discussões doutrinárias a respeito, notadamente de José Carlos Barbosa Moreira, a maioria da doutrina adota o conceito de coisa julgada trazido por Enrico Tullio Liebman:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.²⁴²

A coisa julgada consiste no caráter de imutabilidade que recai sobre sentença (aqui também se entendendo o acórdão).

²⁴¹ PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 1186 e ss.

²⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51.

Em atenção à garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, o artigo 467 do Código de Processo Civil conceitua a coisa julgada material como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

A proteção da coisa julgada tem como pano de fundo a segurança jurídica, que é uma verdadeira manifestação do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da Constituição Federal), na medida em que se busca evitar a eternização das discussões.

Essa proteção é de tamanha importância que tanto a lei (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal) quanto o texto constitucional (artigos 1º e 60, § 4º, da Constituição Federal) não podem ser modificados para o fim de alterar a coisa julgada material.

A coisa julgada consiste na qualidade de imutabilidade da sentença ou do acórdão, mais precisamente da parte dispositiva do *decisum*, o que se dá quando a sentença não pode mais ser impugnada por recursos ordinários ou extraordinários nem está mais sujeita ao reexame necessário (artigo 475 do Código de Processo Civil).

Doutrinariamente, costuma-se classificar a coisa julgada em (i) formal; (ii) material.

A primeira dessas espécies está relacionada à “preclusão máxima”, uma vez que, depois que se forma a coisa julgada, as partes não podem exercer nenhuma faculdade processual. Afirma-se que ela produz efeitos endoprocessuais, já que a coisa julgada formal se opera somente dentro do processo, impedindo que as partes discutam dentro daquele mesmo processo a matéria julgada. Contudo, ela não obsta a propositura de uma nova ação (artigo 268 do Código de Processo Civil).

A coisa julgada formal ocorrerá quando o juiz extingue o processo sem resolução de mérito por uma das hipóteses elencadas nos incisos do artigo 267 do Código de Processo Civil, sendo que, por esse motivo, essas sentenças são chamadas de processuais.

Já a coisa julgada material, por sua vez, somente incide sobre a sentença de mérito, também chamada de sentença definitiva, que ocorre quando o juiz decide a lide, extinguindo o processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 269 do Código de Processo Civil.

Ela, diferentemente da coisa julgada formal, opera seus efeitos para fora do processo em que a sentença foi proferida (efeitos extraprocessuais), impedindo que seja proposta uma nova ação que tenha por objeto a lide discutida e decidida no processo findo.

Cumpra salientar que para que se esteja diante de coisa julgada material, mostra-se imperiosa a presença da tríplice identidade, ou seja, a nova ação e aquela já decidida devem ter as mesmas partes, pedidos e causas de pedir (artigo 301, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil).

É correto afirmar, portanto, que toda a sentença faz coisa julgada formal, mas algumas delas também podem fazer a coisa julgada material.²⁴³

3.6.2. Coisa julgada no processo individual.

O tema da coisa julgada tem inúmeros pontos de suma importância para o processo civil individual, mas, no que tange propriamente ao objeto do presente estudo, o que mais interessa diz respeito aos limites (objetivos e subjetivos).

Nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno, “por ‘limites objetivos da coisa julgada’ deve ser entendida a parte da decisão que fica imunizada de ulteriores discussões, é dizer, o que não pode mais ser rediscutido perante o Estado-juiz pelo preavalecimento do princípio da segurança jurídica”.²⁴⁴

Nesse particular, ganha relevo o disposto no artigo 468 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Esse dispositivo demonstra que o Código de Processo Civil entende que o escopo do processo é solucionar a lide, ou seja, o conflito de interesses existente entre as partes, sendo que o juiz, ao proferir a sentença, estabelece qual das partes tem razão.

²⁴³ Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Humberto Theodoro Junior: “A coisa julgada formal pode existir sozinha em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito de processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. 53ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 558)

²⁴⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 2, tomo I. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 433.

Nesse caso, tem-se, nitidamente, que a lide corresponde ao próprio mérito da causa.

Dessa forma, a despeito de a sentença ser composta por três partes (relatório, fundamentação e dispositivo – artigo 458 do Código de Processo Civil), somente a parte dispositiva, oportunidade em que são apreciados os pedidos, é que está coberta pela imutabilidade da coisa julgada.²⁴⁵

Esse entendimento decorre do disposto no artigo 469 do Código de Processo Civil, o qual estabelece as partes da decisão que não fazem coisa julgada:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

No que tange à questão prejudicial, ela estará abarcada pela coisa julgada se qualquer das partes ajuizar a ação declaratória incidental, nos termos dos artigos 5º, 325 e 470 do Código de Processo Civil.

Como visto, a questão prejudicial (que corresponde à controvérsia acerca da existência ou inexistência da relação jurídica) é imprescindível para o julgamento da causa e será decidida incidentalmente, encontrando-se nos motivos constantes da fundamentação da sentença.

Dessa forma, a questão prejudicial não estaria abarcada pela coisa julgada, o que autorizaria que as partes discutissem, em uma nova ação, a existência ou a inexistência de relação jurídica entre elas.

Porém, para evitar tanto a proliferação de demandas quanto a possibilidade de haver decisões conflitantes, o sistema autoriza que o autor e o réu ajuízem a ação declaratória incidental, fazendo com que a questão prejudicial, que antes seria decidida incidentalmente, passe a constar da parte dispositiva da sentença.

²⁴⁵ Nesse sentido, é sempre salutar a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A sentença é composta por três partes distintas: relatório, fundamentação e dispositivo (CPC 458). Somente a parte dispositiva da sentença, na qual o juiz decide efetivamente o pedido (lide), proferindo um comando que deve ser obedecido pelas partes, é alcançada pela coisa julgada material (autoridade da coisa julgada). (...) Fazendo-se a correlação entre petição inicial e sentença, poder-se-ia dizer que a parte final da petição inicial, isto é, o pedido, corresponde à parte final da sentença, vale dizer, o dispositivo. Assim, o conjunto formado pelo *pedido* e o *dispositivo* é alcançado pela coisa julgada material.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 841)

No que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada (que, como será visto adiante, tem grande relevância para o estudo do processo coletivo), ganha relevo o disposto no artigo 472 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, pode-se afirmar que os limites subjetivos da coisa julgada estão relacionados às pessoas que são atingidas pela autoridade da coisa julgada emergente da parte dispositiva da sentença.

Em outras palavras, da leitura da primeira parte do artigo 472 da lei processual civil, depreende-se que no processo civil individual a coisa julgada se opera *inter partes*, ou seja, a sentença somente obrigará as pessoas que fizeram parte da relação jurídica processual (foram partes do processo), não prejudicando nem beneficiando terceiros.

3.6.3. Coisa julgada no processo coletivo.

Quanto à coisa julgada no processo coletivo, a maior alteração em relação ao processo individual reside nos limites subjetivos, na medida em que, por se tratar de instrumento para a tutela de direitos e interesses transindividuais, nem sempre é possível apontar, de prontidão, quem serão as pessoas beneficiadas pela ação coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 103, disciplina como ocorrerá a coisa julgada nas ações coletivas. Para tanto, o mencionado dispositivo trata especificamente de cada uma das espécies de direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) previstos no parágrafo único do artigo 81 daquele diploma legal.

No caso de direitos e interesses difusos (inciso I), a coisa julgada será *erga omnes* seja para o caso de procedência ou improcedência dos pedidos. A sentença somente não terá esse efeito se a demanda for julgada improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que o autor poderá ajuizar nova ação, ainda que seja com idêntico fundamento, valendo-se de prova nova.

Para a hipótese de direitos e interesses coletivos *stricto sensu* (inciso II), a coisa julgada será *ultra partes* tanto para a hipótese de procedência como para a de improcedência, observando-se que ela está limitada ao grupo, categoria ou classe representado. Assim como nos direitos difusos, a sentença de improcedência por insuficiência de provas admite repropositura, desde que a ação seja fundada em prova nova.

A esse respeito, Eduardo Arruda Alvim justifica as razões pelas quais a coisa julgada nos direitos coletivos em sentido estrito é *ultra partes* e não *erga omnes*:

A coisa julgada aqui é *ultra partes* e não *erga omnes*, como no primeiro caso (art. 103, I, do CDC), porque, apesar de atingir quem não tenha sido parte, limita-se ao grupo, categoria ou classe. Lembre-se que, na hipótese de direitos coletivos, os titulares estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Essa a razão da diferenciação da lei. Afigura-se-nos que a significação ou tradução da expressão *ultra partes* é a de que a eficácia da sentença (e com esta a autoridade com a qual o resultado possa ficar revestido, i.e., os legitimados, atingindo o grupo, categoria ou classe. A expressão *ultra partes* parece envolver uma explicação a partir dos legitimados. Por intermédio da expressão *erga omnes* procura-se definir o âmbito da possível eficácia da sentença (e, por isso, da coisa julgada com que se possa revestir), referindo-se o legislador aos potenciais beneficiários, que são, precisamente, todos (= todos os que se encontrem na situação postulada na ação coletiva). Há, portanto, uma diferença na grandeza do aspecto subjetivo dos atingidos: nesta última hipótese, trata-se de todos os da coletividade que hajam sido atingidos, ao passo que, imediatamente anterior, trata-se do grupo, categoria ou classe.²⁴⁶

Tratando-se de pedidos julgados improcedentes, com suficiência de provas, no caso dos direitos e interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*), os efeitos da sentença não prejudicarão os interesses individuais dos integrantes da coletividade, grupo, categoria ou classe, que poderão propor ação individual (artigo 103, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).²⁴⁷

²⁴⁶ ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 721.

²⁴⁷ Nesse particular, destaca-se a lição de Eduardo Arruda Alvim: “O que não se admite é que, se uma ação civil pública for julgada improcedente (sem qualquer indicação de ter sido por insuficiência de prova), em seguida seja proposta outra ação civil coletiva, como se disse, pois isso afrontaria o sentido da decisão com efeitos *erga omnes* proferida na ação civil pública, que, no caso de improcedência, se não atinge indivíduos individualmente considerados, afeta, todavia, os legitimados. Isso permite observar que, no caso de procedência, os efeitos *erga omnes* dizem respeito à situação de que resulta benefício ao bem jurídico – ar saudável, no exemplo ora trabalhado –, como também dizem respeito aos que tenham sido individualmente atingidos pela poluição e, sucessivamente, beneficiados com o resultado. Ao contrário, no caso de improcedência (sem ter sido por insuficiência de provas), a expressão *erga omnes*, se aplicável, dirá respeito, unicamente, aos legitimados, que não poderão repetir a mesma ação civil pública, mas não dirá respeito àqueles que, apesar da improcedência, se entendam prejudicados pela poluição, dado que poderão propor as suas

Esta disposição decorre do fato de eventuais peculiaridades de cada indivíduo, as quais não podem ser coletivamente consideradas, mas que podem ser suscitadas em uma ação individual, o que para aquele indivíduo, em particular, pode resultar na procedência do pedido.

Como visto, nos direitos e interesses eminentemente coletivos, em caso de improcedência do pedido formulado na exordial, só haverá coisa julgada material na hipótese de se estar diante de suficiência probatória, ou como diz a lei, na ausência de “nova prova”.

Discute-se acerca do efetivo alcance dessa expressão – “nova prova” – se ela diz respeito àquela prova que surgiu somente após o término do processo ou se ela corresponderia àquela que, a despeito de existente, não foi produzida nos autos.

A despeito de respeitáveis entendimentos em sentido contrário²⁴⁸, o mais adequado, em questão de *lege lata*, parece entender que somente poderá ser tida como “nova prova” aquela que não poderia ter sido produzida naquele momento (por questões técnicas, práticas, sociais e/ou econômicas), mas que poderá ser produzida no futuro.

Esse entendimento amolda-se perfeitamente ao princípio do deduzido e dedutível, previsto no artigo 474 do Código de Processo Civil. De acordo com esse princípio, a autoridade da coisa julgada incide não apenas sobre as questões que tenham sido explicitamente decididas no dispositivo, mas também sobre as que poderiam ter sido alegadas e não o foram.

Frisa-se, ainda que no toca à insuficiência probatória, que o juiz não precisa a declarar expressamente, visto que ela poderá ser aferida pela conjugação da fundamentação do julgado atrelada à “nova prova” que se pretende produzir.

Já no que tange aos direitos e interesses individuais homogêneos (inciso III), a coisa julgada será *erga omnes* apenas para a hipótese de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, sendo que, no caso de

respectivas ações individuais.” (ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 718).

²⁴⁸ Em sentido contrário àquilo ora defendido encontra-se o posicionamento de Hugo Nigro Mazzilli: “O conceito de *nova prova* (LACP, art. 16) não é analógico ao de *documento novo*, para fins de ação rescisória (CPC, art. 485, VII). Para a ação rescisória, o documento novo é aquele cuja existência se ignorava; entretanto, para fins de renovação da ação coletiva, a nova prova tanto pode ser aquela que já existia, mas cuja existência se ignorava, como pode ser aquela prova superveniente, mas capaz de permitir a alteração do quadro instrutório que justificou a improcedência.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, 618)

improcedência, aqueles que não intervieram no processo como litisconsortes poderão propor ação indenizatória a título individual (artigo 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

Veja-se que no caso dos direitos individuais homogêneos a lei não faz distinção entre improcedência com e sem suficiência de provas, diferentemente, como visto, do que ocorre com os direitos transindividuais eminentemente coletivos.²⁴⁹

Em se tratando de direito e interesse individual homogêneo, o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor impõe a obrigatoriedade de publicação de edital após o ajuizamento da ação coletiva para que os interessados intervenham no processo. Essa intervenção no processo faz com que o indivíduo seja considerado como litisconsorte do ente legitimado para ajuizar a ação coletiva, sendo, portanto, parte do processo.

Justamente por ser parte no processo, caso a ação seja julgada procedente, com suficiência de provas, o indivíduo que interveio no processo como litisconsorte não poderá repropor a ação (efeitos subjetivos da coisa julgada), nos termos do artigo 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.²⁵⁰

Dessa forma, sinteticamente, podemos nos utilizar do seguinte quadro²⁵¹ para sistematizar a coisa julgada nas ações coletivas:

²⁴⁹ Nesse sentido, destaca-se a lição de Arruda Alvim: “A diferença de redação entre os incs. I e II do art. 103 e o inc. III do mesmo art. 103 reside em que, nas duas primeiras hipóteses, admite-se que, se julgada improcedente por insuficiência de provas e em face de nova prova, pode haver a repositura da ação civil coletiva pela não ocorrência de coisa julgada, o que não se passa com o caso do inc. III do art. 103. Aqui a ocorrência de coisa julgada *no plano da ação civil coletiva* ocorre tanto no caso de procedência quanto no de improcedência, ao lado de ser a insuficiência de prova, como fundamento da improcedência, fator irrelevante para ocorrência da coisa julgada.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 469)

²⁵⁰ Aqui novamente merece destaque o ensinamento de Arruda Alvim: “No caso de improcedência, independentemente do fundamento respectivo, portanto, é possível que os interessados (que não tenham intervindo no processo) movam a sua ação individual, pois o fim objetivado no art. 103, III, e no art. 103, § 2º, é o de beneficiar tais interessados. Neste caso, a coisa julgada só atinge os legitimados de que trata o art. 82 (e os que foram litisconsortes). Aqueles são atingidos no plano da ação civil coletiva, e estes (os que foram litisconsortes) são atingidos pela coisa julgada ‘clássica’ ou do direito comum.”. Essa situação, inclusive, é por ele criticada: “O que se constata, portanto, é a existência de um tratamento inconveniente discriminatório, entre os que foram litisconsortes e os que não foram. Os que foram litisconsortes ficarão sujeitos à coisa julgada ‘inter partes’, pois litigaram contra o réu, em relação ao qual não mais podem vir a litigar, se o resultado da demanda tiver sido o de improcedência (art. 472, 1ª frase, CPC). Diferentemente, se passa com quem não foi litisconsorte. É evidente que este tratamento, ao menos, ‘desanima’ ao ingresso, na ação civil coletivo, com base no art. 94.” (ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 471-472)

²⁵¹ Esses quadros são de autoria de Hugo Nigro Mazzili (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e*

SEGUNDO A NATUREZA DO INTERESSE			
Difusos	Sentença de procedência	Sempre tem eficácia <i>erga omnes</i>	
		Por falta de provas	Sem eficácia <i>erga omnes</i>
	Sentença de improcedência	Por outro motivo	Com eficácia <i>erga omnes</i>
Coletivos	Sentença de procedência	Tem eficácia <i>ultra partes</i> , limitadamente ao grupo, categoria ou classe	
		Por falta de provas	Sem eficácia <i>ultra partes</i>
	Sentença de improcedência	Por outro motivo	Com eficácia <i>ultra partes</i>
Individuais homogêneos	Sentença de procedência	Com eficácia <i>erga omnes</i> para beneficiar vítimas e sucessores	
	Sentença de improcedência	Não tem eficácia <i>erga omnes</i>	

SEGUNDO O RESULTADO DO PROCESSO			
Sentença de procedência	de	Beneficia todos os lesados, observado o art. 104 do CDC; tratando-se de interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas	
Sentença de improcedência	de	Por falta de provas	Não prejudica os lesados
		Por outro motivo	Prejudica os lesados, excetos em matéria de interesses individuais homogêneos, observado o art. 94 CDC
Sentença de extinção sem resolução do mérito		Não haverá coisa julgada material	

Os quadros acima demonstram a razão pela qual a doutrina afirma que nos processos coletivos a coisa julgada é *secundum eventum litis*, ou seja, de acordo com o resultado do processo (procedência, improcedência – com ou sem suficiência de provas -, ou extinção sem resolução de mérito) haverá ou não coisa julgada material a impedir a repropositura da mesma ação coletiva por qualquer dos entes legitimados.²⁵²

Frisa-se que essa sistemática aplica-se a todas as ações coletivas, ainda que não sejam relacionadas às relações de consumo.

Acrescenta-se ainda que o artigo 89 do Código de Defesa do Consumidor, que expressamente autorizava a aplicação dessas disposições a todos os processos coletivos, foi objeto de veto pelo então Presidente da República, Fernando Collor de Mello.

Todavia, a doutrina mais abalizada tem reconhecido essa aplicação, a despeito da ocorrência do veto.

O artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao artigo 1º da Lei nº 7.347/85 autorizando o ajuizamento de ação civil pública para a defesa “*a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

Ademais, não pode se perder de vista, ainda, que o artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o artigo 21 à Lei nº 7.347/85, para que as disposições previstas no Título III daquela lei fossem aplicadas à ação civil pública, em perfeita harmonia com a disposição do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Em outras palavras, o regime da coisa julgada estabelecido nos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor se aplica a todos os processos coletivos em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

²⁵²A este respeito, destaca-se o posicionamento de Patricia Miranda Pizzol: “Quanto à expressão ‘segundo o evento da lide’ (*secundum eventum litis*), quer ela significar que, dependendo do resultado do processo, poderá a sentença fazer coisa julgada erga omnes ou ultra partes (conforme a categoria de direito coletivo em que se fundou a ação), ou não fazer coisa julgada. Como vimos: sendo acolhido o pedido do autor, todos os titulares do direito material (mesmo aqueles que não participaram do processo) serão atingidos pela sentença; sendo proferida sentença negativa, em virtude de insuficiência de provas, não se produzirá a coisa julgada com relação aos legitimados, que poderão propor nova ação, com mesmo fundamento, desde que baseada em nova prova; se a ação for julgada improcedente por outro motivo diverso da insuficiência de provas, formar-se-á a coisa julgada, não sendo possível a propositura de outra ação coletiva. Sendo o processo extinto sem julgamento de mérito, por um dos fundamentos do artigo 267 do CPC, a sentença fará apenas coisa julgada formal, não restando inviabilizada a propositura de nova ação coletiva.” (PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em 23.07.2014, p. 15-16)

3.6.3.1. Transporte *in utilibus* da coisa julgada.

O chamado transporte *in utilibus* da coisa julgada está previsto no artigo 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 103.

(...)

§ 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

Quando uma ação coletiva que verse sobre direitos difusos é julgada procedente, a sociedade, como um todo, é a beneficiária desta decisão, e não o indivíduo, individualmente considerado.

Porém, em razão da autorização prevista no dispositivo transcrito, aquele indivíduo que foi prejudicado (experimentou danos) em razão do dano difuso, poderá liquidar (nexo de causalidade, dano e seu montante) e depois executar a sentença coletiva, assim como ocorre para o direito individual homogêneo.

A este respeito, destaca-se o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover:

A ação civil pública é julgada procedente. Pelas regras clássicas sobre a coisa julgada, não haveria como transportar, sem norma expressa, o julgado da ação civil pública às demandas individuais: não só por se tratar de ações diversas, pelo seu objeto, como também porque a ampliação do objeto do processo só pode ser feita por lei. Todavia, por economia processual, o Código prevê o aproveitamento da coisa julgada favorável oriunda da ação civil pública, possibilitando às vítimas e seus sucessores serem por ela beneficiados, sem necessidade de nova sentença condenatória, mas passando-se incontinenti à liquidação e execução da sentença, nos termos do disposto nos arts. 97 a 100 do Código. Ocorre aqui, além da extensão subjetiva do julgado, a ampliação do objeto do processo, ope legis, passando o dever de indenizar a integrar o pedido, exatamente como ocorre na reparação do dano ex delicto, em que a decisão sobre o dever de indenizar integra o julgado penal.²⁵³

²⁵³ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 205.

Em suma, pode o indivíduo se utilizar da sentença coletiva para, ao liquidá-la (ou executá-la), satisfazer a pretensão que deduzia em juízo, sem a necessidade de se utilizar da fase de conhecimento.

3.6.3.2. (In)existência de limite territorial da sentença coletiva.

A Medida Provisória nº 1.570-5/1997, convertida na Lei nº 9.494/97, deu a seguinte redação ao artigo 16 da Lei nº 7.347/85:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.²⁵⁴

A interpretação desse dispositivo e também do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997²⁵⁵ não pode resultar no reconhecimento de limite territorial à sentença coletiva, sob pena de se estar dificultando (ou até mesmo inviabilizando) a defesa dos direitos e interesses transindividuais.

Comparando-se as redações (originária e atual) do dispositivo acima transcrito, constata-se, de forma indubitável, a intenção (primeiro do Poder Executivo e depois do Legislativo) de restringir o limite territorial da sentença coletiva, uma vez que as redações são muito similares, com exceção feita ao acréscimo dado pela Lei nº 9.494/1997: “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.²⁵⁶

²⁵⁴ A redação original do artigo 16 da Lei n. 7.347/85 era a seguinte: “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.”

²⁵⁵ “Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator

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

²⁵⁶ Destaca-se o seguinte trecho da exposição de motivos da Lei nº 9.494/1997: “Tal proposta resolve uma conhecida *deficiência do processo de ação civil pública que tem dado ensejo à inúmeras distorções, permitindo que alguns juízes de primeiro grau se invistam em uma pretensa ‘jurisdição nacional’*. A despeito das censuras já emitidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre o mau uso da ação civil pública inclusive como instrumento de controle de constitucionalidade, com eficácia contra todos, persistem algumas tentativas de conferir eficácia universal às decisões de liminares ou às sentenças dos juízes de primeiro grau. Daí a necessidade de que se explicita, de certa forma, o

Trata-se, portanto, de uma alteração legislativa com nítido viés político.²⁵⁷

Antes de adentrar nas razões pelas quais inexiste a limitação territorial dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva, mostra-se necessário expor a contundente crítica de Ada Pellegrini Grinover acerca da infelicidade dos Poderes Executivo e Legislativo:

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 interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processo, a sobrecarregar os tribunais, exigindo múltiplas repostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saídas 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 de 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 nº 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente. Na verdade, o acréscimo introduzido ao art. 16 é ineficaz.²⁵⁸

óbvio, isto é, que a decisão judicial proferida na ação civil pública tem eficácia nos limites da competência territorial do órgão judicial”.

²⁵⁷ Arnoldo Wald e Donaldo Armelin defende a aplicação do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 justamente por se tratar de uma questão política:

“A coisa julgada, embora seja um fenômeno jurídico-processual, tem forte conotação política, na medida em que corresponde a uma garantia para a segurança jurídica, um dos valores para os quais tende o direito. A despeito de figurar no sistema jurídico nacional como uma garantia constitucional, seu conceito é fixado em lei ordinária, o que a torna, sem ofensa a essa mesma garantia, passível de limitações, até porque não é uma consequência inexorável da prestação da tutela jurisdicional, que pode ocorrer em tipos diferenciados de processos que produzem resultados não atingidos pela imutabilidade processual que decorre desse fenômeno jurídico. Máxime quando se cogita, como sucede atualmente, da flexibilização dessa imutabilidade, mesmo no processo de conhecimento que é a sua sede própria.

Com efeito, se o legislador atribui às decisões judiciais a qualidade de coisa julgada através de lei ordinária, a garantia constitucional reporta-se a um conceito definido por lei e não pela Constituição. Logo, a lei pode limitar o âmbito subjetivo da coisa julgada, sem infringir a Constituição. Assim como outorgou qualidade de coisa julgada material a uma decisão arbitral, pode limitá-la segundo critérios que lhe parecerem válidos. Não há, com isso, qualquer cerceamento à atuação da jurisdição, cujo resultado não se vincula, necessariamente, à imutabilidade inerente à coisa julgada material. Portanto, como a Lei 9.494/97 não é inconstitucional, o que foi demonstrado supra, não pode deixar de ser reconhecida como hábil para alterar o art. 16 da Lei 7.347/85.” (WALD, Arnoldo; ARMELIN, Donaldo. *Os limites territoriais da sentença prolatada em ação civil pública: prevalência da regra inscrita no art. 16 da Lei 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei 9.494/97*. In.: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315)

²⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 189-190.

A despeito de respeitáveis entendimentos em sentido contrário²⁵⁹, que até pouco tempo predominavam nos tribunais, o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, além de ser inconstitucional, é ineficaz.

Primeiramente, a alteração mostra-se inconstitucional²⁶⁰ por ofender a ampla defesa dos direitos transindividuais, além de que, se levada a efeito por meio de uma interpretação literal do mencionado artigo 16 da Lei n. 7.347/85, sobrecarregará o Poder Judiciário com inúmeras ações coletivas, possuindo as mesmas partes, pedido e causa de pedir, prolongando ainda mais a efetiva prestação jurisdicional, em patente ofensa ao artigo 5º, XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal.²⁶¹

²⁵⁹Pedro da Silva Dinamarco sustenta a aplicabilidade do artigo 16 da Lei n. 7.347/85 da seguinte forma: “Resumidamente, há ao menos cinco motivos centrais para entender ser válida a limitação contida no citado art. 16: (a) há de se respeitar a opção política do legislador, que não alterou a lei à toa – lembrem-se da máxima segundo a qual a lei não contém palavras inúteis; (b) necessidade de respeito ao princípio federativo (CF, art. 25); ligado a este fundamento, tem-se a meu sentir o mais relevante: (c) ao fixar a competência para as ações coletivas, a lei privilegia a proximidade do dano, o que pode ser fundamental em casos nos quais um ato possa ser tido como lesivo em um Estado da Federação e não em outro, diante da grande diversidade de culturas em nosso país; (d) havendo conexão entre causas de âmbito nacional ou interesse em habilitar-se como litisconsorte, restará extremamente difícil que um co-legitimado, por exemplo, sediado num Estado da região Sul, consiga deslocar-se até outro Estado distante para acompanhar sua ação coletiva atraída por outra ação lá ajuizada ou para habilitar-se como litisconsorte, o que configura óbice ilegítimo ao acesso à justiça e ao exercício da legitimidade; e, finalmente, (e) obrigar o demandado a defender-se em ação com tamanha repercussão em um Estado longínquo de sua sede pode significar limitação à garantia da ampla defesa. Por isso, apenas quando, na prática, for impossível fracionar a tutela jurisdicional coletiva é que ela deverá ter a abrangência maior que a do limite territorial do órgão julgador.” (DINAMARCO, Pedro da Silva. *Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (Coordenador: ÉdisMilaré). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 507 e 508)

²⁶⁰Este é o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5º, XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto (...). Ineficaz porque a alteração ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. Para que tivesse eficácia, deveria ter havido alteração da LACP 16 e do CDC 103”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1685)

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes também sustenta a inconstitucionalidade da alteração do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985: “A inovação é manifestamente constitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição, como já visto, não se confunde com a competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, a jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 265)

²⁶¹Arnoldo Wald e Donaldo Armelin defende a constitucionalidade da propagada alteração: “Essa inconstitucionalidade não foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o que resultou da Lei 9.494/97 foi apenas a limitação dos lindes subjetivos da coisa julgada material. Evidentemente, se a lei pode – isso é incontestável – atribuir a uma decisão judicial uma amplitude que abranja todo o

Ainda que assim não fosse, a alteração adveio por meio de medida provisória, que somente pode ser editada em casos de relevância e urgência, nos termos do artigo 62 da Constituição Federal, o que flagrantemente não é o caso, sendo, também por este motivo, inconstitucional a alteração legislativa.²⁶²

A esse respeito, a crítica de Rodolfo de Camargo Mancuso é salutar:

O que até agora se expôs induz à reflexão de que o *modus procedendi* – Medidas Provisórias – utilizado para tentar *blindar* a natural eficácia expandida da coisa julgada coletiva não resiste à análise. Conquanto o STF tenha ‘reconhecido a medida provisória como meio hábil para disciplinar matérias que poderiam ser veiculadas por lei ordinária, com algumas exceções’, ainda assim a boa razão indica que a *relevância e urgência* mencionadas no art. 62 da Constituição Federal não parecem acomodadas à matéria processual, o que deixa o citado alvitre exposto a especulações diversas, inclusive acerca de sua própria constitucionalidade na espécie. Aliás, isso mesmo acabou sendo implicitamente reconhecido, porque a EC 32 de 11.09.2001, veio a vedar a edição de medida provisória sobre direito ‘processual penal e processual civil’ (nova redação do art. 62, § 1º, I, b).²⁶³

Não obstante, referido dispositivo não observa a segurança jurídica, uma vez que cada Tribunal da Federação pode interpretar de uma determinada forma a situação, a qual, muitas vezes, pode ser enraizada na interpretação e valoração da prova produzida, o que não permitirá a sua apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 7), inexistindo a uniformização preceituada pelo texto constitucional.²⁶⁴

território nacional, ou seja, uma decisão, cuja imutabilidade seja efetivamente *erga omnes* beneficiando ou prejudicando terceiros que não participaram do processo de onde emergiu a decisão tornada imutável, pode também limitar o âmbito subjetivo dessa qualidade da sentença, a círculos menos amplos do que os daquelas decisões sem restrições quanto à sua abrangência.” (WALD, Arnoldo; ARMELIN, Donaldo. *Os limites territoriais da sentença prolatada em ação civil pública: prevalência da regra inscrita no art. 16 da Lei 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei 9.494/97*. In.: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315)

²⁶² À época da alteração, o texto constitucional não continha a vedação de edição de medida provisória sobre matérias processuais (artigo 62, § 1º, I, b, da Constituição Federal), o que somente ocorreu com a Emenda Constitucional n. 32/2001.

²⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 356.

²⁶⁴ Novamente a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso é salutar: “Não é difícil perceber que a ação civil pública, ao propiciar o acesso à justiça de um largo espectro de conflitos metaindividuais, não pode ser mitigada a eficácia *expansiva* da coisa julgada que aí se produza, porque do contrário, em vez de se pacificar o conflito, se acabará por prolongá-lo ou acirrará-lo, ante a previsível proliferação de comandos judiciais diversos, senão já contraditórios. Se na jurisdição singular é compreensível que a coisa julgada haja que se limitar aos foros parte na lide, que os legitimados contraditórios sejam citados (pessoal ou fictamente), a fim de que se sujeitem ao que a final venha a ser julgado, podendo defender individualmente seus interesses nos processos, tal contexto, todavia, não é aplicável às ações de finalidade coletiva, onde o bem tutelado é tomado em dimensão metaindividual, e o autor da ação não é o *titular* do interesse objetivado, mas sim um representante credenciado *ex lege*: um ente

Não obstante, já que os tribunais pátrios se recusam a reconhecer a inconstitucionalidade em situações como a presente²⁶⁵, a limitação territorial imposta pela medida provisória nº 1.570-5/1997 não merece prosperar, devendo o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 ser objeto de uma interpretação conforme à Constituição.

O Código de Defesa do Consumidor (de 11 de setembro de 1990), ao disciplinar integralmente a coisa julgada nas ações coletivas (artigos 103 e 104), acabou por revogar tacitamente o disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/1985.²⁶⁶

Aqui, portanto, incide o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Com isso, se o legislador e/ou o Poder Executivo quisessem promover a mencionada alteração legislativa, deveriam ter feito no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor e não no artigo 16 da Lei nº 7.347/1985.²⁶⁷

político, uma associação, o Ministério Público, a Defensoria Pública, um órgão estatal, ou mesmo o cidadão-eleitor, na ação popular.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 352-353).

²⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 1576-1 reconheceu que a medida provisória em questão, ao menos no que tange ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, obedeceu aos ditames constitucionais. Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do voto do Min. Marco Aurélio, relator da ação: “O Judiciário tem organização própria, considerados os devidos órgãos que o integram. Daí haver a fixação da competência de juízos e Tribunais. A alteração do art. 16 correu à conta da necessidade de explicitar-se a eficácia *erga omnes* da sentença proferida em ação civil pública. Entendo que o art. 16 da Lei 7.347/85, harmônico com o sistema judiciário pátrio, jungia mesmo na redação primitiva, a coisa julgada *erga omnes* da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la. A alusão à eficácia *erga omnes* sempre esteve ligada à ultrapassagem dos limites subjetivos da ação, tendo em conta até mesmo o interesse em jogo – difuso ou coletivo – não alcançando, portanto, situações concretas, quer sob o ângulo coletivo, quer subjetivo, notadas além das fronteiras fixadoras do juízo. Por isso tenho a mudança de redação como pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos *erga omnes* na área de atuação do juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência. Isso não implica o esvaziamento da ação civil pública, nem tampouco ingerência indevida do poder Executivo no Judiciário.”

²⁶⁶ Arnoldo Wald e Donaldo Armelin não concordam com esse posicionamento: “Nem se argumente no sentido de que esse art. 16 teria sido revogado, como sustenta parte da doutrina consumerista, com o advento do CDC (LGL\1990\40), o que implicaria ter a Lei 9.494/97 disposto no vazio legislativo. O equívoco desse argumento é manifesto até porque não diz esse artigo respeito apenas a direitos do consumidor, abrangendo, como está explícito no art. 1º da Lei 7.347/85, outros objetos de tutela nele previstos, como é o caso, v.g., do meio ambiente, da ordem econômica e da economia popular.” (WALD, Arnoldo; ARMELIN, Donaldo. *Os limites territoriais da sentença prolatada em ação civil pública: prevalência da regra inscrita no art. 16 da Lei 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei 9.494/97*. In.: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315)

²⁶⁷ A este respeito destaca-se o posicionamento de MotaUriChiochetti de Souza: “Mas não é só: ao regular inteiramente e de forma detalhada a material ventilada pelo art. 16 da LACP, o art. 103 do CDC culminou por revogá-lo implicitamente, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

Veja-se, nesse particular, que o fato de se tratarem de leis diferentes não afasta o entendimento acima esposado, uma vez que, como visto, esses dois diplomas compõem o núcleo duro do microsistema das ações coletivas, devendo ser interpretado em conjunto, da forma que for mais benéfica à coletividade para a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*.

É importante lembrar, nesse particular, que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor não se aplicam unicamente às relações de consumo, mas sim à defesa de todos os direitos e interesses transindividuais (artigo 21 da Lei nº 7.347/1985 e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor).

Assim, deve-se realizar uma interpretação sistemática, sempre com os olhos voltados para o texto constitucional, o que permite entender que não há que se falar em limite territorial da sentença proferida em uma ação coletiva (seja ela de consumo ou não), sendo indiferente a espécie de direito coletivo (*lato sensu*) tutelado.²⁶⁸

E, se assim é, incumbiria ao legislador alterar o art. 103 do CDC – e não o art. 16 da LACP, como levado a termo – sob pena de incidir em efeito repristinatório, vedado pelo art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/42.” (SOUZA, Motauciocchetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 147)

²⁶⁸Para Teori Albino Zavascki, a limitação introduzida pelo artigo 16 da Lei n. 7347/85 somente ocorreria para os direitos e interesses individuais homogêneos: “A interpretação literal do art. 16 leva, portanto, a um resultado incompatível com o instituto da coisa julgada. Não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observe-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu polo ativo, é única e indivisível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente (circunstância do mundo físico) o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica (que é fenômeno do mundo dos pensamentos). (...) Ora, entendida nesse ambiente, como se referindo à sentença (e não à coisa julgada), em ação para tutela coletiva de direitos subjetivos individuais (e não em ação civil pública para tutela de direitos transindividuais), a norma do art. 16 da Lei n. 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis, formados por uma pluralidade de relações jurídicas autônomas, que comportam tratamento separado, sem comprometimento de sua essência. (...) Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial da coisa julgada a que se refere o art. 16 da Lei n. 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2º-A da Lei n. 9.494, de 1997, e não, propriamente, às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 66-67)

Ada Pellegrini Grinover tem um posicionamento diferente desse externado pelo atual ministro do Supremo Tribunal Federal, pois sustenta que o artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, em tese, somente poderia ser aplicado para os direitos eminentemente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), em razão da interpretação dos incisos I e II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (que estabelecem a inoccorrência de coisa julgada quando não há suficiência de provas) e também do próprio objeto da Lei nº 7.347/1985 (artigo 1º), mas, mesmo assim, para a renomada jurista, essa disposição seria inócua. (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 190-191)

Essa interpretação decorre do microssistema de processo coletivo formado pela Lei n. 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor, notadamente os respectivos artigo 21 e artigo 90.

Ademais, entendimento diverso àquele aqui defendido resultaria na confusão entre efeitos da sentença e coisa julgada²⁶⁹, conceitos distintos à luz dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman:

Da premissa há pouco enunciada deriva uma só e necessária consequência: a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualifica-los e reforça-los em sentido bem determinado.

(...)

A eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade. Aquela pode definir-se genericamente, como um comando, quer tenha o fim de declarar, quer tenha o de constituir ou modificar ou determinar uma relação jurídica. Nem se quer com isso resolver aqui o problema geral da natureza volitiva ou intelectual da atividade do juiz, ou da qualidade mais ou menos autônoma do comando. A sentença vale como comando, pelo menos no sentido de que contém formulação autorizativa duma vontade de conteúdo imperativo; e basta isso para que se possa falar, ao menos do ponto de vista formal, do comando que nasce da sentença.

(...)

Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar esta possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.²⁷⁰

Para Eduardo Arruda Alvim, esse posicionamento externado por Ada Pellegrini Grinover esbarra na simbiose existente entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 7.347/1985, além do fato de que, se o mencionado artigo 16 se aplica para os direitos eminentemente coletivos, por maior razão deveria incidir para os direitos individuais homogêneos. Por essa razão, Eduardo Arruda Alvim entende que a limitação territorial dos efeitos da sentença se aplica para todas as ações coletivas, com exceção feita ao mandado de segurança coletivo. (ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 733-734).

²⁶⁹ No mesmo sentido: STJ; REsp 411529/SP; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª turma; julgado em 24/06/2008; publicado no DJe de 05/08/2008; v.u.

²⁷⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 41 e 50-51.

Em outras palavras, não há que se confundir os efeitos da sentença e o instituto da coisa julgada com a competência do juízo²⁷¹, uma vez que o âmbito de incidência da *res iudicata* será determinado pelo pedido formulado em juízo.²⁷²

Os Poderes Executivo e Legislativo ao alterarem o artigo 16 da Lei n. 7.347/85 confundiram competência com coisa julgada. A competência para as ações coletivas é imposta pelo artigo 2º da Lei n. 7.347/85 e pelo artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que este dispositivo, a despeito de estar no capítulo concernente à ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, deve ser aplicada para toda e qualquer ação coletiva.

Assim, seria ilógico falar em “dano nacional” e “dano regional” se os efeitos da sentença fossem limitados à competência do órgão prolator da decisão. Estar-se-ia, com isso, impondo a necessidade de serem ajuizadas ações coletivas em todas as Unidades Federais para que os interesses da coletividade estivessem efetivamente tutelados.

Nesse ponto, é importante deixar claro que a competência está relacionada à distribuição de atribuição jurisdicional (pela Constituição Federal e pela lei) aos órgãos que compõe o Poder Judiciário.²⁷³

Em outras palavras, a jurisdição é una²⁷⁴ e a divisão de competência entre os diversos órgãos julgadores tem a nítida finalidade organizacional, o que em nada

²⁷¹ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes defende que: “A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos – como coisa julgada e competência territorial – e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os ‘efeitos’ ou a ‘eficácia’ da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada – a despeito da atecnia do art. 467 do CPC – não é ‘efeito’ ou ‘eficácia’ da sentença, mas *qualidade* que ela se agrega de modo a torná-la ‘imutável e indiscutível’.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266)

²⁷² Ada Pellegrini Grinover sintetiza o seu posicionamento da seguinte forma: “a) o art. 16 da LACP não se aplica à coisa julgada nas ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos; b) aplica-se à coisa julgada nas ações em defesa de direitos difusos e coletivos, mas o acréscimo introduzido pela medida provisória é inoperante, porquanto é a própria lei especial que amplia os limites da competência territorial, nos processos coletivos, ao âmbito nacional ou regional; c) de qualquer modo, o que determina o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência. Esta nada mais é do que uma relação de adequação entre o processo e o juiz. Sendo o pedido amplo (*erga omnes*), o juiz competente o será para julgar a respeito de todo o objeto do processo; d) em consequência, a nova redação do dispositivo é totalmente ineficaz.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 193)

²⁷³ Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes afirmam que: “A alteração esclarece melhor a extensão do texto já vigente, sem modificação substancial, na medida em que, pelo princípio federativo, não faz sentido a decisão do Poder Judiciário de um Estado ter efeitos gerais também em outro.” (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 217)

interfere nos efeitos da decisão, até mesmo porque, por exemplo, um contrato que é nulo no Acre, também o é no Rio Grande do Sul.²⁷⁵

Nesse sentido, novamente merece destaque a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Muitos problemas e incompreensões na práxis judiciária das ações coletivas, mormente envolvendo a eficácia expandida da coisa julgada, têm origem na resistência de alguns segmentos da comunidade jurídica em admitir que a jurisdição dentre nós é de âmbito nacional, abrangência essa que se explica por mais de um fator: (i) a despeito da existência de certas instâncias credenciadas para dirimir específicas controvérsias (v.g., Tribunais de Contas, Desportivos, de Arbitragem, de Impostos e Taxas), levando a que por vezes se fale numa jurisdição compartilhada, fato é que o termo jurisdição – seja como Poder, Função ou Atividade – tem um sentido atrelado ao Estado, dado que nossa Justiça é unitária (CF, art. 5º, XXXV), concentrada, em *numerus clausus*, nos órgãos indicados no art. 92 da CF; (ii) a função judicante, que é imanente a todo magistrado em atividade, realiza-se concretamente em cada processo, donde se poder dizer que a competência é um critério de repartição do trabalho judiciário, mediante a reunião dos processos em certos feixes, a partir de critérios diversos (determinativos ou modificativos), ficando assim certas massas de processos afetadas a determinados órgãos jurisdicionais; (iii) embora seja muito extenso o território nacional, e presente o fato de nossa Justiça abranger as linhas federal (comum e especial, organizadas em seções, reunidas em regiões) e estadual (organizadas em comarcas, reunidas em entrâncias), é o fato que nosso desenho jurídico-político é republicano-federativo, e, assim, uma vez fixado o órgão judicial competente, a carga eficaz do julgado estender-se-á na razão direta da própria dimensão do conflito judicializado, não cabendo à lei, nem podendo o juiz, restringir ou exarcerbar esses parâmetros.²⁷⁶

²⁷⁴ A esse respeito, salta aos olhos o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A jurisdição, monopólio do poder estatal, é una e indivisível. O termo jurisdição civil está aqui empregada em sentido didático, para diferenciar as divisões da atividade jurisdicional no âmbito penal, trabalhista, eleitoral e militar da mesma atividade no âmbito civil, esta última regulada pelo CPC. São julgadas de acordo com o CPC as lides civis, vale dizer, as não penais, não trabalhistas, não eleitorais e não militares. No Brasil não existe jurisdição constitucional nem administrativa, como em alguns países europeus. Na locução civil, comercial, da infância e da juventude, previdenciário, do consumidor, bem como a direito constitucional, tributário e administrativo, todas elas julgadas pelo Poder Judiciário.” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203)

²⁷⁵ Exemplos é o que não faltam das incoerências jurídicas e práticas da aplicação do mencionado artigo 16 da Lei nº 7.347/1985. Nesse sentido, destacam-se as palavras de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes: “A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela Justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação à parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o Judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266)

²⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012, p. 367.

Inexiste tanto para o processo civil individual quanto mais para o processo coletivo a limitação espacial dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva, visto que, se assim não fosse, por diversas vezes (para não dizer sempre) o jurisdicionado se veria obrigado a ajuizar inúmeras ações (até mesmo individuais), nas diversas Unidades da Federação, para ter o seu direito plena e efetivamente tutelado, o que não se mostra razoável à luz da amplitude do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e da celeridade e economia processual (todos direitos fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição Federal).²⁷⁷

No mais, uma interpretação limitadora do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 acaba por afrontar o próprio escopo da jurisdição, que nada mais é do que a pacificação social.

Não obstante, atentando para a organização do Poder Judiciário Brasileiro, que é nacional e não local, o Ministro Ilmar Galvão, à época no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação nº 602-6/SP²⁷⁸, sustentou que não haveria como limitar os efeitos de uma sentença preferida em sede de ação civil pública somente aos limites territoriais do órgão prolator da decisão.²⁷⁹

Ressalta-se, novamente, que entendimento contrário àquele ora exposto está em desacordo à própria sistemática do processo coletivo, sendo capaz até mesmo de inviabilizá-lo, sendo patentemente inconstitucional, pois ofende direitos e

²⁷⁷ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes é categórico ao afirmar que essa limitação dos efeitos da sentença não existe nem mesmo para o processo individual: “A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.” (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 266)

²⁷⁸ A mencionada reclamação foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal sustentando a usurpação de competência da Suprema Corte quando o Tribunal de Alçada decidiu sobre jurisdicionados domiciliados fora de seu território. Ademais, frisa-se que na época de seu julgamento (03/09/1997), já havia sido editada a Medida Provisória nº 1.570-5/1997 (ainda não convertida em lei), mas o caso foi analisado pelo extinto 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo sem a mencionada alteração, mas o que, nos termos do voto do Ministro Ilmar Galvão não alteraria o resultado.

²⁷⁹ Merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Ilmar Galvão: “Afastadas que sejam as mencionas exceções processuais – matéria cujo exame não tem aqui cabimento – inevitável é reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora da jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade, obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis.” (STF; Rcl 602/SP; Rel. Min. Ilmar Galvão; Tribunal Pleno; julgado em 03/09/1997; publicado no DJ de 14/02/2003; por maioria)

garantias fundamentais, tais como, isonomia, efetividade da tutela jurisdicional, segurança jurídica e celeridade processual.

O que não se pode admitir é o prestígio à litigiosidade, haja vista que para a tutela desses direitos e interesses coletivos (*lato sensu*) teriam que ser ajuizadas inúmeras ações coletivas, quando na verdade elas poderiam ser substituídas por uma única demanda, o que, por certo, melhoraria a efetividade da tutela jurisdicional.

Salta aos olhos também outra faceta de grande relevância do processo coletivo, qual seja, o efetivo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal) para a tutela de direitos e interesses transindividuais, os quais se forem individualmente considerados, poderão ficar marginalizados, muitas vezes em razão da pequena expressão econômica que individualmente possuem.²⁸⁰

Dessa forma, para uma correta interpretação acerca da eficácia da sentença coletiva, mostra-se necessário atentar para a característica dos direitos tutelados, que, por serem transindividuais, possuem uma grande projeção social, a qual, muitas vezes, extrapola os limites territoriais de um Estado.

Em outras palavras, o cerne da análise do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 está nos limites subjetivos da coisa julgada, sendo que nas demandas intersubjetivas, os efeitos da sentença são *inter partes*, “não beneficiando, nem prejudicando terceiros” (artigo 472 do Código de Processo Civil), o que não pode subsistir no processo coletivo, justamente em razão de se estar diante de direitos transindividuais, caracterizado por sujeitos indeterminados e objeto indivisível.²⁸¹

²⁸⁰ Neste sentido leciona Pedro Lenza: “O objetivo das ações coletivas, conforme já visto, foi trazer maior celeridade ao processo, evitando o conflito de decisões e sua multiplicação, fenômenos responsáveis pelo asoeramento do Judiciário. Outra grande valia do processo coletivo reside na capacidade de assegurar o acesso à Justiça de interesses transindividuais, muitos deles marginalizados quando individualmente considerados.” (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 277)

²⁸¹ Neste ponto, destaca-se o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Com efeito, o problema atinente a saber quais pessoas ficam atingidas pela imutabilidade do comando judicial insere-se na rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito ‘coisa julgada’, e não sob a ótica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. Aqueles limites, quando se trata das lides intersubjetivas, no plano da jurisdição singular, ficam contingenciados às partes, ‘não beneficiando, nem prejudicando terceiros’ (CPC, art. 472), mas no âmbito das ações de tipo coletivo – justamente porque aí se lobrigam sujeitos indeterminados, concernentes a um objeto indivisível – o critério deve ser outro, cabendo atentar para a projeção social do interesse metaindividualjudicializado. Tudo assim conflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia estendida até onde se irradie o interesse objetivado, e por modo a abarcar os sujeitos concernentes. Assim se dá por conta do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 340)

Neste sentido, sintetizando o que até aqui foi dito, destacam-se os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso:

O equívoco em que incorreu o legislador na alteração procedida no art. 16 da Lei n. 7.347/85 fica em parte atenuado, porque o sistema processual que rege a jurisdição coletiva para tutela de interesses metaindividuais forma um todo integrado e complementar, dito microssistema processual coletivo: assim é que na parte processual do CDC distinguem-se as eficácias *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada, em função do tipo de interesse metaindividual objetivado (art. 103, incisos e parágrafos, e art. 104), e, bem assim, faz-se o *discrímen* entre os danos local, regional e nacional (art. 93 e incisos), autorizando-se, por fim, o traslado de todo esse conjunto para o âmbito da Lei n. 7.347/85 (cf. art. 117 do CDC, que para tal acrescentou um artigo - n. 21 - à Lei n. 7.347/85). Com a aplicação sistemática desses textos torna-se possível demonstrar que, no ambiente processual coletivo, a compreensão e a extensão da coisa julgada não podem ser delimitadas em função do elemento território, que é critério determinado de competência, justamente por isso empregado em outro dispositivo: o art. 2º da Lei n. 7.347/85.²⁸²

Assim, pode-se afirmar que uma interpretação conforme à Constituição Federal do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 não resulta da limitação territorial da sentença coletiva, mas sim aos seus efeitos *erga omnes*, reforçando, portanto, os ditames previstos nos incisos do *caput* do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Também ganha relevo o fato de que outros diplomas, que também fazem parte do microssistema das ações coletivas, não trazerem essa limitação territorial aos efeitos da sentença. Nesse sentido, destaca-se o disposto no artigo 18 da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) e no *caput* do artigo 4º da Lei nº 7.853/1989 (Lei das Pessoas com Deficiência):

Lei nº 4.717/1965	Lei nº 7.853/1989
Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.	Art. 4º A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. § 1º A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo

²⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 343.

	efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. § 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer legitimado ativo, inclusive o Ministério Público.
--	--

Todavia, infelizmente, não é este o entendimento que vinha prevalecendo em nossos Tribunais.

O Superior Tribunal de Justiça, salvo voz minoritária da Ministra Nancy Andrighi²⁸³, adotou por muito tempo – até demais, diga-se de passagem – o entendimento de que a sentença proferida em ação civil pública, seja de consumo ou não, terá a sua eficácia restrita ao órgão prolator da decisão, aplicando o artigo 16 da Lei n. 7.347/85. Esse posicionamento tem sido representado, até os dias de hoje, pelo seguinte precedente:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AUSÊNCIA DE DISSENSO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SENTENÇA. EFEITOS ERGA OMNES. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento.

2. Nos termos do art. 16 da Lei n. 7.347/85, alterado pela Lei n. 9.494/97, a sentença civil fará coisa julgada erga omnes nos limites da competência territorial do órgão prolator.

3. Embargos de divergência não-conhecidos.

(STJ; EREsp 293407/SP; Rel. Min. João Otávio de Noronha; Corte Especial; julgado em 07/06/2006; publicado no DJ de 01/08/2006; v.u.)²⁸⁴

Frisa-se que a interpretação dada por esta Corte à expressão “órgão prolator” é de jurisdição do Tribunal (TJ ou TRF), fazendo uma interpretação

²⁸³ A Ministra Nancy Andrighi, por diversas vezes, levantou a bandeira da inexistência de limites territoriais à sentença coletiva (STJ; REsp 411529/SP; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 24/06/2008; publicado no DJe de 05/08/2008; por maioria), mas, em razão de seu posicionamento ser minoritário no Superior Tribunal de Justiça, já adotou o entendimento até então dominante de que os efeitos da sentença coletiva estão adstritos ao limite territorial do órgão prolator da decisão (STJ; AgRg no REsp 1134957/SP; Rel. min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 11/12/2012; publicado no DJe de 17/12/2012; v.u.).

²⁸⁴ A corte Especial desse Tribunal manteve o posicionamento quando do julgamento de um agravo regimental em embargos de divergência, tendo em vista o precedente cuja ementa está transcrita: STJ; AgRg nos EREsp253589/SP; Rel. Min. Luiz Fux; Corte Especial; julgado em 04/06/2008; publicado no DJe de 01/07/2008; v.u. Também são encontrados precedentes nesse sentido da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça: (i) STJ; EREsp399357/SP; Rel. Min. Fernando Gonçalves; 2ª Seção; julgado em 09/09/2009; publicado no DJe de 14/12/2009 e na RDDP vol. 85 p. 124; v.u.; e (ii) STJ; EREsp411529/SP; Rel. Min. Fernando Gonçalves; 2ª Seção; julgado em 10/03/2010; publicado no DJe de 24/03/2010; v.u. E mais recentemente: STJ; REsp1414439/RS; Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz; 6ª Turma; julgado em 16/10/2014; publicado no DJe de 03/11/2014; v.u.

extensiva, haja vista que a interpretação literal resultaria na limitação da decisão à Comarca ou à Seção Judiciária onde foi prolatada a sentença (1ª instância).

Além das inúmeras críticas já feitas à aplicação do mencionado artigo 16, se o Superior Tribunal de Justiça utilizasse o seu entendimento a risca, a sentença teria efeitos em todo território nacional quando apreciada por aquela Corte ao conhecer do recurso especial, uma vez que ela tem abrangência em todo o território nacional (artigo 92, § 2º, da Constituição Federal).

Reitera-se, por oportuno, que este entendimento vai contra a própria sistemática do processo coletivo, sendo capaz até mesmo de inviabilizá-lo, sendo patentemente inconstitucional, pois ofende direitos e garantias fundamentais, tais como, isonomia, efetividade da tutela jurisdicional, segurança jurídica, celeridade processual, dentre outras. Pode-se afirmar que essas reiteradas decisões desse Tribunal Superior prestigiam a litigiosidade, haja vista que a tutela desses direitos e interesses coletivos (*lato sensu*) teriam que ser ajuizadas inúmeras ações.

Nessa linha de raciocínio, não há como compatibilizar os efeitos *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada coletiva (sendo que o primeiro desses efeitos está previsto no próprio artigo 16 da Lei nº 7.347/1985) com a imposição de um limite territorial, na medida em que são pontos que se contradizem, não havendo como se cogitar em coexistência.²⁸⁵ Veja-se que esse raciocínio também se aplica aos direitos e interesses individuais homogêneos²⁸⁶, não se limitando aos direitos eminentemente coletivos.

²⁸⁵ A esse respeito, Kazuo Watanabe apresenta contundente crítica ao posicionamento que visa impor limite territorial para a sentença coletiva: “Na prática, os operadores do Direito têm fragmentado os interesses ou direitos ‘difusos’, e mesmo os coletivos, atribuindo-os apenas a um segmento da sociedade, como os moradores de um Estado ou de um Município. Assim agindo desnaturam por completo a ‘natureza indivisível’ dos interesses ou direitos transindividuais, atomizando os conflitos, quando o objetivo do legislador foi o de submetê-los à apreciação judicial na sua configuração molecular, para assim se obter uma tutela mais efetiva e abrangente. E ainda desconsideram esses profissionais o art. 103, I, do Código, que prevê a coisa julgada *erga omnes*. No entendimento dos operadores que procuram fragmentar os interesses transindividuais, a coisa julgada seria restrita ao segmento social em nome de quem a ação coletiva é proposta, o que tem dado origem a uma inadmissível contradição de julgados. Contradição, por sinal, prática, e não apenas lógica, o que o nosso sistema processual, por meio dos institutos da litispendência e da coisa julgada, procura impedir. Se a lei estabelece eficácia *erga omnes* da coisa julgada, não faz qualquer sentido a existência de um outro julgado sobre a mesma demanda coletiva. Na pendência dessa espécie de demandas, haveria a litispendência, e após o julgamento de uma delas, com o trânsito em julgado da respectiva sentença, a coisa julgada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 72)

²⁸⁶ É sempre importante lembrar que a coisa julgada para os direitos e interesses individuais homogêneos é *erga omnes*, nos termos do artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante, este posicionamento adotado mostra-se contraditório quando comparado com a sistemática dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil), em qual, tendo o recurso especial sido afetado (considerado como representativo da controvérsia), o resultado do seu julgamento será aplicado a todos os outros, independentemente do âmbito territorial do órgão prolator (artigo 543-C, §§ 7º e 8º, do Código de Processo Civil).

Todavia, felizmente, houve um julgado mais recente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça sinalizando a possibilidade de alteração desse entendimento, o qual foi assim ementado:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

(STJ. REsp 1243887/PR. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Corte Especial. Julgado em 19/10/2011. Publicado no DJe de 12/12/2011)

O posicionamento do Ministro Luis Felipe Salomão é extremamente elucidativo e, apesar de longo, merece todo o destaque:

Tal interpretação, uma vez mais, esvazia a utilidade prática da ação coletiva, mesmo porque, cuidando-se de dano de escala nacional ou regional, a ação somente pode ser proposta na capital dos Estados ou no Distrito Federal (art. 93, inciso II, CDC). Assim, a prosperar a tese do recorrente, o efeito erga omnes próprio da sentença estaria restrito às capitais, excluindo todos os demais potencialmente beneficiários da decisão.

A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os 'efeitos' ou a 'eficácia' da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é 'efeito' ou 'eficácia' da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível".

É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os 'limites da lide e das questões decididas' (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debeat.

A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturação desse salutar mecanismo de solução plural das lides.

A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegração de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas.

A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ('o que' se decidiu) e subjetivo (em relação 'a quem' se decidiu), mas não de competência territorial.

Pode-se afirmar, com propriedade, que determinada sentença atinge ou não esses ou aqueles sujeitos (alcance subjetivo), ou que atinge ou não essa ou aquela questão fático-jurídica (alcance objetivo), mas é errôneo cogitar-se de sentença cujos efeitos não são verificados, a depender do território analisado.

(...)

A antiga jurisprudência do STJ, segundo a qual 'a eficácia erga omnes circunscreve-se aos limites da jurisdição do tribunal competente para julgar o recurso ordinário' (REsp 293.407/SP, Quarta Turma, confirmado nos EREsp. n. 293.407/SP, Corte Especial), em hora mais que ansiada pela sociedade e pela comunidade jurídica, deve ser revista para atender ao real e legítimo propósito das ações coletivas, que é viabilizar um comando judicial célere e uniforme - em atenção à extensão do interesse metaindividual objetivado na lide. (grifos não originais)

Alguns especialistas afirmam que com base nesse precedente já seria possível afirmar que houve mudança de entendimento.²⁸⁷ Porém, dadas às peculiaridades do caso, não se pode fazer tal afirmação, uma vez que o precedente aborda uma execução individual de sentença proferida em processo coletivo, tendo a Corte entendimento que não se aplica ao caso a limitação territorial, uma vez que a lei que a instituiu foi posterior à sentença executada.²⁸⁸

²⁸⁷ ROSSI, Júlio César. *A eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas: "água mole em pedra dura..."*. In: Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), nº 108. São Paulo: Dialética, 2012.

²⁸⁸ Todavia, são encontrados precedentes que sustentam a mudança de posicionamento da Corte com base no precedente em tela: "Desse modo, os efeitos do acórdão em discussão nos presentes autos são erga omnes, abrangendo todas as pessoas enquadráveis na situação do substituído,

Frisa-se que o Ministro Relator, como transcrito acima, fez brilhantes considerações acerca da necessidade de mudança de posicionamento do tribunal acerca da interpretação dada ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, porém não foram elas determinantes para o posicionamento adotado, conforme se denota da própria ementa.

Dessa forma, mostra-se prematuro afirmar que o Superior Tribunal de Justiça já alterou o seu entendimento acerca do tema, até mesmo porque podem ser encontrados recentes precedentes da Corte em sentido contrário, já que, como visto, alguns Ministros aplicam, mas outros não, a interpretação limitadora ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985.²⁸⁹

Ademais, é importante destacar que a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, logo após o julgamento do recurso especial nº 1.243.887/PR, reconheceu que os efeitos da sentença em ação coletiva não se limitam ao órgão prolator da decisão em acórdão assim ementado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

independentemente da competência do órgão prolator da decisão. Não fosse assim, haveria graves limitações à extensão e às potencialidades da ação civil pública, o que não se pode admitir.” (STJ; REsp 1344700/SC; Og Fernandes; 2ª Turma; julgado em 03/04/2014; publicado no DJe de 20/05/2014; v.u.) No mesmo sentido: “Os efeitos e a eficácia da sentença prolatada em ação civil coletiva não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido.” (STJ; AgRg no REsp 1326477/DF; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª turma; julgado em 06/09/2012; publicado no DJe de 13/09/2012; v.u.). Idem: STJ; AgRg no REsp 1094116/DF; Rel. Min. Luiz Felipe Salomão; 4ª turma; julgado em 21/05/2013; publicado no DJe de 27/05/2013; v.u.

²⁸⁹Frisa-se que é possível encontrar precedentes da Corte, após desse julgado que sinalizou para a necessidade de mudança, mantendo o entendimento restritivo dos efeitos da coisa julgada nas ações coletivas. “A sentença proferida em ação coletiva somente surte efeito nos limites da competência territorial do órgão que a proferiu, e exclusivamente em relação aos substituídos processuais que ali eram domiciliados à época da propositura da demanda.” (STJ; AgRg no REsp 1.279.061/MT; Rel. Min. Humberto Martins; 2ª Turma; julgado em 19/04/2012; disponibilizado no DJe de 26/04/2012; v.u.) No mesmo sentido: (i) STJ; AgRg nos EDcl no REsp 1419350 / RS; Rel. Min. Humberto Martins; 2ª Turma; julgado em 22/04/2014; publicado no DJe de 05/05/2014; v.u.; (ii) STJ; AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1424442/DF; Rel. Min. Benedito Gonçalves; 1ª turma; julgado em 20/03/2014; publicado no DJe de 28/03/2014; v.u.; e (iii) STJ; AgRg no REsp 1349795 / CE; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; 1ª Turma; julgado em 07/11/2013; publicado no DJe de 20/11/2013; v.u.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.
3. A exigência de pertinência temática para que se admita a legitimidade de sindicatos na propositura de ações coletivas é mitigada pelo conteúdo do art. 8º, II, da CF, consoante a jurisprudência do STF. Para a Corte Suprema, 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 compreendido nas atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe. Precedente.
4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.
5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.
6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica.
7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.
(STJ; REsp 1243386/RS; Rel. Min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 12/06/2012; disponibilizado no DJe de 26/06/2012; v.u.)²⁹⁰

Todavia, esse acórdão acabou por escancarar a divergência de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, sendo que o Ministro Herman Benjamin admitiu o processamento de embargos de divergência (EREsp 1.243.386/RS)²⁹¹ opostos com fundamento no artigo 546, I, do Código de Processo Civil contra acórdão do recurso especial de relatoria da Ministra Nancy Andrighi (cuja ementa está acima transcrita). O objeto desse recurso é fazer

²⁹⁰ Causa estranha o fato de que, mesmo após o julgamento desse caso (o que se deu em 12/06/2012), em outro recurso de sua autoria, a Ministra (em julgamento agora do dia 11/12/2012) votou plena aplicabilidade da limitação territorial dos efeitos da sentença coletiva (STJ; AgRg no REsp 1134957/SP; Rel. min. Nancy Andrighi; 3ª Turma; julgado em 11/12/2012; publicado no DJe de 17/12/2012; v.u.).

²⁹¹ A decisão do Ministro Herman Benjamin admitindo o processamento dos embargos de divergência nº 1.243.386/RS pela Corte Especial, com fundamento no artigo 546 do Código de Processo Civil, foi disponibilizada no DJe de 18/12/2012. Frisa-se que a competência para o julgamento desse recurso é da Corte Especial e não da 2ª Seção, nos termos dos artigos 11, XIII, e 266, caput, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que se trata de divergência entre acórdão da 3ª Turma (acórdão impugnado) e da Corte Especial (acórdão paradigma).

prevalecer o posicionamento mais antigo da Corte, utilizando-se de precedente da própria Corte Especial (EREsp 411.529/SP) como paradigma.²⁹²

Dessa forma, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o mencionado recurso, adotará um posicionamento com o fim de uniformizar a matéria, determinando o âmbito territorial da sentença proferida em ação coletiva, sendo, portanto, premeditado, afirmar categoricamente que a Corte modificou o seu entendimento, pelo menos até o julgamento dos embargos de divergência nº 1.243.386/RS.

Ademais, não se desconhece a existência de nova tentativa de limitar os efeitos territoriais da sentença coletiva, que é o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 358/2005.

Esse projeto visa acrescentar o § 2º ao artigo 105 da Constituição Federal nos seguintes termos:

Art. 105.

(...)

§ 2º Nas ações civis públicas e nas propostas por entidades associativas na defesa dos direitos de seus associados, representados ou substituídos, quando a abrangência da lesão ultrapassar a jurisdição de diferentes Tribunais Regionais Federais ou de Tribunais de Justiça dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ressalvada a competência da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral, definir a competência do foro e a extensão territorial da decisão.

Destaca-se que essa proposta surgiu pouco tempo após a edição do precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro João Otávio de Noronha, que é utilizado como paradigma para a manutenção do entendimento que limita os efeitos territoriais da sentença.

²⁹² Nesse particular, é importante ressaltar que o Ministro Herman Benjamin já teve a oportunidade de se manifestar, no âmbito doutrinário, acerca do tema, tendo se filiado à tese aqui defendida de inexistência de limite territorial da sentença coletiva. A sua crítica começa com a afirmação de que “motivado por interesses casuísticos, buscou o Poder Executivo restringir, mediante a edição de Medidas Provisórias, os efeitos da coisa julgada, contradizendo não só a lógica jurídica inerente às ações coletivas, mas a própria natureza dos interesses supraindividuais em questão.” O Ministro conclui, então, pela ineficácia do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985: “A interpretação da norma, introduzida pela Lei 9.494/97, que lhe confira o sentido de limitar a eficácia da coisa julgada, principalmente nos casos de interesses difusos e coletivos, aos jurisdicionados supostamente localizados em certa extensão territorial do País, contraria as regras do CDC, lei especial, sendo portanto ineficaz. Registre-se, por derradeiro, que a mesma linha de raciocínio vale para as ações sobre direitos individuais homogêneos, cuja sentença de procedência fará coisa julgada *erga omnes* por disposição expressa do CDC.” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 1482)

Esse projeto está em tramitação e, caso aprovado, estar-se-ia diante de mais uma tentativa do Poder Legislativo que limitar a tutela coletiva.

Para concluir, o posicionamento que deve prevalecer, por mais se amoldar aos ditames legais e à própria gênese do processo coletivo, é aquele defendido por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Portanto, se o juiz que proferiu a sentença na ação coletiva *tout court*, quer verse sobre direitos difusos, quer coletivos ou individuais homogêneos, for competente, sua sentença produzirá efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme o caso (v. CDC 103), em todo território nacional – e também no exterior –, independentemente da ilógica e inconstitucional redação dada à LACP 16 pela L 9494/97. É da essência da ação coletiva a eficácia prevista no CDC 103. Não se pode modificar o sistema e a essência do processo coletivo por norma desproporcional, inócua, ineficaz e inconstitucional, como é essa da LACP 16. Entender o contrário é desconhecer o sentido, o significado, o escopo e a essência, mesma do processo civil coletivo.²⁹³

Em outras palavras, não há que se cogitar em limitação territorial à sentença prolatada em ação coletiva, independentemente da espécie do direito ou interesse transindividual (difuso, coletivo e/ou individual homogêneo) tutelado.

3.7. Outros pontos sensíveis no processo coletivo.

3.7.1. Suspensão das ações individuais.

Uma discussão que tem ganhado corpo no que tange ao processo coletivo diz respeito à possibilidade de o processo individual ser suspenso, de ofício, em razão da existência de uma ação coletiva.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu essa possibilidade no seguinte precedente:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º

²⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1685.

do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

(STJ; REsp 1110549/RS; Rel. Min. Sidnei Benetti; 2ª Seção; julgado em 28/10/2009; disponibilizado no DJe de 14/12/2009; por maioria)

O precedente acima parte da premissa de que os casos “idênticos” devem ter a mesma solução jurídica, com base no princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), o que é potencializado com as ações coletivas, especialmente aqueles “atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários”.

Nessa linha, o Ministro Sidnei Benetti sustenta que essa faculdade de suspensão do processo atribuída ao juiz tem como finalidade o próprio interesse público de preservação da efetividade da justiça.

O Ministro complementa:

Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante inutilmente, por toda máquina jurisdicional em 1º Grau perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custo caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

Tendo isso em vista, conclui que não há que se cogitar em ofensa (negativa de vigência) aos artigos 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil e 2º e 6º do Código de Processo Civil.

Para uma análise mais pormenorizada do julgado, mostra-se necessário, em um primeiro momento, no que tange a esse tema, destacar o disposto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

De acordo com o dispositivo acima transcrito, somente haveria que se falar na suspensão do processo individual se o autor desta ação (uma vez cientificado nos autos da existência da demanda coletiva e dentro de 30 dias) assim requerer.

Portanto, não há como olvidar que a decisão do Superior Tribunal de Justiça mostra-se flagrantemente *contra legem*, uma vez que determina a suspensão de um processo individual em razão da existência de uma demanda coletiva, sem que, para tanto, a parte tenha anuído, conforme expressamente determina o artigo 104 acima transcrito.

De fato, a decisão em tela visa dar maior efetividade à prestação da tutela jurisdicional, uma vez que propicia a igualdade, já que a mesma situação fática terá a mesma consequência jurídica, trazendo mais segurança jurídica para os jurisdicionados.

A solução dada pelo Ministro Sidnei Benetti mostra-se interessante, mas ela é tão inovadora que acaba por contrariar o disposto no artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com o que o Poder Judiciário (em face do grande número de demandas que lhe assolam) use as vestes de legislador, para tentar estancar o problema, mas não em seu nascedouro (o que será abordado um pouco melhor a frente).

No caso, parece acertado o posicionamento do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (voto vencido no julgamento do recurso especial ementado no início desse tópico):

Por outro lado, não vejo como possa a titular de um direito individual ser compelida – sem lei que assim determine – a submeter-se a uma substituição processual não aceita, de ver a sua ação individual sobrestada por ato de império, por questões de natureza processual que, na essência, não lhe dizem respeito.

O Poder Judiciário tem procurado inovar – na maioria das vezes de forma mais célere do que o próprio Poder Legislativo – com o escopo de tentar diminuir, em um primeiro momento, a quantidade de recursos nos Tribunais Superiores, para depois chegar-se à solução massificada de lides, por meio do recurso especial repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil) e do recurso extraordinário dotado de repercussão geral (artigo 102, § 3º, da Constituição Federal e artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil).

Em suma, nos termos do ordenamento jurídico pátrio vigente, não há como

compelir o jurisdicionado a aguardar o julgamento de uma ação coletiva para que o seu processo retome o curso natural, pois, como já dito inúmeras vezes, essa suspensão somente se opera por requerimento do interessado, na esteira do propagado artigo 104 da lei consumerista.

A não aplicação desse dispositivo à espécie somente poderia ocorrer se houvesse a sua revogação (expressa ou tácita) ou o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, o que, no caso de tribunais, somente poderia se operar mediante o voto da maioria absoluta dos membros do órgão especial ou do plenário da corte (artigo 97 da Constituição Federal).

No caso em tela, ressalta-se que o afastamento do dispositivo da lei consumerista, sem o reconhecimento de sua inconstitucionalidade acaba por violar o enunciado nº 10 da súmula vinculante²⁹⁴ (do Supremo Tribunal Federal), padecendo, essa decisão, sob esse viés, também de inconstitucionalidade.

É importante deixar claro que, no cenário em que o Poder Judiciário brasileiro se encontra, não parece restar alternativa a não ser aquela adotada pelo Ministro Sidnei Benetti.

Todavia, para tanto, à luz do princípio da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição Federal), mostra-se necessário uma alteração legislativa (ou quanto muito o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 104, mas não é o caso), impondo que o ajuizamento de uma ação coletiva, a despeito de não configurar litispendência, suspende as ações individuais que envolvam a mesma matéria de fato e/ou de direito.

Uma ressalva precisa ser feita a esse respeito: a alteração legislativa acima mencionada deve estar em consonância com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, assegura o pleno e efetivo acesso à justiça pelo jurisdicionado e também a efetiva prevenção/reparação dos danos experimentados pelos consumidores, por exemplo (artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor)

Assim, qualquer mudança da legislação não pode obstar o ajuizamento da ação individual, devendo se autorizar expressamente que o juízo, enquanto perdure

²⁹⁴ Súmula vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

a suspensão do processo (que se dará até o julgamento da ação coletiva), conceda as medidas de urgência (antecipatório ou cautelar) que entender cabíveis, justamente para se evitar o perecimento do direito tutelado.²⁹⁵

Esse, inclusive, foi o entendimento que norteou a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto para a reforma do Código de Defesa do Consumidor ao estabelecer o artigo 104-A, notadamente nos §§ 1º e 2º:

Art. 104-A. O processamento e o julgamento da ação coletiva terão prioridade em relação às ações individuais, inclusive no recurso repetitivo.
 § 1º A critério do tribunal, poderão ser suspensas as demandas individuais de caráter exclusivamente patrimonial, pelo prazo máximo de dois anos.
 § 2º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual conceder medidas de urgência ou assegurar o mínimo existencial.
 § 3º No processamento e julgamento de ações coletivas, o descumprimento de prazo judicial deverá ser justificado pelo julgador.

Em suma, a suspensão dos processos individuais em razão da existência de ação coletiva é matéria de *lege ferenda* e não de *lege lata*, demandando, portanto, a intervenção do Poder Legislativo para que se edite lei a respeito, mas sempre em atenção ao disposto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3.7.2. Reexame necessário.

O reexame necessário (também denominado, de forma atécnica, de recurso de ofício) para o processo civil individual está previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil:

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:
 I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;
 II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).
 § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.
 § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta)

²⁹⁵ Nesse sentido, destaca-se a decisão do Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, que suspendeu, com base no artigo 543-B do Código de Processo Civil (em uma interpretação extremamente extensiva), todas as ações que tratem de restituição/indenização dos valores decorrentes dos expurgos inflacionários decorrentes dos planos econômicos (RE 591797/SP e RE 626.307/SP).

salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Da leitura do dispositivo acima transcrito conclui-se que esse instituto se constitui no envio obrigatório da sentença para a reapreciação por parte do tribunal competente, buscando-se, com isso, resguardar os interesses da Fazenda Pública e, de forma indireta, da própria sociedade.

Conforme se denota do *caput* do artigo 475 da lei processual civil, o reexame necessário é uma condição de eficácia da sentença, ou seja, embora existente e válida, o *decisum* somente produzirá os seus regulares efeitos se for confirmado pelo tribunal.

O instituto, como dito alhures, tem por finalidade resguardar o interesse da Fazenda Pública (mais especificamente o erário), na medida em que, de certa forma, considera que a sentença precisa ser confirmada por um órgão colegiado, composto por magistrados mais experientes, conferindo, assim, mais segurança às sentenças que a ele estejam sujeitas.

Não se desconhece que o reexame necessário é objeto de inúmeras críticas doutrinárias²⁹⁶, mas como o artigo 475 do Código de Processo Civil não foi revogado ou tido como inconstitucional, a sua aplicação, quando estejam preenchidos os respectivos requisitos, é necessária.

No que diz respeito ao processo coletivo, é importante salientar, em um primeiro momento, que a Lei nº 7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor (que compõe o núcleo duro do microssistema das ações coletivas) não trazem nenhuma disposição que imponha o reexame necessário para as demandas coletivas.

Todavia, na linha daquilo que foi exposto no começo desse capítulo, o microssistema das ações coletivas também é composto por inúmeros atos normativos, muitos dos quais acabam por disciplinar algum direito ou algum grupo de pessoas que demandam uma proteção especial

²⁹⁶ Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98-99.

Nesta linha verifica-se o disposto no *caput* artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular) e no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 7.853/89 (Lei de Proteção às Pessoas com Deficiência):

Lei nº 4.717/65	Lei nº 7.853/89
Art. 19. A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal; da que julgar a ação procedente caberá apelação, com efeito suspensivo. § 1º Das decisões interlocutórias cabe agravo de instrumento. § 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer cidadão e também o Ministério Público.	Art. 4º A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. § 1º A sentença que concluir pela carência ou pela improcedência da ação fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. § 2º Das sentenças e decisões proferidas contra o autor da ação e suscetíveis de recurso, poderá recorrer qualquer legitimado ativo, inclusive o Ministério Público.

Dessa forma, considerando que o escopo do microsistema das ações coletivas é dar maior proteção aos direitos transindividuais tutelados judicialmente, não há como olvidar a plena incidência dessas disposições (*caput* do artigo 19 da Lei nº 4.717/65 e artigo 4º, § 1º, da Lei nº 7.853/89) para quaisquer direitos e interesses que forem objeto de ação coletiva.

Assim, caso a ação coletiva seja extinta sem resolução de mérito ou se os pedidos formulados na petição inicial forem julgados improcedentes (ainda que parcialmente), os autos deverão ser encaminhados para o tribunal competente, uma vez que essa sentença está sujeita ao reexame necessário.

Neste sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANOS AO ERÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. REMESSA NECESSÁRIA. ART. 19 DA LEI Nº 4.717/64. APLICAÇÃO.

1. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei nº 4.717/65, as sentenças de improcedência de ação civil pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário. Doutrina.

2. Recurso especial provido.

(STJ; REsp 1108542/SC; Rel. Min; Castro Meira; 2ª Turma; julgado em 19/05/2009; disponibilizado em DJe 29/05/2009; v.u.)

Nesse particular, é importante frisar que esse entendimento deve prevalecer ainda que o réu da ação coletiva seja a Fazenda Pública, hipótese em que o artigo

475 do Código de Processo Civil não se aplicaria em eventual procedência da demanda (e, portanto, decisão desfavorável aos entes públicos).

As ações coletivas, notadamente a ação civil pública, tem o escopo de proteger direitos fundamentais – como, por exemplo, consumidor, ambiental e patrimônio público, histórico e cultural –, os quais não podem ser afastados em detrimento do direito da Fazenda Pública (ainda que aqui a sociedade esteja indiretamente afetada – interesse público secundário), justamente pelo fato daqueles direitos estarem intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Não se pode perder de vista que os direitos transindividuais são, como já visto nesse estudo, direitos fundamentais, os quais demandam um tratamento diferenciado no âmbito processual (assim como o tem no âmbito do direito material).

Com isso, sopesando-se esses direitos (direito transindividual x direito da Fazenda Pública), conclui-se que, em se tratando de ação coletiva, o reexame necessário deve se operar a favor do bem jurídico mais relevante e abrangente (que envolve o direito transindividual), em detrimento do aspecto pecuniário fazendário.

Sérgio Shimura leciona a esse respeito:

Por conseguinte, figurando na ação civil pública como demandada a Fazenda Pública, o sistema das ações coletivas permite e determina que se deve conferir maior relevância aos *interesses difusos e coletivos* do que aqueles ligados diretamente à Fazenda Pública, como pessoa jurídica de direito público. Daí não se aplicar o art. 475 do CPC, mas sim inovar por analogia o regime da Lei 7.853/89 (art. 4º, § 4º), pelo qual somente há reexame necessário em caso de *carência* ou de *improcedência*, independentemente de a pessoa jurídica de direito público migrar para o polo ativo da demanda.²⁹⁷

Dessa forma, a ação coletiva procedente contra a Fazenda Pública não se sujeitará ao reexame necessário, uma vez que se mostra mais razoável aplicar as disposições que dizem respeito a processos coletivos do que aquelas atinentes ao processo individual, além do que, como visto, os direitos transindividuais tutelados em juízo são mais relevantes do que o interesse pecuniário da Fazenda Pública.

Em outras palavras, o instituto do reexame necessário deve ser interpretado à luz do texto constitucional, visando a ampla e plena defesa dos direitos

²⁹⁷ SHIMURA, Sérgio. *O reexame necessário nas ações coletivas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 350.

transindividuais, como direitos fundamentais que o são, permitindo-se, assim, o efetivo acesso à justiça.

3.7.3. Efeito suspensivo dos recursos nas ações coletivas.

Não se desconhece que os recursos não possuem somente os efeitos devolutivo e suspensivo, na medida em que, na célebre lição de Nelson Nery Junior²⁹⁸, outros fenômenos processuais estão relacionados à interposição do recurso, a eficácia da decisão recorrida e o próprio julgamento do recurso. Tendo isso em vista, esse renomado jurista apresenta outros efeitos, tais como, o expansivo²⁹⁹, o translativo³⁰⁰ e o substitutivo³⁰¹, os quais não podem ser abarcados pelos efeitos devolutivo e suspensivo.

Todavia, o escopo do presente tópico não é esmiuçar todos esses efeitos (até mesmo porque isso levaria a outra dissertação de mestrado), mas sim apontar a peculiaridade do efeito suspensivo no processo civil coletivo.

O efeito suspensivo do recurso tem o condão de adiar os efeitos/consequências da decisão impugnada, tendo o seu início com a publicação da decisão que irá ser objeto de impugnação, perdurando até que ocorra a publicação acerca de seu julgamento.³⁰²

²⁹⁸ Para maiores detalhes: NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 456 e ss.

²⁹⁹ O efeito expansivo está relacionado com o fato de o julgamento do recurso resultar em uma decisão mais abrangente do que o reexame da matéria impugnada.

³⁰⁰ O efeito translativo, por sua vez, ocorre quando o ordenamento jurídico autoriza que o tribunal julgue fora do que consta nas razões e contrarrazões recursais das partes, o que não acarretaria a nulidade do julgado (por ser *ultra*, *extra* ou *infra petita*). Tem-se essa situação comumente com a análise das matérias de ordem pública, as quais podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado a qualquer tempo e grau de jurisdição.

³⁰¹ Já o efeito suspensivo do recurso está relacionado ao fato de a decisão proferida sobre o mérito do recurso substituir, parcial ou totalmente, a decisão recorrida, nos termos do artigo 512 do Código de Processo Civil. Nesse caso, a incidência desse efeito pressupõe, obrigatoriamente, o conhecimento do recurso pelo tribunal, ou seja, que estejam presentes todos os seus requisitos de admissibilidade.

³⁰² José Carlos Barbosa Moreira sustenta que “Aliás, a expressão ‘efeito suspensivo’ é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato *ainda* ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusesse o recurso.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V: arts. 476 a 565. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 258)

Esse também é o posicionamento de Nelson Nery Junior: “Dizemos que a suspensividade respeita mais propriamente à recorribilidade porque o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, no mínimo, até que se escoie o prazo para a parte ou interessado

No que tange ao processo civil individual, a regra é que os recursos gozem do duplo efeito, ou seja, tanto devolutivo quanto suspensivo (artigo 497 do Código de Processo Civil)³⁰³, o que ocorre no recurso de apelação (primeira parte do *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil), nos embargos de declaração (artigo 538 do Código de Processo Civil), nos embargos infringentes e no recurso ordinário constitucional (artigos 520 e 540 do Código de Processo Civil)

Todavia, a lei processual estabelece que, ordinariamente, os seguintes recursos somente gozam de efeito devolutivo: (i) recurso de agravo (artigos 497 e 522, *caput*, do Código de Processo Civil); e (ii) recursos especial e extraordinário (artigos 497 e 542, § 2º, do Código de Processo Civil).

Antes de adentrar na peculiaridade do efeito suspensivo nas ações coletivas, é importante ressaltar que o microsistema de processo coletivo não possui uma sistemática recursal própria, o que, como visto anteriormente, impõe a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (artigo 19 da Lei nº 7.347/1985 e artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor), inclusive no que tange à taxatividade dos recursos admitidos (artigo 496 do Código de Processo Civil) e os seus respectivos requisitos de admissibilidade.³⁰⁴

recorrer. Assim, durante o prazo para a interposição do recurso, já existe, em certa medida, o efeito suspensivo que se prolongará até o julgamento do recurso efetivamente interposto, ao qual a lei confira efeito suspensivo. Olhando o fenômeno por outro ângulo, poder-se-ia dizer que o que ocorre durante o prazo quer vai da publicação até o escoamento do termo para a interposição do recurso é a suspensão da sentença, não por incidência do efeito suspensivo do recurso, mas porque a eficácia imediata da decisão fica sob a *condição suspensiva* de não haver interposição do recurso que deva ser recebido no efeito suspensivo.

Do contrário, a entender-se o início do efeito suspensivo apenas depois de efetivamente interposto o recurso, a decisão poderia produzir efeitos nesse prazo e tornar não efetivo o efeito suspensivo do recurso que vier a ser interposto. Essa *condição suspensiva*, portanto, se opera mesmo antes da interposição do recurso. Para os recursos previstos na lei sem efeito suspensivo, o raciocínio não se aplica e a decisão, tão logo é publicada, passa a produzir efeitos, ensejando inclusive sua execução provisória (CPC 475-O e 587).” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 427-428)

³⁰³ Nelson Nery Junior afirma que “no sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo. A apelação, recurso ordinário por excelência, é recebida no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), exceto nos casos enumerados no CPC 520 e na hipótese descrita na primeira parte do CPC 1184 (sentença que decreta a interdição).” (NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 429) Gilson Delgado Miranda e Patricia Miranda Pizzol defendem que “os recursos têm, em regra, efeito suspensivo, conforme o disposto no artigo 497 do CPC, salvo nas hipóteses em que a lei dispuser em sentido contrário (art. 520; art. 58, V, Lei de Locação; art. 3º, § 5º, do Decreto nº 911/69 etc.).” (MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*. 6ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38)

³⁰⁴ Nesse particular, a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery é salutar: “A LACP não possui sistema recursal próprio, de sorte que os recursos interpostos nas ações fundadas na LACP seguem o mesmo regime recursal do CPC, que é a lei ordinária sobre o direito processual comum, observadas as peculiaridades da LACP quanto aos efeitos dos recursos. Assim, por exemplo, das decisões interlocutórias (CPC 162 § 2º) cabe agravo (CPC 522), da sentença (CPC 162

Já no que tange propriamente ao processo coletivo, a regra é diversa e está disposta no artigo 14 da Lei nº 7.347/1985, *in verbis*: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano irreparável à parte.”

Da leitura da primeira parte desse dispositivo (“o juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos”), depreende-se que a regra, nas ações coletivas, é que todos os recursos gozam apenas do efeito devolutivo, sendo que o efeito suspensivo, por ser exceção, será concedido “para evitar dano irreparável à parte”.³⁰⁵

Ao que tudo indica, a intenção do legislador foi a de permitir que a sentença coletiva, em razão da tutela de bens jurídicos extremamente importantes (direitos e interesses transindividuais), produza os seus efeitos de imediato, autorizando-se, inclusive, a sua execução provisória, que observará, no que for possível, o disposto no artigo 475-O do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça tem adotado o entendimento acima esposado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 14. LEI 7.347/85. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. EFEITO DEVOLUTIVO. REGRA. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ.

1. Na ação civil pública, os recursos devem ser recebidos, em regra, apenas no efeito devolutivo, ressalvados os casos de iminente dano irreparável às partes, em que poderá ser conferido efeito suspensivo, na forma do art. 14, da Lei n.º 7.347/85. Precedentes.

2. É vedado, em sede de recurso especial, revolverem-se os elementos fático-probatórios da demanda a fim de demonstrar a inconveniência da execução imediata da sentença de 1º grau, nos termos da Súmula 07/STJ.

3. Recurso especial não provido.

(STJ; REsp 1125494/SP; Rel. Min. Castro Meira; 2ª Turma; julgado em 13/04/2010; publicado no DJe de 23/04/2010; v.u.)³⁰⁶

Dessa forma, pode-se concluir, por meio de um exemplo, que o recurso de apelação interposto em face da sentença proferida em ação coletiva é recebido

§ 1º) cabe apelação (CPC 513) e os despachos (CPC 162 § 3º) são irrecorríveis (CPC 504)” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1681)

³⁰⁵ No mesmo sentido NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1681.

³⁰⁶ No mesmo sentido encontra-se o seguinte precedente, também do Superior Tribunal de Justiça: “As normas processuais que regulam a ação civil pública estão na Lei n. 7.347/85, aplicando-se o CPC, tão-somente, de forma subsidiária. Daí porque se dizer que a regra do recebimento da apelação contra sentença proferida em seu âmbito é apenas no efeito devolutivo; podendo ou não o juiz conferir o efeito suspensivo diante do caso concreto, como especifica o art. 14 da referida Lei.” (STJ; AgRg no REsp 436647/RS; Rel. Min. Humberto Martins; 2ª Turma; julgado em 26/08/2008; publicado no DJe de 07/11/2008; v.u.)

somente no efeito devolutivo, diversamente do que ocorre no que ocorre no processo individual, oportunidade em que esse recurso gozará do duplo efeito (devolutivo e suspensivo), nos termos do *caput* do artigo 520 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO 4: O FUTURO DO PROCESSO COLETIVO

4.1. Breve apanhado histórico.

Antes de adentrar nas propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional – notadamente, para fins desse estudo, aquelas que buscam alterar o Código de Defesa do Consumidor e instituir um novo Código de Processo Civil – mostra-se necessário tecer breves considerações acerca do histórico das leis aplicáveis à espécie, bem como de outras propostas legislativas que não vingaram.

A defesa de direitos e interesses transindividuais no Brasil teve como marco a ação popular, sendo que o estudo desse instrumento deve ser dividido em dois pontos: antes e depois da Constituição de 1934.

A doutrina mais autorizada entende que a ação popular vigorou no período imperial (1822– 1889) e no início da era republicana, uma vez que se assegurava a possibilidade de defesa de bens de uso comum do povo.³⁰⁷

Todavia, com o advento do Código Civil de 1916, especialmente em relação ao disposto em seu artigo 76³⁰⁸, o entendimento passou a ser o de que o sistema jurídico brasileiro não mais admitia a ação popular, sendo que as disposições que autorizariam o seu reconhecimento haviam sido ab-rogadas.³⁰⁹

Posteriormente, o artigo 113, § 38, da Constituição de 1934³¹⁰ admitiu a utilização da ação popular, que foi suprimida pelo texto constitucional de 1937, vindo a ser restabelecida pela Constituição de 1946 (artigo 141, § 38³¹¹), sendo mantida até os dias atuais (artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988³¹²).

³⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

³⁰⁸ “Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.”

³⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

³¹⁰ “Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”

³¹¹ “Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

Mais adiante (ainda sob a égide do texto constitucional de 1946) adveio a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplinou a ação popular.

Entretanto, esse arcabouço normativo não se mostrava suficiente para a defesa de direitos e interesses transindividuais, razão pela qual a Lei nº 6.938/1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu legitimidade ao Ministério Público para a ação de responsabilidade civil pelos danos causados ao meio ambiente (artigo 14, § 1º³¹³).

Nesse mesmo cenário também ganha importância o advento da Lei Complementar nº 40/1981, que também conferia legitimidade ativa ao *Parquet* para o ajuizamento de ação civil pública para a responsabilização daqueles que causaram danos ao meio ambiente.

Veja-se que foi no início da década de 80 – oportunidade em que se discutia os direitos fundamentais de terceira dimensão – que se começou a discutir de forma mais detida a defesa de direitos e interesses transindividuais.

Pouco tempo depois, em 24 de julho de 1985, adveio a lei nº 7.347, disciplinando “a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. Esse ato normativo surgiu de uma comissão de juristas (encabeçada por Ada Pellegrini Grinover) que elaborou um anteprojeto de lei que posteriormente veio a ser aprimorado por integrantes do Ministério Público do Estado de São Paulo (dentre os quais se destacam Édis Milaré e Nelson Nery Junior).³¹⁴

§ 38 - Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

³¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)”

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

³¹³ “Art. 14. (...)”

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

³¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 194.

Com a Constituição Federal de 1988 a ação civil pública foi alçada ao patamar constitucional pelo disposto no artigo 129, III e § 1º, além de terem sido previstos outros instrumentos para a defesa de direitos transindividuais, tais como: (i) a ação popular (artigo 5º, LXXIII), como já mencionado anteriormente; (ii) o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX); (iii) as ações que envolvem controle concentrado de constitucionalidade, notadamente a ação direta de inconstitucionalidade (artigos 102, I, e 103), a ação declaratória de constitucionalidade (artigos 102, I – inserida pela Emenda Constitucional nº 3/1993 – e 103) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 103, § 1º)

Tendo em vista o disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e os fatos de a defesa do consumidor ser elevada ao patamar de direito fundamental (artigo 5º, XXXII) e também de princípio da ordem econômica (artigo 170, V), surgiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.068, de 11 de setembro de 1990), que é matéria de ordem pública e de interesse social (nos termos de seu artigo 1º).

No diploma consumerista – considerando a existência de uma sociedade de mercado pautada pelo consumo em massa – também houve um tratamento peculiar à ação coletiva (“Título III – Da defesa do consumidor em juízo”) que, como visto, nos dias atuais, não se limita apenas à defesa coletiva de direitos dos consumidores, mas sim a todos os direitos e interesses transindividuais.

Conforme já abordado nesse estudo – mas nunca é demais enfatizar–, o Código de defesa do Consumidor, em conjunto com a Lei nº 7.347/1985, forma o núcleo duro do microssistema do processo coletivo.

Nesse cenário, não se desconhece a existência de outras leis (além de famigeradas medidas provisórias) que também compõe esse microssistema, dentre as quais se destacam: (i) lei das pessoas com deficiência (Lei nº 7.853/1989); (ii) lei de defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei nº 7.913/1989); (iii) Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990); (iv) lei de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992); (v) Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003); (v) Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003); (vi) lei do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009); e (vii) lei de defesa da ordem econômica (Lei nº 12.529/2011).

Por óbvio, o atual sistema normativo atinente ao tema acaba por trazer diversas dificuldades de interpretação, ainda mais quando se leva em consideração que a hermenêutica realizada pelos intérpretes é feita com os olhos voltados para o

processo individual, o que, na maioria das vezes, acaba por levar à interpretação não mais adequada, visto que diversos institutos possuem uma sistemática própria no processo civil coletivo.

Tendo isso em vista, ganhou força nos últimos anos a edição de um diploma legal que tratasse acerca do processo coletivo de forma mais ampla do que os atuais.

Essa onda de reforma ganhou força no meio da década passada (anos 2000), quando o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) constituiu uma comissão, presidida por Ada Pellegrini Grinover, encarregada de elaborar um Anteprojeto de Código de Processo Coletivo.

Mais ou menos na mesma época, essa renomada jurista, juntamente com Kazuo Watanabe e Antonio Gidi foram os representantes brasileiros na comissão que criou o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que tinha o escopo de trazer similitude aos ordenamentos jurídicos dos países membros, sendo que os projetos de leis a serem apresentados aos respectivos membros do Poder Legislativo teriam por norte esse Código Modelo.

Todavia, a despeito de nenhum desses projetos ter vingado no Brasil, o espírito de reforma permaneceu aceso, tanto que foi instituída uma comissão de juristas para elaborar uma Nova Lei de Ação Civil Pública (Projeto de Lei nº 5.139/09). Mesmo com certa mobilização do meio jurídico, o projeto não ganhou força, tanto que atualmente este projeto encontra-se parado na Câmara dos Deputados, tendo sido interposto um recurso contra o arquivamento do projeto.³¹⁵

Entretanto, ainda mais recentemente, frente aos anseios da comunidade jurídica, uma reformulação do processo coletivo entrou na pauta do Poder Legislativo, mas, infelizmente, não com a mesma força que tem o projeto do novo Código de Processo Civil (focado para a tutela de direitos puramente individuais).

4.2. Alteração do Código de Defesa do Consumidor.

4.2.1. Escopo da alteração legislativa e o seu trâmite no Congresso Nacional.

³¹⁵ Informação obtida no sítio da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em 16/08/2014.

A despeito do arquivamento do projeto de lei que visava estabelecer uma nova lei de ação civil pública, a discussão novamente veio à tona quando o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instituiu uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, encarregada de reformar o Código de Defesa do Consumidor.³¹⁶

Foram apresentados três projetos de lei, sendo um deles voltado especificamente para o processo coletivo (Projeto de Lei do Senado Federal nº 282/12).³¹⁷

Após discussões a respeito, no mês de outubro de 2013 foi apresentado o relatório geral por parte do Senador Ricardo Ferraço, sendo que até a presente data o projeto em questão (assim como os outros dois) ainda não foi votado pelo plenário do Senado Federal.

4.2.2. Principais inovações propostas.

O escopo desse tópico é trazer as principais propostas legislativas apresentadas no anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas e no substitutivo apresentado pela Comissão do Senado Federal.

4.2.2.1. O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor Projetado.

O primeiro ponto de destaque no projeto em tela diz respeito ao novo conceito apresentado ao direito individual homogêneo (atualmente previsto no inciso III do parágrafo único do artigo 81 da lei consumerista).

A Comissão de Juristas acolheu o entendimento de Ada Pellegrini Grinover ao estabelecer, como já adiantado no Capítulo 1 do presente estudo, que os direitos individuais homogêneos são “aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tratamento conjunto pela utilidade coletiva da tutela”.

³¹⁶ Compunham a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de lei: o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Herman Benjamin (Presidente), Claudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa e Roberto Augusto Castellanos Pfeizzer.

³¹⁷ As demais propostas visam, primordialmente, tratar do comércio eletrônico (Projeto de Lei nº 281/2012) e do superendividamento do consumidor (Projeto de Lei nº 283/2012).

Com isso, para a aferição dessa espécie de direito transindividual, mostra-se necessário constatar a existência da prevalência do tratamento coletivo desse direito individual.

Além disso, o dispositivo acima mencionado estabelece que a tutela dos direitos transindividuais é, presumidamente, “de relevância social e jurídica” (§ 2º). A manutenção dessa disposição facilitará às partes a demonstração da repercussão geral (artigo 102, § 3º, da Constituição Federal e artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil) para fins de interposição de recurso extraordinário.³¹⁸

Também se reconheceu a prioridade de tramitação e julgamento das ações coletivas (§ 3º). Nesse particular, é importante destacar o fato de que o anteprojeto excetuava a ação popular e a ação de alimentos, ou seja, a ação coletiva não teria prioridade em face dessas ações. Todavia, no substitutivo aprovado pela comissão especial de senadores, essas exceções não persistiram.

A Comissão de Juristas encampou o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de se buscar, de forma incidental, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos (§ 4º).³¹⁹

O dispositivo ora analisado (artigo 81) disciplina, em seu último parágrafo, a questão da prescrição ao estabelecer que “as pretensões de direito material prescrevem, se for o caso, no prazo estabelecido por este Código ou pela lei, observado aquele que for mais favorável a seu titular”. Esse posicionamento é contrário àquele que vingou no Superior Tribunal de Justiça, que sedimentou o entendimento de que o prazo prescricional da ação coletiva é de 5 anos, à luz do disposto no artigo 21 da Lei nº 4.717/1965, que, como visto, compõe o microsistema das ações coletivas.³²⁰

³¹⁸ Nesse particular, merece destaque o fato de que existem dois Projetos de Emenda Constitucional (PEC nº 209/2012 e 17/2013) que busca acrescentar o requisito da repercussão geral para o recurso especial.

³¹⁹ O Supremo Tribunal Federal, de forma acertada, tem admitido o controle difuso de constitucionalidade por meio de ação coletiva, uma vez que essa discussão se dá *incidenter tantum*, na medida em que o reconhecimento da inconstitucionalidade é causa de pedir e não o pedido da ação coletiva: STF; RE 424993/DF; Rel. Min. Joaquim Barbosa; Tribunal Pleno; julgado em 12/09/2007; disponibilizado no DJe de 18/10/2007; v.u. STF; RE 633195 ED-AgR/SP; Rel. Min. Dias Toffoli; 1ª Turma; julgado em 12/06/2012; disponibilizado no DJe de 26/06/2012; v.u.

³²⁰ Os dispostos nas propostas, de forma acertada, se afastam do entendimento que prevalece no Superior Tribunal de Justiça (de que prescreve em 5 anos a pretensão de ajuizamento da ação coletiva): STJ; AgRg nos EREsp 1070896/SC; Rel. Min. Laurita Vaz; Corte Especial; julgado em 25/04/2013; publicado no DJe de 10/05/2013; v.u.. Esse entendimento da Corte deve ser revisto, uma vez que é o direito material que disciplinará o prazo prescricional para o ajuizamento da ação (seja ela coletiva ou individual).

4.2.2.2. Competência.

No que tange à competência, o anteprojeto buscou trazer elementos mais objetivos para se aferir o juízo competente, uma vez que, como visto no Capítulo anterior, as disposições vigentes do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985 e do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor deixam dúvida ao intérprete acerca do que deve se entender por “dano local” e “dano regional”.

O primeiro passo foi extirpar essas expressões (“dano local” e “dano regional”), na medida em que a proposta revoga o artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, o *caput* do artigo 81-A proposto estabelece o juízo “absolutamente competente”. O escopo dessa alteração é afastar qualquer dúvida de que a competência para processar e julgar ação coletiva é absoluta, uma vez que a redação atual do artigo 2º da Lei nº 7.347/1985 tem também esse escopo, mas, para tanto, fala que a competência é funcional.

No mais, o artigo 81-A mantém a regra de que a competência é do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano/ilícito, mantendo a disposição atual (prevista também no artigo 2º da Lei nº 7.347/1985), até mesmo porque, de fato, o juízo dessa localidade é que tem maiores condições fáticas de julgar a causa, justamente pela sua proximidade.

O anteprojeto previa, nos incisos do § 1º do artigo 81-A, duas regras de competência: (i) “da capital do Estado, se o dano ou o ilícito atingir o seu território”; e (ii) “do Distrito Federal, se o dano ou o ilícito atingir o seu território, concorrentemente com os foros das capitais atingidas”.

Todavia, essas disposições não subsistiram no substitutivo apresentado no Senado Federal, sendo que, na versão atual, estabelece-se que a competência será absoluta do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano/ilícito, sendo que eventual concorrência de juízos – o que se dará se mais de uma Comarca ou Seção Judiciária for ou puder ser afetada – será solucionada pelas regras de prevenção.

No mais, outras disposições previstas nos parágrafos do mencionado artigo 81-A proposto (na versão do substitutivo do Senado Federal) merecem destaque: (i) o afastamento de qualquer limite territorial aos efeitos da sentença coletiva (artigo 81-A, §§ 1º e 2º); e (ii) se no foro existirem juízos especializados em razão da

matéria, estes terão preferência sobre aqueles que são especializados para o julgamento de ações coletivas (artigo 81-A, § 3º).

4.2.2.3. Legitimados e litisconsórcio.

No que tange aos legitimados, o anteprojeto somente acrescentou a Defensoria Pública ao rol previsto no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, sendo importante ressaltar que ela já se encontra no rol do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985.

Todavia, o substitutivo aprovado pela comissão no Senado Federal foi além ao também conferir legitimidade à Ordem dos Advogados do Brasil³²¹ e à Advocacia Pública (de todos os entes federativos).

Além disso, o projeto insere o § 5º do artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 que prevê a possibilidade da existência de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos (Estadual e Federal), as Advocacias Públicas e as Defensorias Públicas, independentemente da justiça competente: “§ 5º Independentemente da justiça competente, admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos, as Advocacias Públicas e as Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados para a defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei.”³²²

4.2.2.4. Procedimento.

No que tange ao procedimento, inúmeras alterações vêm à tona.

A primeira modificação que chama a atenção diz respeito ao fato de que o juiz, após receber a petição inicial e apreciar eventual medida de urgência

³²¹ O artigo 51, XIV, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/1994) e o artigo 81, III, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) já conferem essa legitimidade à Ordem dos Advogados do Brasil.

³²² A esse respeito, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça, ante a legislação vigente, já tem admitido a formação de litisconsórcio entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual: “Assim, o litisconsórcio ativo facultativo entre os ramos do MPU e os MPs dos Estados, em tese, é possível, sempre que as circunstâncias do caso recomendem, para a propositura de ações civis públicas que visem à responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, à ordem econômica e urbanística, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, inclusive de natureza trabalhista.” (STJ; REsp1444484/RN; Rel. Min. Benedito Gonçalves; 1ª Turma; julgado em 18/09/2014; publicado no DJe de 29/09/2014; v.u.)

liminarmente, designar audiência de conciliação, em que comparecerão as partes ou seus patronos (artigo 90-B, *caput*).

Aqui é importante destacar que o substitutivo apresentado no Senado Federal possibilita que essa audiência seja presidida por juiz, mediador ou conciliador judicial, ao passo que o anteprojeto autorizava somente os dois últimos a presidi-la (artigo 90-B, § 1º).

Outro ponto que chama a atenção a esse respeito é a consequência do não comparecimento das partes à mencionada audiência: (i) a ausência do réu ou de seu procurador com poderes para transigir pressupõe ato atentatório à dignidade da justiça e será passível de multa de até 2% (dois por cento) do valor da causa ou do benefício econômico, a ser revertido a favor do Fundo de Direitos Difusos (artigo 90-B, § 2º); e (ii) caso o autor não compareça injustificadamente, caberá ao Ministério Público assumir a causa (artigo 90-B, § 3º), salvo se ele se recusar, hipótese em que será adiada a audiência e cientificado o “órgão superior competente da instituição para que, querendo, designe outro integrante”.

A proposta legislativa em tela prevê que o prazo para o réu contestar a ação coletiva será fixado pelo juiz entre 20 e 60 dias, sendo que o seu termo *a quo* será a data da audiência de conciliação ou a última sessão conciliatória:

Art. 90-C. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a vinte ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes, contados a partir da data da realização da audiência de conciliação ou da última sessão do procedimento conciliatório.

§ 1º. Ao prazo previsto no caput não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais.

§ 2º. Quando os litisconsortes tiverem procuradores diferentes, o prazo previsto no caput não poderá ser inferior a trinta dias.³²³

Veja-se que o §1º acima transcrito exclui a incidência de disposições legais que prevejam prazo diferenciado, ou seja, não incidirá à espécie o disposto no artigo 191 do Código de Processo Civil vigente, que prevê o benefício do prazo em dobro para as partes litisconsortes com procuradores distintos. Todavia, nesse caso, o prazo não poderá ser inferior a 30 dias (§ 2º).

³²³ O anteprojeto não previa especificidade para litisconsórcio passivo com procuradores distintos, sendo que o seu parágrafo único tinha redação similar ao § 1º do substitutivo: “Parágrafo único. Ao prazo previsto no caput não se aplicam outros benefícios para responder estabelecidos no Código de Processo Civil ou em leis especiais”.

Salienta-se que a citação do réu para comparecer à mencionada audiência e, posteriormente, apresentar contestação interrompe o prazo prescricional/decadencial para o ajuizamento de ação individual³²⁴.

Art. 90-A. (...)

§ 5º. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de decadência ou prescrição das pretensões individuais e coletivas, direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo a interrupção desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Também são dignos de destaque os seguintes pontos: (i) a possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais e a ordem de produção da prova (artigo 90-A, § 1º); (ii) após a apresentação da contestação o juiz decidirá se o processo tem condições de prosseguir de forma coletiva, além de poder cindir os pedidos em ações coletivas distintas; (iii) o juiz “poderá encaminhar o caso, com a concordância das partes, para avaliação neutra de terceiro, designado pelo juiz, de confiança delas” (artigo 90-D, IV), sendo que o laudo elaborado pelo terceiro será entregue diretamente às partes, extra-autos, não podendo chegar ao conhecimento do juiz (artigo 90-D, § 1º), uma vez que o seu objetivo é auxiliar às partes na composição (artigo 90-D, § 2º); (iv) cabe ao magistrado, ao sanear o feito, fixar os pontos controvertidos (artigo 90-D, V) e esclarecer as partes acerca da inversão do ônus da prova, “atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração” (artigo 90-D, VI); (v) se não for o caso de julgamento antecipado da lide (artigo 90-E) e for o caso de realização de prova pericial (requerida pelo autor ou determinada de ofício pelo juiz), o *expert* do juízo deverá ser indicado preferencialmente dentre o rol de servidores públicos especializados na matéria, sendo que os seus honorários serão adiantados pelo Fundo dos Direitos Difusos (artigo 90-F); (vi) os recursos serão dotados, ordinariamente, apenas de efeito devolutivo, sendo que eventual efeito suspensivo somente será concedido “quando da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em

³²⁴ Esse entendimento tem ganhado força no Superior Tribunal de Justiça já em atenção à legislação vigente: “Diante desse contexto, a citação válida no processo coletivo, ainda que este venha ser julgado extinto sem resolução do mérito em face da ilegitimidade do Substituto Processual, configura causa interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual.” (STJ; REsp 1055419/AP; Rel. Min. Laurita Vaz; 5ª Turma; julgado em 06/09/2011; publicado no DJe de 21/09/2011; v.u.).

que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os interesses ou bens jurídicos coletivos em questão, inclusive o *periculum in mora* reverso” (artigo 90-H); (viii) quanto ao cumprimento de sentença, o juiz poderá nomear pessoa física ou jurídica estranha à relação jurídica processual para fiscalizar e implementar o comando emergente da sentença coletiva (artigo 90-I, *caput*); (ix) a lei imporá que os indivíduos lesados se habilitem nos autos para que recebam eventual importância pecuniária que tenha direito em virtude da procedência da demanda (artigo 90-I, § 1º), valor este que, sempre que possível, será já fixado na sentença (artigo 95-A); (x) a possibilidade de intervenção de *amicus curiae* qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 90-J); (xi) a prioridade de tramitação da ação coletiva (artigo 104-A); (xii) a possibilidade de suspensão das ações individuais de cunho exclusivamente patrimonial, a critério do tribunal, pelo prazo máximo de dois anos, sendo que, durante esse período, o juiz da causa da demanda individual poderá conceder medidas de urgência (artigo 104-A, §§ 1º e 2º); e (xiii) a possibilidade de serem arbitrados honorários advocatícios aos advogados das associações, em demandas complexas, ser arbitrado em percentual superior a 20% (vinte por cento), sem prejuízo de, na hipótese relevante interesse público satisfeito pela demanda coletiva, fixação de compensação financeira a ser suportada pelo réu, observados os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (artigo 87, §§ 2º e 3º).

4.2.2.5. Cadastro nacional.

Os artigos 104-B e 104-C do substitutivo apresentado no Senado Federal prevêm a criação de cadastros nacionais de processos coletivos, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta que serão de competência do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Superior do Ministério Público.

O tema é de suma importância, tanto que esses dois Conselhos celebraram Resolução Conjunta nº 2/2011, que visa justamente impor a criação desses cadastros nacionais.

Os escopos desses cadastros nacionais são (i) apurar se uma ação coletiva com determinada causa de pedir e pedido já foi ajuizada, evitando-se assim a caracterização de litispendência e até mesmo da coisa julgada; e (ii) possibilitar que a sociedade (aqui se englobando os demais legitimados) fiscalize o cumprimento tanto de decisões judiciais como de termos de ajustamento de conduta.

Veja-se que a mencionada resolução impõe a ampla divulgação das peças processuais das ações coletivas e dos termos de ajustamento de conduta, inclusive com a sua disponibilização na rede mundial de computadores (artigo 4º).

O cadastro de demandas coletivas é de suma importância, tanto que no substitutivo do Senado Federal há a previsão de que “a inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos sobre ação coletiva que verse sobre o mesmo bem jurídico” (artigo 90-A, § 2º).

4.2.2.6. Limite territorial.

A proposta legislativa também adentra nesse tema, determinando a inexistência de limite territorial para a sentença coletiva.

Em um primeiro momento, chega-se a essa conclusão pelo disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 81-A do substitutivo do Senado Federal³²⁵:

Art. 81-A. (...)

§ 1º A extensão do dano ou do ilícito a ser considerada na fixação da competência será a indicada na inicial.

§ 2º A competência territorial do órgão prolator ou o domicílio dos interessados não restringirão a coisa julgada de âmbito nacional ou regional.

Nesse particular, também merece destaque o fato de que o anteprojeto – o que até agora foi mantido no substitutivo do Senado Federal – ter retomado a redação originária do disposto no artigo 16 da Lei nº 7.347/1985³²⁶, ou seja, não há que se falar em coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator” (como preceitua a Medida Provisória nº 1.570-5/1997 que deu a redação atual a esse artigo 16).

No mais, essa limitação territorial é extirpada do sistema jurídico pátrio na medida em que há previsão de revogação do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997³²⁷.

³²⁵ No anteprojeto esses dispositivos possuíam idêntica redação, mas correspondiam, respectivamente, aos §§ 3º e 4º do mesmo artigo 81-A.

³²⁶ A redação proposta ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 é a seguinte: “Art. 16. A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas.”

³²⁷ O artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997 possui a seguinte redação:

“Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que

4.2.3. Análise crítica.

No Brasil, infelizmente, existe no Congresso Nacional uma enorme resistência a alterações legislativas que visem aprimorar (o já avançado) arcabouço normativo das ações coletivas.

O cenário é ainda mais crítico se for levado em consideração que, quando surgem novos atos normativos – dentre os quais se encontram as leis e as medidas provisórias –, eles acabam por aniquilar (ou pelo menos tentam) as conquistas obtidas doutrinaria e jurisprudencialmente.

Esse quadro pode amedrontar os defensores das ações coletivas, além de não tornar muito promissor o futuro do projeto de lei acima exposto.

De qualquer forma, muitas das alterações nele estabelecidas já podem ser aplicadas na legislação vigente, como é o caso (i) da interrupção do prazo prescricional das pretensões individuais; (ii) da inexistência de limite territorial para os efeitos da sentença proferida em ação coletiva; (iii) do cadastro nacional de ações coletivas; e (iv) da possibilidade da suspensão das ações individuais em razão do processamento de demanda coletiva.

No que toca às alterações procedimentais, é importante deixar claro que o anteprojeto de lei (que deu origem ao projeto de lei nº 282/2012) teve grande influência do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual foi apresentado ao Senado Federal (que foi a sua casa iniciadora), praticamente com dois anos de antecedência.

Como será visto a seguir, o grande objeto de discussão da ciência processual brasileira na atualidade é justamente o novo Código de Processo Civil, o qual, ainda que o projeto de lei nº 282/2012 não vingue, será aplicável, na medida do possível, às ações coletivas, uma vez que o artigo 19 da Lei nº 7.347/1985 e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor determinam a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator

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

Destaca-se que o novo Código de Processo Civil, na versão aprovada pela Câmara dos Deputados (casa revisora), também estabelece: (i) a possibilidade de o juiz dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova (artigo 139, VI³²⁸); (ii) após a apresentação da petição inicial é designada uma audiência de conciliação (artigo 335); (iii) a contestação somente será apresentada após a realização dessa audiência de conciliação (artigo 336, *caput*³²⁹); e (iv) o ônus da prova incumbe à parte que tenha melhores condições de produzi-la (artigo 380, §§ 1º e 2º³³⁰).³³¹

Em outras palavras, pode-se afirmar que as alterações propostas no anteprojeto e no próprio projeto de lei nº 282/2012, se aprovadas nos termos acima analisados, são salutares e irão beneficiar a difusão da tutela coletiva, inclusive positivando muitos dos avanços observados na doutrina e na jurisprudência.

4.3. Novo Código de Processo Civil.

4.3.1. Escopo da alteração legislativa e o seu trâmite no Congresso Nacional.

³²⁸ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;”

³²⁹ “Art. 336. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data:

I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição;

II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 335, § 4º, inciso I;

III – prevista no art. 231, de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.”

³³⁰ “Art. 380. (...) § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

³³¹ Destaca-se que os dois anteprojeto (tanto do novo Código de Processo Civil quanto de alteração do Código de Processo Civil) tinham muitas semelhanças como é o caso, por exemplo, do recebimento do recurso de apelação somente no efeito devolutivo.

Atualmente, a discussão dos acadêmicos, no que tange à ciência do direito processual civil, gira em torno do Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.³³²

O Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, por meio do Ato nº. 379 de 2009, instituiu uma comissão de juristas³³³ para a elaboração do Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil.

Após a realização de diversas audiências públicas, o anteprojeto foi apresentado à Casa Legislativa, sendo denominado de Projeto de Lei (PLS) nº. 166/2010.

Mesmo com a nomeação de uma nova comissão de juristas³³⁴, o projeto tramitou de forma célere, e até mesmo abrupta, no Senado Federal, tendo sido aprovado em dezembro de 2010, sem, aparentemente, os necessários debates a respeito.

Com a chegada do projeto de lei à Câmara dos Deputados – tendo sido distribuído sob o nº 8.046/2010 –, sendo que também aqui foi nomeada outra comissão de juristas, tendo sido feitas novas audiências públicas.

O projeto foi aprovado no primeiro semestre do ano de 2014, sendo devolvido à Casa Iniciadora (Senado Federal).

É importante deixar claro que o escopo dessa proposta de alteração não é disciplinar relação jurídicas processuais oriundas de direitos transindividuais, mas, pelo contrário, tendo como foco o processo civil individual.

Visto isso, ainda é importante salientar que a maior preocupação na elaboração do anteprojeto – a própria essência da proposta de alteração que foi idealizada sob a alegação de cumprimento aos mandamentos constitucionais da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e do

³³² O então Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, instituiu uma comissão de juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (à época no Superior Tribunal de Justiça), encarregada de elaborar um Anteprojeto de Lei para o Novo Código de Processo Civil. O anteprojeto foi apresentado no Senado Federal, onde recebeu a denominação de Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 166/10 (tendo como relator o Senador Walter Pereira), sendo que após a sua aprovação foi remetido para a Câmara dos Deputados (tendo como relator o Deputado Sérgio Barradas Carneiro) - Projeto de Lei nº 8.046/10.

³³³ A comissão de juristas nomeada pelo Presidente do Senado Federal era composta por: Luiz Fux (Presidente), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora-Geral), Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

³³⁴ A comissão de juristas que auxiliou durante o trâmite legislativo do projeto no Senado Federal era composta por: Athos Gusmão Carneiro, Cassio Scarpinella Bueno, Dorival Renato Pavan e Luiz Henrique Volpe Camargo.

efeito acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal)³³⁵ – é a celeridade no trâmite processual, permitindo, conforme dito na exposição de motivos do anteprojeto, “que cada processo tenha maior rendimento possível”.

O foco foi, segundo os seus idealizadores, tornar o processo mais simples, permitindo “ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa”³³⁶, com uma redução da complexidade do processo.³³⁷

Não obstante, o anteprojeto já previa a criação de um instituto nitidamente do processo coletivo, como é o caso do “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

Todavia, considerando as ponderações realizadas por alguns Ministros do Superior Tribunal de Justiça, segundo as quais a sobrecarga do Poder Judiciário somente poderia ser, em tese, resolvida com o processo coletivo, foi proposta – já na tramitação do projeto de lei na Câmara dos Deputados – a criação de um novo instituto, qual seja, o “Da conversão da ação individual em ação coletiva”.

Antes de adentrar nas peculiaridades desses dois institutos, ressalta-se que há um dispositivo, na versão aprovada na Câmara dos Deputados, que também tem impacto no processo coletivo. Trata-se do artigo 139, X, que, dentre as atribuições dos magistrados, estabelece a possibilidade de se oficial, “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas”, os entes legitimados previstos no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor – notadamente ao Ministério Público e à Defensoria Pública – para, se for o caso, ajuizar a ação coletiva respectiva.³³⁸

³³⁵A comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, nas palavras de seu presidente, Luiz Fux, “teve como ideologia norteadora dos trabalhos a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, no afã de cumprir a promessa constitucional da duração razoável dos processos.” (FUX, Luiz, *O novo processo civil*. FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011; pág. 1)

³³⁶ Exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

³³⁷A comissão de juristas, na exposição de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil é clara ao estabelecer cinco objetivos: “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.”

³³⁸O mencionado artigo 139, X, do Projeto de Lei nº 8.046/2010 (versão aprovada na Câmara dos Deputados) possui a seguinte redação:

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

Feitas essas considerações, passa-se agora a tecer ponderações acerca dos dois institutos/incidentes acima mencionados, quais sejam, “Da conversão da ação individual em ação coletiva” e, principalmente, “Do incidente de resolução de demandas repetitivas”.

4.3.2. Da conversão da ação individual em ação coletiva.

Como já dito anteriormente, esse incidente não constava no anteprojeto nem na versão do projeto de lei aprovada no Senado Federal, tendo sido inserido na Câmara dos Deputados.

O seu acréscimo foi fruto de forte pressão da comunidade jurídica ante a necessidade de uma tutela adequada dos direitos e interesses transindividuais – notadamente os difusos e coletivos *stricto sensu*.

A versão do projeto de lei aprovada pelo plenário da Câmara dos Deputados levou em consideração a proposta elaborada por Kazuo Watanabe submetida ao Deputado Paulo Teixeira, Relator-Geral do processo nessa casa legislativa.

Trata-se de um único dispositivo (artigo 334), por meio do qual se busca a conversão de uma ação individual em ação coletiva.

O escopo desse expediente é evitar que se utilize uma ação individual para a tutela de direitos eminentemente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito), o que costumeiramente se denomina de direitos pseudoindividuais, ou seja, formula-se um pedido baseado em um direito subjetivo, mas que acabará por beneficiar a uma coletividade. Como exemplo dessa situação pode-se falar em pedido de anulação de assembleia formulado por um único acionista – que possui legitimidade para individualmente formular esse pleito ou para figurar em litisconsórcio unitário –, cujos efeitos serão propagados a todos os acionistas.

Também pode se estar diante de situações em que a ação é individual, mas os seus efeitos são nitidamente coletivos, como é o caso, também a título de exemplo, de um indivíduo que, invocando direito subjetivo, ajuíza ação tendente a disciplinar o horário de funcionamento de um local noturno. Eventual sentença de

(...)

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.”

procedência beneficiária tanto o autor da demanda como os demais moradores do bairro.

A leitura do *caput* e seus incisos I e II do artigo 334 autoriza ao intérprete concluir que o objetivo desse expediente de conversão da demanda individual em ação coletiva é justamente o de combater essas duas situações acima narradas. Veja-se o que dispõe essa parte do mencionado dispositivo projetado:

Art. 334. 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, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, 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, pela sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

Constata-se que a requerimento de qualquer um dos entes legitimados ao ajuizamento da ação coletiva (artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor) – e não apenas do Ministério Público e da Defensoria Pública, a teor do § 1º desse mesmo artigo 334³³⁹ – o magistrado, uma vez ouvido o autor da ação individual, poderá converter a ação individual em ação coletiva, desde que, nesse caso, não se busque a tutela de direitos individuais homogêneos (que são acidentalmente coletivos).³⁴⁰

Ao que tudo indica, essa restrição dada aos direitos individuais homogêneos, que já foi objeto de crítica doutrinária³⁴¹, se deve ao fato de essa espécie de direito transindividual ser objeto de tutela por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas, que será visto com maior propriedade adiante.

O § 3º do mencionado artigo 334³⁴² estabelece outras hipóteses em que não será admitida a conversão, quais sejam: (i) quando no processo individual já tiver

³³⁹ “Art. 334. § 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.”

³⁴⁰ O § 2º do artigo 334 dispõe que “A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.”

³⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 179.

³⁴² “Art. 334. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

sido iniciada a audiência de instrução e julgamento; (ii) se existir processo coletivo pendente de julgamento com o mesmo objeto; e (iii) na hipótese de o juízo da demanda individual não tiver competência para o julgamento do processo coletivo que seria então formado.

Frisa-se que, antes de admitida a conversão da ação individual em ação coletiva, o Ministério Público deverá ser ouvido, na qualidade de *custus legis*, sobre esse requerimento, ressalvada, por óbvio, a hipótese em que ele é o requerente (artigo 334, § 10).³⁴³

Dessa forma, uma vez admitida e determinada a conversão, o ente legitimado que formulou o requerimento (e não o autor da ação individual) será intimado “para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva” (artigo 334, § 4º),³⁴⁴ sendo que, uma vez admitida a petição inicial, o réu será intimado para, em querendo, se manifestar no prazo de quinze dias (artigo 334, § 5º).³⁴⁵

Nesse cenário, é importante destacar o papel assumido pelo autor da ação individual³⁴⁶, que “atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo” (artigo 334, § 6º), não sendo responsável por qualquer despesa processual fruto da conversão (artigo 334, § 7º).³⁴⁷

Caso ele tenha formulado inicialmente pedido de natureza estritamente individual, a conversão se operará somente no que tange ao pedido coletivo, prosseguindo-se o julgamento do pedido individual em autos apartados, sem a

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.

³⁴³ “Art. 334. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

³⁴⁴ “Art. 334. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.”

³⁴⁵ “Art. 334. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.”

³⁴⁶ É importante destacar que de acordo com Cássio Scarpinella Bueno, o autor da ação individual, ao ser ouvido – conforme determina o *caput* do artigo 334 –, não pode “se opor ao pedido porque, de acordo com o § 6º, atuará na qualidade de litisconsorte ativo (unitário, consoante acréscimo feito no Plenário da Câmara), não será, consoante o § 7º, responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. Ademais, no caso de haver pedido do autor de ‘natureza estritamente individual’, ele será preservado, processando-se em autos apartados (§ 9º). Nada há que impeça, contudo, que ele se manifeste no sentido de inexistência das hipóteses legitimadoras da conversão” (BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014 p. 178-179)

³⁴⁷ “Art. 334. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.”

intervenção de qualquer dos legitimados para o ajuizamento da ação coletiva (artigo 334, § 9º).³⁴⁸

Ressalta-se que, com a admissão da conversão, serão observadas todas as regras do microssistema das ações coletivas (artigo 334, § 8º)³⁴⁹ – notadamente a Lei nº 7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor –, especialmente no que toca ao regramento da coisa julgada.

4.3.3. Do incidente de resolução de demandas repetitivas.

4.3.3.1. Conceito e noções gerais.

O incidente de resolução de demandas repetitivas já encontrava previsão no anteprojeto de lei, o qual praticamente não sofreu alterações quando da aprovação do projeto de lei nº 166/2010 pelo Senado Federal. Todavia, algumas mudanças significativas surgiram no projeto de lei 8.046/2010, aprovado pela Câmara dos Deputados.

Trata-se de relevante instrumento que, indubitavelmente, se aprovado, fará parte do microssistema das ações coletivas, razão pela qual merece um especial destaque no presente estudo, o que é corroborado pelas notícias de que o projeto de lei que institui o novo Código de Processo Civil será aprovado em breve.

Nesse particular, é importante destacar que a conversão da ação individual em ação coletiva (vista no item anterior) também, se aprovada, comporá o microssistema das ações coletivas. Todavia, é importante destacar que, extra oficialmente, o Senado Federal não se tem mostrado favorável à sua inserção no sistema jurídico pátrio, o que torna ainda mais importante o incidente que será exposto a seguir, uma vez que se trataria do único instrumento para a defesa de direitos transindividuais com previsão no novo código.

O incidente ganha ainda mais importância quando se constata que o Brasil, nos últimos anos, tem se mostrado receoso ao avanço do processo coletivo, o que, fatalmente, se não aniquilar com a proposta de alteração do Código de Defesa do

³⁴⁸ “Art. 334. § 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.”

³⁴⁹ “Art. 334. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.”

Consumidor (também já abordada no presente estudo), irá tornar o seu processo legislativo extremamente moroso.

Realizadas essas considerações, passa-se agora a estudar o incidente de resolução de demandas repetitivas – especialmente sob a ótica da versão aprovada na Câmara dos Deputados –, sendo importante destacar, desde logo, as palavras de Cássio Scarpinella Bueno, para quem esse incidente “é, sem dúvida alguma, a mais profunda modificação sugerida desde o início dos trabalhos relativos a um novo Código de Processo Civil”.³⁵⁰

O escopo do incidente é estabelecer um julgamento padronizado para questões, unicamente de direito, no âmbito dos tribunais em segundo grau de jurisdição (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais) – nos termos do § 1º do artigo 988³⁵¹ –, permitindo-se, assim, que a decisão proferida pela corte vincule todos os processos que estejam o seu âmbito de competência territorial.

Com isso, a vinculação se operará, *a priori*, dentro do Estado ou da Seção Judiciária, nas hipóteses de o incidente ser instaurado na justiça estadual ou na justiça federal, sendo importante ressaltar, desde logo, a possibilidade de se atribuir efeito nacional à decisão, o que será abordado com maiores detalhes adiante.

O estudo desse incidente passa, inevitavelmente, pela análise do *caput* do artigo 988 do projeto de lei nº 8.046/2010, na forma como aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados, que possui a seguinte redação:

Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito.

Pode-se afirmar, assim, que o incidente de resolução de demandas repetitivas visa assegurar “isonomia” e “segurança jurídica” às decisões judiciais, na medida em que busca padronizá-las, ou seja, por meio de um único processo tenta-se solucionar inúmeros deles, evitando-se (ou, pelo menos, diminuindo-se) a possibilidade de existência de decisões conflitantes.

³⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014, p. 467.

³⁵¹ “Art. 988. § 1º O incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal.”

A versão aprovada pela Câmara dos Deputados contém uma mudança significativa, qual seja, “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal” (artigo 998, § 2º), uma vez que aquela aprovada pelo Senado Federal (que correspondia ao anteprojeto) autorizava a instauração sempre que observada “controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos” (artigo 930, *caput*, do projeto de lei nº 166/2010, aprovado pelo Senado Federal).

Em outras palavras, por aquilo aprovado na Câmara dos Deputados, o incidente ora estudado somente poderá ser instaurado quando houver processo pendente de julgamento em segundo grau de jurisdição – seja ele de competência originária ou de competência recursal –, ao passo que, no projeto de lei aprovado pelo Senado Federal, o incidente teria lugar já em primeiro grau de jurisdição.

Todavia, é importante ressaltar que, nos termos do § 8º do mencionado artigo 988,³⁵² o incidente de resolução de demandas repetitivas não será conhecido quando o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal Justiça já tiverem afetado recurso para a definição de tese.³⁵³

Frisa-se que, caso o incidente não seja conhecido em razão da ausência de preenchimento de seus requisitos de admissibilidade, não haverá coisa julgada, hipótese em que ele poderá ser novamente suscitado, desde que o requerente demonstre a presença do “pressuposto antes considerado inexistente”.³⁵⁴

Ademais, destaca-se que “a desistência ou o abandono de uma causa não impede o exame do mérito do incidente” (artigo 988, § 5º). Essa disposição se aproxima do entendimento do Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, uma vez o recurso especial afetado para o julgamento pela sistemática dos recursos

³⁵² “Art. 988. § 8º É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.”

³⁵³ A esse respeito, destaca-se que o novo Código de Processo Civil – na versão aprovada pela Câmara dos Deputados (artigos 1.049 a 1.054) – prevê o julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Essa sistemática é muito similar à existente nos artigos 543-B e 543-C do Código vigente.

³⁵⁴ Nesse sentido, encontra-se o disposto no artigo 988, § 7º, do Código projetado: “A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez presente o pressuposto antes considerado inexistente, seja o incidente novamente suscitado.”

repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil vigente), não poderá o recorrente desistir do recurso.³⁵⁵

4.3.3.2. Legitimidade.

Os legitimados para querer a instauração do incidente em tela estão previstos no artigo 988, § 3º, do Código de Processo Civil projetado, em sua versão aprovada na Câmara dos Deputados:

Art. 988.

§ 3º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente do tribunal:

I – pelo relator ou órgão colegiado, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional inclua a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, por petição.

Destaca-se que esse rol de legitimados difere daquele que constava no projeto aprovado pelo Senado Federal. Na casa iniciadora, havia a previsão de o juiz (magistrado em 1º grau de jurisdição) também officiar o Presidente do Tribunal para que este dê início ao incidente.

Além do relator do processo na corte e do órgão colegiado competente para julgá-lo, há a previsão de que as próprias partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a pessoa jurídica de direito público ou a associação civil que tenha por finalidade institucional a defesa de direitos ou interesses objeto do interesse poderão peticionar ao Presidente do Tribunal objetivando a instauração do incidente.

Esses legitimados, que estão no artigo 988, § 3º, II acima transcrito, são praticamente os mesmos previstos para o ajuizamento das ações coletivas (artigo 5º da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor), o que demonstra uma evolução em confronto ao projeto de lei que havia sido aprovado pelo Senado Federal.³⁵⁶

³⁵⁵ STJ; QO no REsp 1063343/RS; Rel. Min. Nancy Andrighi; Corte Especial; julgado em 17/12/2008; publicado no DJe de 04/06/2009; por maioria.

³⁵⁶ O artigo 930, § 1º, II, previa que o pedido de instauração do incidente poderia ser feito “pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”.

Não obstante, ressalta-se que o ofício ou a petição deve ser instruído com documentos que comprovem o preenchimento dos pressupostos para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como não poderia deixar de ser, se o Ministério Público não for o requerente, deverá obrigatoriamente intervir no feito como fiscal da lei, podendo, inclusive, assumir a titularidade do incidente caso ocorra abandono ou desistência.³⁵⁷

4.3.3.3. Ampla publicidade.

Um importante ponto diz respeito à ampla publicidade acerca da instauração do incidente.

Trata-se de um tema extremamente importante para as ações coletivas, uma vez que a efetividade da decisão está intimamente relacionada com o seu conhecimento, não somente pelos integrantes do Poder Judiciário, mas também pelos próprios jurisdicionados.

Tendo isso em vista, o artigo 989 prevê a necessidade de o incidente ter um registro eletrônico junto ao Conselho Nacional de Justiça, sendo que incumbe aos tribunais manter “banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente” (§ 1º), com imediata comunicação ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão e atualização do cadastro.

Frisa-se que esse cadastro deve conter, pelo menos, “os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados” (artigo 989, § 2º).

4.3.3.4. Competência.

³⁵⁷ Nesse sentido, encontra-se o disposto no artigo 988, § 6º, do Código projetado: “Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou abandono”.

O anteprojeto de lei e o projeto aprovado no Senado Federal (*caput* do artigo 933)³⁵⁸ previam que a competência para processar e julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas seria do plenário ou, onde houver, do órgão especial do tribunal.

Todavia, o projeto aprovado na Câmara dos Deputados estabelece que cabe ao regimento interno do tribunal estabelecer o órgão competente para julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 991, *caput*), sendo que este órgão “deve possuir, dentre as suas atribuições, competência para editar enunciados de súmula” (artigo 991, § 1º).

A principal inovação está prevista no artigo 991, § 2º: “sempre que possível, o órgão competente deverá ser integrado, em sua maioria, por desembargadores que componham órgãos colegiados com competência para julgamento da matéria discutida no incidente”.

A alteração empregada na casa revisora é salutar, na medida em que o plenário e o órgão especial do tribunal são compostos por desembargadores vinculados a órgãos fracionários cuja competência nem sempre está atrelada à matéria objeto do incidente.

Dessa forma, a prevalecer o regramento aprovado na Câmara dos Deputados, caberá ao tribunal estabelecer o órgão competente para processar e julgar o incidente, devendo este (i) ter competência para editar enunciado de súmula; e (ii) ser composto por desembargadores que, nos órgãos fracionários que integrem, tenham competência para julgar a matéria objeto do incidente.

É importante deixar claro ainda que o artigo 991, § 3º mostra-se em consonância com o artigo 97 da Constituição Federal, uma vez que assegura a competência para o plenário ou o órgão especial do tribunal para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, de lei ou ato normativo.

4.3.3.5. Processamento e julgamento do incidente.

Uma vez suscitado o incidente – por meio de ofício ou de petição endereçados ao Presidente do Tribunal –, ele será distribuído ao órgão dotado de

³⁵⁸ O *caput* do artigo 933 do projeto aprovado no Senado Federal dispunha que “O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.”

competência para o seu processamento e julgamento, a quem caberá a análise do preenchimento dos requisitos de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas (previstos no artigo 988 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados).

Com a admissão do incidente, o relator, nos termos do § 1º do artigo 990: (i) suspenderá os processos pendentes que tramitam no Estado ou na Seção Judiciária correspondente (o que será visto com maior detalhes no próximo tópico); (ii) “poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias” (inciso II); e (iii) intimará o Ministério Público para se manifestar em quinze dias.

Além disso, também merece destaque o fato de que a admissão do incidente opera a suspensão da “prescrição das pretensões nos casos em que se repete a questão de direito” (artigo 990, § 5º).

Não obstante, o desembargador relator também “ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia” (artigo 992, *caput*), que, no prazo comum de quinze dias, além de se manifestarem, poderão requerer a realização das diligências necessárias para a elucidação da controvérsia (que é bom ressaltar que só pode ser de direito). Posteriormente, será novamente ouvido o Ministério Público.

O *caput* do artigo 992 admite a intervenção do *amicus curiae* no incidente de resolução de demandas repetitivas, o que, indubitavelmente, contribuirá para a prolação de uma decisão que, pelo menos, seja fruto de um amplo debate.

Outro ponto que também merece destaque diz respeito à possibilidade, conferida ao relator, de realizar audiências públicas, com o escopo de “ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” (artigo 992, parágrafo único).

Assim, após a conclusão de todas as diligências necessárias, “solicitará dia para o julgamento do incidente” (artigo 993), sendo importante destacar que, em atenção a sua ampla publicidade (artigo 989), se mostra necessária a publicação na imprensa oficial de sua inclusão na pauta de julgamento.

Na sessão de julgamento, o relator exporá o objeto do incidente, conferindo-se, posteriormente, a palavra, de forma sucessiva, ao autor e ao réu do processo

originário e ao Ministério Público pelo prazo quinze minutos, o qual poderá ser dilatado a depender do número de inscritos para a realização de sustentação oral.³⁵⁹

Realizada as sustentações orais, os demais interessados poderão, pelo prazo comum de trinta minutos (o qual poderá ser prorrogado se houverem muitos inscritos), fazer uso da palavra, desde que tenham realizado a sua inscrição com pelo menos dois dias de antecedência.

Ato contínuo, o relator proferirá o seu voto, sendo colhidos os votos dos demais integrantes do órgão julgador.

Mostra-se de suma importância o disposto no artigo 994, § 3º: “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos concernentes à tese jurídica discutida”.

Essa disposição está atrelada à visão de acesso à justiça já defendida no presente estudo, encontra-se, inclusive, em consonância com o disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Nesse particular, nunca é demais ressaltar que a decisão judicial (inclusive aquela oriunda do incidente de resolução de demandas repetitivas) somente é considerada como fundamentada se nela forem apreciados todos os ventilados pelas partes e interessados (artigo 499, § 1º, IV, do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados).³⁶⁰

4.3.3.6. Suspensão das ações.

Como visto anteriormente, uma vez admitido o incidente, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso” (artigo 990, § 1º, I), a qual será comunicada, por ofício, aos juízes diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária (artigo 990, § 2º).

Frisa-se que a suspensão em tela se operará, *a priori*, no âmbito da jurisdição do tribunal.

³⁵⁹ O artigo 994, § 1º assim dispõe: “Feita a exposição do objeto do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões. Considerando o número de inscritos, o órgão julgador poderá aumentar o prazo para sustentação oral.”

³⁶⁰ Nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 499, § 1º, IV, segundo o qual a decisão judicial não será considerada como fundamentada quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Ademais, ressalta-se que, em atenção ao amplo direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), a parte poderá requerer, ao juízo onde tramita o processo suspenso, provimento de urgência com escopo de salvaguardar direito lesado ou ameaçado (artigo 990, § 3º).

Não obstante, também merece destaque o disposto no § 4º do artigo 990 do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados:

Art. 990.

§ 4º O interessado pode requerer o prosseguimento do seu processo, demonstrando a distinção do seu caso, nos termos do art. 521, § 5º; ou, se for a hipótese, a suspensão de seu processo, demonstrando que a questão jurídica a ser decidida está abrangida pelo incidente a ser julgado. Em qualquer dos casos, o requerimento deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo. A decisão que negar o requerimento é impugnável por agravo de instrumento.

A relevância desse dispositivo decorre da possibilidade de a parte se insurgir contra a decisão que reconhece que o processo tem a mesma questão jurídica daquela que é objeto do incidente, sendo que, para tanto, deverá demonstrar a distinção entre os dois casos.

Não obstante, ele também assegura que a parte, uma vez tendo tomado conhecimento da instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas – o que ocorrerá em razão da ampla publicidade assegurada pelo artigo 989 –, poderá requerer que o juiz competente para julgar o seu processo o suspenda até o julgamento do incidente.

Em qualquer dos casos, o indeferimento do requerimento é impugnável mediante a interposição de agravo de instrumento.

Como visto, a suspensão, em um primeiro momento, se operará dentro dos limites territoriais do tribunal. Todavia, o artigo 997 do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados assegura a possibilidade de essa suspensão se estender a processos em todo o território nacional.

Nesse particular, é salutar trazer a redação do artigo 997:

Art. 997. Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 988, § 3º, inciso II, poderá requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou recurso especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 1º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no caput.

§ 2º Cessa a suspensão a que se refere o caput se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.

O § 1º acima transcrito estabelece que qualquer parte que tenha processo em curso com a mesma questão jurídica do incidente – ainda que não esteja dentro da abrangência territorial do tribunal – tem legitimidade para requerer que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça suspendam os processos individuais ou coletivos.

A suspensão em tela cessa caso não seja interposto recurso especial e/ou recurso extraordinário contra o acórdão do incidente.

É importante destacar ainda que a suspensão ora comentada se operará pelo prazo de um ano – que corresponde ao prazo que a lei impõe para o julgamento do incidente –, podendo o relator estender esse período por meio de decisão fundamentada (artigo 996).³⁶¹

Destaca-se ainda que de acordo com o § 4º do artigo 1.042 do projeto provado pela Câmara dos Deputados, o Presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça poderá estender a suspensão dos processos a todo o território nacional, “até ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial interposto”.

4.3.3.7. Recursos.

Como se trata de decisão judicial, não há como olvidar que ela pode ser objeto de embargos de declaração frente a existência de obscuridade, contradição, omissão e erro material. Chega-se a essa conclusão por meio da leitura do *caput* do artigo 1.035 do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, segundo o qual “cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial”.

Não obstante, o artigo 995, § 4º, estabelece que “contra a decisão que julgar o incidente caberá recurso especial ou recurso extraordinário, conforme o caso”.

³⁶¹ “Art. 996. O incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.”

§ 1º Superado o prazo previsto no *caput*, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 990, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 997”

Esses recursos, endereçados aos Tribunais Superiores, possuem duas peculiaridades quando forem interpostos contra a decisão do incidente, quais sejam: (i) eles gozam de efeito suspensivo (artigo 998, *caput*); (ii) tem presunção da existência de repercussão geral da questão constitucional discutida (artigo 998, *caput*);³⁶² e (iii) os autos serão remetidos ao tribunal independentemente da realização de juízo de admissibilidade (artigo 999).³⁶³

Ressalta-se ainda que o parágrafo único do artigo 998 estabelece a prevenção do ministro relator do recurso no Tribunal Superior para o julgamento de quaisquer outros recursos que versem sobre a mesma questão de direito.

4.3.3.8. Efeitos da decisão do incidente.

No que tange aos efeitos da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas, o *caput* e o § 1º do artigo 995 do projeto aprovado na Câmara dos Deputados merecem destaque:

“Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região.

§ 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.”

Pela leitura dos trechos acima transcritos, chega-se às seguintes conclusões: (i) a decisão do incidente possui efeito vinculante, devendo ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos; (ii) os efeitos da decisão estão limitados ao território abrangido pela jurisdição do tribunal; e (iii) a decisão deve ser observada para os casos futuros, até que o tribunal revise a tese.

³⁶² “Art. 998. O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida.

Parágrafo único. No tribunal superior, o relator que receber recurso especial ou extraordinário originário de incidente de resolução de demandas repetitivas ficará prevento para julgar outros recursos que versem sobre a mesma questão.”

³⁶³ “Art. 999. Interposto recurso especial ou extraordinário, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de juízo de admissibilidade na origem.”

Mostra-se salutar a possibilidade de revisão da tese jurídica (artigo 995, § 3º),³⁶⁴ o que poderá se dar por meio tanto dos legitimados a instaurar o incidente quanto pelo próprio tribunal, sendo que será aplicado, no que couber, o disposto no artigo 521, §§ 6º a 11, os quais disciplinam o procedimento para que os tribunais modifiquem um entendimento sedimentado.

É importante deixar claro que esse procedimento de modificação do posicionamento consolidado do tribunal é pautado pelos “princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (artigo 521, § 11), observando-se a necessidade de fundamentação adequada e específica, sendo que a alteração da jurisprudência poderá ter os seus efeitos modulados (artigo 521, § 10).³⁶⁵

Como visto, o *caput* do artigo 995 delimita a obrigatoriedade da observância da tese jurídica aos processos individuais ou coletivos que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal. Todavia, o § 5º, ainda do artigo 995, prevê hipótese em que os efeitos da decisão do incidente serão observados em todo o território nacional:

Art. 995.

§ 5º Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

Dessa forma, considerando que o acórdão do incidente pode ser impugnado por meio de recurso especial e/ou recurso extraordinário (artigo 995, § 4º), caso o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça venham apreciar o mérito da tese jurídica, esta deverá ser observada em todos os processos individuais ou coletivos, que versem sobre a mesma questão de direito, em todo o território nacional.

Também como dito anteriormente, a leitura do *caput* do artigo 995 permite que o intérprete conclua que a decisão do incidente terá efeito vinculante, na medida

³⁶⁴ Art. 995. § 3º O tribunal, de ofício, e os legitimados mencionados no art. 988, § 3º, inciso II, poderão pleitear a revisão da tese jurídica, observando-se, no que couber, o disposto no art. 521, §§ 6º a 11.”

³⁶⁵ “Art. 521. § 10. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.”

em que o legislador se utiliza da seguinte frase: “a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos”.

Nesse particular, merece destaque o fato de que no projeto aprovado pelo Senado Federal havia a previsão expressa de cabimento de reclamação para o caso de a decisão do incidente não for observada (artigo 942, IV),³⁶⁶ o que não se verifica da versão aprovada pela Câmara dos Deputados. Todavia, a esse mesmo entendimento pode se chegar por meio da interpretação do artigo 1000, IV, segundo o qual caberá reclamação para “garantir a observância de súmula vinculante e de acórdão ou precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.”

Em outras palavras, não há como olvidar que o acórdão que julga o incidente em tela possui efeitos vinculantes.

Ressalta-se ainda que a omissão do magistrado em se pronunciar acerca do enquadramento do caso à questão de direito decidido no incidente de resolução de demandas repetitivas pode ser impugnável mediante a oposição de embargos de declaração (artigo 1.035, parágrafo único, I, do projeto aprovado pela Câmara dos Deputados).³⁶⁷

4.3.4. Análise crítica.

Inicialmente, é importante deixar claro que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil não tinha por finalidade a tutela coletiva, a qual seria reservada para outro diploma processual.

Todavia, desde o nascedouro já havia a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem grande impacto no sistema processual coletivo, o qual sofreu grandes modificações tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados.

Não obstante, a Câmara dos Deputados estabeleceu mais um instituto relevante para a tutela coletiva, qual seja a conversão da ação individual em ação coletiva.

³⁶⁶ “Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas”.

³⁶⁷ “Art. 1.035. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”

Esses dois instrumentos da tutela coletiva previstos no novo Código de Processo Civil, se aprovados nos exatos termos acima analisados, diminuirão de forma drástica a utilização da ação coletiva, uma vez que não haverá mais a necessidade de ajuizamento desse tipo de ação para a obtenção de um provimento com eficácia *erga omnes*.

Entretanto, o ponto mais preocupante diz respeito ao fato de que esses dois instrumentos somente serão utilizados a partir de um processo já em curso, ou seja, ainda estar-se-á diante do ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas.

Em outras palavras, os dois instrumentos apresentados na legislação projetada são relevantes, mas o problema da quantidade de processos – especialmente em primeiro grau de jurisdição – não será solucionado.

Tendo em vista o princípio da inércia da jurisdição – segundo o qual o Poder Judiciário somente se manifestará se provocado e dentro dos limites da provocação –, somente há que se falar em diminuição da quantidade de processos mediante a utilização adequada da ação coletiva.

Esse cenário acaba por trazer à tona uma discussão um pouco tardia, qual seja a necessidade ou não de um novo Código de Processo Civil, uma vez que o atual avanço do processo legislativo desse projeto torna intempestivo esse debate.

Destaca-se que o projeto do novo Código de Processo Civil, na versão em que foi aprovada pela Câmara dos Deputados, traz grandes inovações e impactará a forma como os magistrados proferem as suas decisões, sendo esta uma das partes em que se verificam os maiores avanços.

É importante deixar claro que o novo Código de Processo Civil não resolverá todos os problemas. Ele traz muitos avanços e, se bem interpretado, trará muitos benefícios para a comunidade jurídica, especialmente para a classe dos advogados.

Contudo, ao que tudo indica, ainda persistirá um dos problemas (se não o principal deles) a que se propôs resolver: a grande quantidade de processos que assola o Poder Judiciário.

Para tanto, o instrumento processual cabível já está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, que é a ação coletiva, na medida em que, desde o seu nascedouro, a ação já tem por finalidade tutelar os direitos transindividuais.

CAPÍTULO 5: EM BUSCA DA EFETIVIDADE DO PROCESSO COLETIVO

5.1. A pacificação social como o escopo da jurisdição

Antes de adentrar nas peculiaridades da necessidade de mudança de paradigma, mostra-se necessário tecer breves considerações acerca da jurisdição.

Na ciência processual moderna, o termo jurisdição não pode ser entendido somente como o poder estatal de dizer (*dictio*) o direito (*juris*), substituindo a vontade das partes litigantes mediante a imposição da vontade da lei.

Essa visão, defendida por Giuseppe Chiovenda³⁶⁸, deve ser complementada pelo entendimento de Francesco Carnelutti³⁶⁹, o qual está atrelado à justa composição da lide (que ele conceitua como conflito de interesses).³⁷⁰

É por esse motivo que Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco conceituam jurisdição da seguinte forma:

Da jurisdição (...) sabe-se que é uma das funções assumidas e exercidas pelo Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja ao expressar imperativamente o preceito concreto pertinente ao caso (através de uma sentença de mérito), seja ao realizar ou fazer com

³⁶⁸ Giuseppe Chiovenda sustenta que “Pode definir-se a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 3ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002, p. 8)

³⁶⁹ Francesco Carnelutti, por sua vez, ensina que “O processo contencioso é, portanto, um processo caracterizado pelo fim, que não é outro que a composição da lide; quem faz consistir seu fim na declaração de certeza ou na atuação do direito confunde o fim com o meio, que, veremos, precisamente consiste nessa declaração de certeza ou nessa atuação: além do mais, a declaração de certeza ou a atuação do direito poderia ser o fim próximo, mas não o fim último do processo, já que, como diremos mais adiante, a composição se deve fazer conforme o direito ou conforme a equidade, e a conformidade com o direito ou com a equidade expressa-se por meio do conceito da justiça, a fórmula pode ser integrada falando de *justa composição da lide*. Apenas há necessidade de advertir que se a justiça da composição constitui o fim, pode não corresponder a ela o resultado do processo; a eliminação inevitável deste, perante aquele, é o sinal de humanidade.” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil, volume I*. Tradução AdriánSotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 93-94)

³⁷⁰ Para Francesco Carnelutti, a lide “pode se definir como *um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)*. O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal.” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil, volume I*. Tradução AdriánSotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 78)

que se realize no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).³⁷¹

Em outras palavras, a jurisdição consiste na solução do conflito de interesses, trazido a conhecimento do Poder Judiciário,³⁷² mediante a aplicação do direito ao caso concreto, substituindo-se a vontade das partes e tendo como finalidade a solução desse conflito mediante os ditames da justiça.

Com base nesse entendimento é que se compreende que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Ela é poder, na medida em que corresponde a uma manifestação do Estado, por meio do Poder Judiciário (que é independente e harmônico aos Poderes Executivo e Legislativo, nos termos do artigo 2º da Constituição Federal), dotado de competência e de capacidade de decidir os conflitos de forma imperativa e definitiva.³⁷³ Trata-se também de atividade, uma vez que corresponde a um complexo de atos do juiz no processo. E, para o que interessa mais ao presente estudo, a jurisdição é função, pois expressa o encargo que tem os órgãos jurisdicionais de promover a pacificação dos conflitos de interesses, o que se dará mediante a realização do direito justo e por meio do processo.

Assim, pode-se afirmar que o escopo maior da jurisdição vai além de dizer qual o direito aplicável ao caso concreto. Ele corresponde à efetiva solução do conflito, o que acaba por pacificar os anseios sociais e por permitir a convivência em sociedade.³⁷⁴

³⁷¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 149.

³⁷² É importante ressaltar que o Poder Judiciário é inerte, nos termos do artigo 2º do Código de Processo Civil, sendo vetado ao juiz conhecer de matérias cuja apreciação depende exclusivamente da provocação da parte (artigo 128 do Código de Processo Civil) e proferir decisão que esteja aquém, além e fora daquilo que foi efetivamente pedido (artigo 460 do Código de Processo Civil).

³⁷³ Quanto à definitividade, é importante lembrar a imutabilidade trazida pela coisa julgada material (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

³⁷⁴ Nesse sentido, destaca-se a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Como o Estado tem funções essenciais perante sua população, constituindo síntese de seus objetivos o *bem-comum*, e como a paz social é inerente ao bem-estar a que este deve necessariamente conduzir (tais são as premissas do *welfare state*), é hoje reconhecida a existência de uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade. Constituem inevitáveis realidades as *insatisfações* que afligem as pessoas, as quais são estados psíquicos capazes de comprometer sua felicidade pessoal e trazem em si uma perigosa tendência expansiva (conflitos que progridem, multiplicam-se, degeneram em violência etc.). Ignorar as insatisfações pessoais importaria criar clima para possíveis explosões generalizadas de violência e de contaminação do grupo, cuja unidade acabaria por ficar comprometida. Como vem sendo dito, a *litigiosidade contida* é perigoso fator de infelicidade pessoal e desagregação social (Kazuo Watanabe) e por isso constitui missão e dever do Estado a eliminação desses estados de insatisfação.” Ele complementa o seu raciocínio da seguinte forma: “É nesse quadro que merece destaque a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O

Nesse particular, ganha especial relevo a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem “a função jurisdicional tem por escopo a pacificação social, de sorte que a solução dos conflitos é o objeto primeiro da jurisdição.”³⁷⁵

Feitas essas considerações, não há como olvidar que, na sociedade contemporânea, a consecução desse objetivo maior da jurisdição – que é a pacificação social – é alcançada de forma plena mediante a utilização das ações coletivas.

A ação coletiva, como já dito anteriormente, tem por finalidade a tutela de direitos e interesses transindividuais, os quais não são defendidos de forma plena pela ação individual.

Na sociedade mundial de hoje, qualificada como uma sociedade de massa, as violações a direitos da coletividade ou que, ao menos, afetam uma parcela da sociedade são cada vez mais frequentes, o que acaba por sobrecarregar o Poder Judiciário, especialmente ante a inércia dos demais Poderes.

Nesse cenário, o processo coletivo acaba por possibilitar que, por meio de uma única demanda, sejam apreciadas pelo Estado-juiz a lesão ou a ameaça a direito de inúmeras pessoas, as quais, em alguns casos, podem não ser identificáveis de imediato (como é o caso dos direitos difusos).

Assim, a jurisdição somente será alcançada em sua plenitude, enquanto instrumento de pacificação social, mediante a utilização de ações coletivas, uma vez que, por meio de um único processo, serão solucionados inúmeros conflitos de interesses.

É importante deixar claro que o processo individual continua tendo – e sempre terá – a sua importância, mas ele, como o próprio nome já indica, deve ser utilizado para a tutela de situações que não envolvem direitos transindividuais, tais como, a título de exemplo, as relações locatícias e as disputas empresariais.

Em outras palavras, o que aqui se defende não é acabar com o processo individual. Muito pelo contrário. Ele deve ser utilizado para aquelas situações que não podem ser abarcadas pela tutela coletiva. O que não é crível é que se continue

escopo de *pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça* é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 131-132)

³⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 203.

a utilizar a ação individual para a tutela de direitos transindividuais, os quais poderiam ser plenamente tutelados pela ação coletiva.

5.2. O paradigma do processo civil individual: a necessidade de um novo paradigma para a ciência do direito processual civil

O quadro acima delineado acaba por impor a necessidade de quebra de paradigma do processo civil individual, na medida em que este não se mostra mais hábil a solucionar a maioria dos conflitos de interesses que são submetidos ao Poder Judiciário.

Antes de desenvolver mais esse raciocínio, é essencial tecer alguns comentários, ainda que breves, acerca do que se entende por paradigma, sendo que, para tanto, mostra-se imprescindível a análise da obra “A estrutura das revoluções científicas” de Thomas S. Kuhn.

5.2.1. O conceito de paradigma: a visão científica de Thomas S. Kuhn.

Inicia-se essa análise a partir da acepção do vocábulo “paradigma” na linguagem comum.

Os dicionários afirmam que o paradigma é um “modelo, padrão, estalão”³⁷⁶, ou seja, trata-se de um exemplo que é utilizado como modelo.

Na ciência jurídica, essa palavra é muito utilizada no direito do trabalho, uma vez que se denomina de paradigma aquele empregado cuja situação salarial é utilizada para equiparação dos demais.³⁷⁷

O termo “paradigma” também é empregado para indicar um precedente jurisprudencial que deve ser utilizado como modelo para o julgamento de determinado caso, tal como ocorre no recurso de embargos de divergência (artigo 546 do Código de Processo Civil), em qual o recorrente deve demonstrar a

³⁷⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, sem indicação de página.

³⁷⁷ Nesse particular, destaca-se o posicionamento de Mauricio Godinho Delgado: “Equiparação salarial é a figura jurídica mediante a qual se assegura ao trabalhador idêntico salário ao do colega perante o qual tenha exercido, simultaneamente, função idêntica, na mesma localidade, para o mesmo empregador. A esse colega comparado dá-se o nome de paradigma (ou espelho) e ao trabalhador interessado na equalização confere-se o epíteto de equiparando. Designam-se, ainda, ambos pelas expressões paragonados ou comparados.” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 789).

discrepância de posicionamento dentro do próprio Tribunal, apresentando o precedente (paradigma) que entende que deve ser observado.

Todavia, para os fins colimados no presente estudo, as compreensões acerca do vocábulo “paradigma” devem ir além desses parâmetros, razão pela qual é essencial uma breve análise da obra de Thomas Kuhn.

Thomas Samuel Kuhn (1922-1996) foi um físico e filósofo estadunidense cujo trabalho incidiu sobre a história e a filosofia da ciência, tendo se tornado um marco no estudo do processo do desenvolvimento científico.

Dentre as suas obras, aquela que mais interessa para o presente trabalho diz respeito a um estudo publicado em 1962³⁷⁸ intitulado “A estrutura das revoluções científicas”,³⁷⁹ oportunidade em que trouxe a utilização do termo “paradigma” no âmbito da ciência.

O autor desenvolve o seu raciocínio em torno do termo “paradigma” que, em sua obra, deve ser entendido como a realização científica universalmente reconhecida que fornece soluções para os problemas enfrentados pelos estudiosos de uma ciência.

Em outras palavras, o paradigma estabelece os fundamentos sobre os quais a comunidade científica desenvolve suas atividades, sendo que as teorias e estudos realizados com base nesse paradigma são chamados pelo autor de ciência normal.

Todavia, antes de falar em ciência, Kuhn entende que há uma fase pré-paradigmática, que consiste em um período em que existe enorme divergência entre os pesquisadores, sendo “regularmente marcado por debates frequentes e profundos a respeito de métodos, problemas e padrões de solução legítimos”.³⁸⁰

Assim, a partir do momento em que os pesquisados identificam uma realização científica exemplar, que defina de forma satisfatória os pontos de divergência da fase pré-paradigmática, se está diante de um paradigma e, portanto, passa-se à fase da ciência normal.³⁸¹

³⁷⁸ Em 1969 foi publicada uma nova edição da obra, contendo um posfácio, por meio do qual o autor responde às críticas sofridas quando da publicação da primeira edição.

³⁷⁹ O título original (em inglês) da obra é “*The Structure of Scientific Revolutions*”.

³⁸⁰ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 72-73.

³⁸¹ Para Kuhn, os cientistas só podem afirmar que fazem parte de uma comunidade científica se eles adotarem o mesmo paradigma, uma vez que estão comprometidos com as mesmas regras e padrões: “O estudo dos paradigmas, muitos dos quais bem mais especializados do que os indicados acima, é o que prepara basicamente o estudante para ser membro da comunidade científica determinada na qual atuará mais tarde. Uma vez que ali o estudante reúne-se a homens que aprenderam as bases de seu campo de estudo a partir dos modelos concretos, sua prática

Ressalta-se que, na visão de Kuhn, a partir do momento em que se identifica uma teoria como vencedora, ela passa ao patamar de paradigma, sendo desenvolvida pela ciência normal e utilizada de forma satisfatória para a solução de quebra-cabeças.

Nesse particular, é importante destacar o seguinte entendimento de Thomas Kuhn:

Para que se compreenda como isso é possível, devemos reconhecer que um paradigma pode ser muito limitado, tanto no âmbito como na precisão, quando de sua primeira aparição. Os paradigmas adquirem seu *status* porque são mais bem sucedidos que seus competidores na resolução de alguns problemas que o grupo de cientistas reconhece como graves. Contudo, ser bem sucedido não significa nem ser totalmente bem sucedido com um único problema, nem notavelmente bem sucedido com um grande número.³⁸²

Em outras palavras, o paradigma não visa solucionar a todos os problemas enfrentados pelos pesquisadores, mas ele se mostra eficiente (“mais bem sucedido”) na solução daqueles mais emblemáticos.

Como dito anteriormente, assim que se estabelece o paradigma, ele passa a ser aprimorado pela chamada ciência normal,³⁸³ uma vez que não se discute mais qual é o método mais efetivo e sim como aplicar o paradigma para a solução de problemas, os quais, por ser cada vez mais inusitados, forçam “os cientistas a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seriam inimagináveis”.³⁸⁴

O autor sustenta que, no momento em que se elege um paradigma, o cientista deve se manter fiel a ele até que este não se mostre mais hábil a solucionar

subsequente raramente irá provocar desacordo declarado sobre pontos fundamentais. Homens cuja pesquisa está baseada em paradigmas compartilhados estão comprometidos com as mesmas regras e padrões para a prática científica. Esse comprometimento e o consenso aparente que produz são pré-requisitos para a ciência normal, isto é, para a gênese e a continuação de uma tradição de pesquisa determinada.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 30-31)

³⁸² KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 44.

³⁸³ De acordo com Kuhn, “‘ciência normal’ significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica como proporcionando os fundamentos para sua prática posterior. Embora raramente na sua forma original, hoje em dia essas realizações são relatadas pelos manuais científicos elementares e avançados. Tais livros expõem o corpo da teoria aceita, ilustram muitas (ou todas) as suas aplicações bem sucedidas e comparam essas aplicações com observações e experiências exemplares.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 29)

³⁸⁴ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 45.

os problemas, os quais, nos dizeres de Kuhn, são verdadeiros “quebra-cabeças”, que devem ser solucionados pela ciência normal (que, por sua vez, é estruturada em um paradigma).³⁸⁵

A esse respeito, Thomas Kuhn sustenta o seguinte:

No desenvolvimento de qualquer ciência, admite-se habitualmente que o primeiro paradigma explica com bastante sucesso a maior parte das observações e experiências facilmente acessíveis aos praticantes daquela ciência. Em consequência, um desenvolvimento posterior comumente requer a construção de um equipamento elaborado, o desenvolvimento de um vocabulário e técnicas esotéricas, além de um refinamento de conceitos que se assemelham cada vez menos com os protótipos habituais do senso comum. Por um lado, essa profissionalização leva a uma imensa restrição da visão do cientista e a uma resistência considerável à mudança de paradigma. A ciência torna-se sempre mais rígida. Por outro lado, dentro das áreas para as quais o paradigma chama a atenção do grupo, a ciência normal conduz a uma informação detalhada e a uma precisão da integração entre a observação e a teoria que não poderia ser atingida de outra maneira. Além disso, esse detalhamento e precisão da integração possuem um valor que transcende seu interesse intrínseco, nem sempre muito grande.³⁸⁶

É notória a existência de alguns quebra-cabeças que são de difícil solução (denominados, por Kuhn, de anomalias), o que, por si só, não afasta a necessidade de o pesquisador se mostrar fiel ao paradigma a ponto de procurar amoldá-lo para solucionar o problema.³⁸⁷

Entretanto, caso se esteja diante de anomalias que se perdurem por muito tempo e que incidam sobre áreas vitais da teoria paradigmática, constata-se a existência de uma crise, o que traz insegurança para os estudiosos, sendo que, para a sua solução do problema, passa-se a considerar a hipótese de modificação do paradigma.³⁸⁸

³⁸⁵ Para Kuhn, “a ciência normal, atividade que consiste em solucionar quebra-cabeças, é um empreendimento cumulativo, extremamente bem sucedido no que toca ao seu objetivo, a ampliação contínua do alcance e da precisão do conhecimento científico. Em todos esses aspectos, ela se adequa com grande precisão à imagem habitual do trabalho científico.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 77)

³⁸⁶ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 91.

³⁸⁷ Frisa-se que o paradigma não é facilmente abandonado, sendo que essa resistência à alteração do paradigma “garante que os cientistas não serão perturbados sem razão. Garante ainda que as anomalias que conduzem a uma mudança de paradigma afetarão profundamente os conhecimentos existentes.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 92)

³⁸⁸ Nesse particular, Thomas Kuhn afirma que “Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 95)

Nesse momento, pesquisadores mais ousados começam a propor alternativas de paradigmas, as quais são levadas em consideração a partir do momento em que o paradigma até então vigente se mostra insuficiente para solucionar a crise.

É importante esclarecer que até que se reconheça a existência de um novo paradigma, o anterior continua sendo utilizado pela comunidade científica, ou seja, não se retorna à fase pré-paradigmática.

Como visto, a mudança de paradigma não é algo simples e demanda uma verdadeira revolução científica,³⁸⁹ por meio da qual se abdica daquele paradigma que até então era utilizado para solucionar os quebra-cabeças.

Nos dizeres de Kuhn:

Isso já sugere o que o nosso exame da rejeição de um paradigma revelará de uma maneira mais clara e completa: uma teoria científica, após ter atingido o *status* de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la. (...) o juízo que leva os cientistas a rejeitarem uma teoria previamente aceita, baseia-se sempre em algo mais do que essa comparação da teoria com o mundo. Decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, *bem como* sua comparação mútua.³⁹⁰

Mais adiante, o autor sustenta que “Suponhamos que as crises são uma pré-condição necessária para a emergência de novas teorias e perguntemos então como os cientistas respondem à sua existência. Parte da resposta, tão óbvio como importante, pode ser descoberta observando-se primeiramente o que os cientistas jamais fazem, mesmo quando se defrontam com anomalias prolongadas e graves. Embora possam começar a perder sua fé e a considerar outras alternativas, não renunciam ao paradigma que os conduziu à crise.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 107)

³⁸⁹ Para Thomas Kuhn existe revolução científica “quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência. Nesse ensaio, são denominados de revoluções científicas os episódios extraordinários nos quais ocorre essa alteração de compromissos profissionais. As revoluções científicas são os complementos designadores da tradição à qual a atividade da ciência normal está ligada”. (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 25) Mais adiante ele volta a apresentar a revolução científica da seguinte forma: “A discussão precedente indicou que consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 125)

³⁹⁰ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 108.

Frisa-se que a possibilidade da ocorrência de uma revolução científica decorre justamente do fato de que “nenhum paradigma aceito como base para a pesquisa científica resolve todos os problemas”.³⁹¹

Em outras palavras, a teoria de Thomas Kuhn pode ser apresentada da seguinte forma:



Por meio do organograma acima exposto, sintetiza-se, de forma bem genérica, a teoria de Thomas Kuhn, para quem só há que se falar em ciência (por ele denominada de ciência normal) a partir do momento em que se emerge um paradigma, que delimita regras e padrões aptos a solucionar os quebra-cabeças enfrentados pela comunidade científica.

Em outras palavras, alça-se ao patamar de paradigma aquela teoria que – dentre todas as outras da fase pré-paradigmática – se mostra hábil a resolver, da forma mais satisfatória possível, os problemas.

Esse paradigma será estudado minuciosamente pelos cientistas (naquilo que Kuhn denominou de ciência normal), sendo que nem mesmo em momentos de crise – caracterizados pelas chamadas anomalias – ele será abandonado.

Todavia, tendo em vista que o paradigma não consegue solucionar a todos os problemas (o que, frisa-se, não se propõe a fazer), algumas anomalias podem perdurar por um largo período e até mesmo afetar a base sobre a qual se fincou a teoria. Nesse caso, alguns cientistas começam a duvidar do paradigma até então vigente, trazendo, portanto, outras teorias para solucionar o problema.

Depois de novas discussões científicas, pode-se constatar a necessidade de ruptura com a ordem anterior, o que resultará na mudança de paradigma, sendo que

³⁹¹ KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 110.

o novo não guardará muitas influências do antigo, salvo aquelas realizações tidas como permanentes.³⁹²

5.2.2. O processo civil individual como o paradigma vigente.

O Código de Processo Civil em vigor – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 –, como já dito anteriormente, tem por finalidade a tutela de direitos intersubjetivos cujos titulares são prontamente determináveis, sendo idealizado para os fins da jurisdição singular.

Nesse sentido, destacam-se as noções de jurisdição apresentadas por José Frederico Marques, que foi membro da comissão de juristas revisora do anteprojeto do Código de Processo Civil elaborado por Alfredo Buzaid:

A atuação do Estado, nessa tarefa complementar de impor a *norma agendi*, é consequência de situações contenciosas, derivada ou da incerteza sobre as relações de vida em que incide a ordem jurídica, ou resultante de afirmativa da violação desta pela prática de atos lesivos a interesses juridicamente tutelados. A pretensão que se deduz no pedido consiste, precisamente, na exigência da prevalência desse interesse que se diz lesado, sobre o da pessoa a quem se atribui a prática da lesão. É que o comportamento de uma pessoa, se contrário à lei, pode constituir uma lesão a interesses que a ordem jurídica tutela, ou um perigo a esse mesmo interesse.

Verifica-se, pois, que numa situação contenciosa estão em jogo os interesses garantidos e protegidos pela regra jurídica, pelo que a restauração da ordem violada ou incerta trará, como corolário, a tutela jurisdicional de um direito subjetivo ameaçado ou atingido, direito esse que se admite ser ou de caráter privado ou público, uma vez que o Estado pode estar num dos pólos da relação jurídica disciplinada nos mandamentos legais.³⁹³

O conceito acima transcrito vincula a jurisdição ao direito intersubjetivo, ou seja, à satisfação das pretensões individuais. É por esse motivo que no início desse Capítulo se buscou ir além desse conceito, para caracterizar que a jurisdição tem

³⁹² A respeito das realizações permanentes, Thomas Kuhn afirmar que “a ciência normal possui um mecanismo interno que assegura o relaxamento das restrições que limitam a pesquisa, toda vez que o paradigma do qual derivam deixa de funcionar efetivamente. Nessa altura os cientistas começam a comportar-se de maneira diferente e a natureza dos problemas muda. No intervalo, entretanto, durante o qual o paradigma foi bem sucedido, os membros da profissão terão resolvido problemas que mal poderiam ter imaginado e cuja solução nunca teriam empreendido sem o comprometimento com o paradigma. E pelo menos parte dessas realizações sempre demonstra ser permanente.” (KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 45)

³⁹³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 1ª ed. atual. Campinas-SP: Millennium, 1999, p. 261.

como finalidade a pacificação dos conflitos sociais, sendo que, na sociedade contemporânea, em que esses conflitos são massificados, não há como olvidar que a tutela dos direitos transindividuais tem enorme importância.

Além disso, constata-se, por exemplo, o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Esse dispositivo trata da legitimidade *ad causam* – uma das condições da ação (artigo 267, VI, do Código de Processo Civil) –, estabelecendo o que a doutrina comumente denomina de legitimação ordinária (defender direito próprio em nome próprio) e de legitimação extraordinária (defender direito alheio em nome próprio).

Como já afirmado no Capítulo 3 do presente estudo, esses conceitos se amoldam perfeitamente ao processo individual, mas demandam uma nova interpretação no que toca ao processo coletivo.

Em outras palavras, o Código de Processo Civil, mesmo após as inúmeras reformas, não tem por finalidade a tutela de direitos transindividuais, mas sim de direitos eminentemente individuais.

Quanto muito, fala-se em litisconsórcio, sendo importante asseverar que o parágrafo único do artigo 46 do Código de Processo Civil autoriza que o magistrado limite o número de integrantes nos polos da relação jurídica processual.

Nesse particular, salientam-se os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior:

O direito processual civil tradicional se apresentava com marcante caráter individual. O direito de ação, suas condições e pressupostos revelavam-se, dentro da estrutura original do Código de Processo civil, como institutos criados e disciplinados para atender apenas a pessoa do autor e a pessoa do réu. Tudo se desenvolvia à luz da individualidade de um sujeito ativo por um sujeito passivo.

Com a socialização do direito constitucional, principalmente após as duas grandes guerras, sentiu-se na seara do processo a imperiosa necessidade de adaptar-se às novas concepções que valorizavam o social e revelavam a existência de direitos coletivos e difusos até então nem sequer pensados pelo direito processual.³⁹⁴

Não se desconhece que institutos inseridos em reformas mais recentes, como a repercussão geral no recurso extraordinário³⁹⁵ e o recurso especial

³⁹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito de processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. 53ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

³⁹⁵ Artigo 102, § 3º, da Constituição Federal e artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil.

repetitivo³⁹⁶, tem um viés nitidamente coletivo, mas a realidade tem demonstrado que eles não se mostram suficientes para alcançar o escopo de diminuir a quantidade de processos, na medida em que esses dois institutos visam afetar a quantidade de recursos nos Tribunais Superiores.

Destaca-se, ainda, a lição de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O direito nasceu e foi pensado para acudir e regular relações jurídicas de caráter interpessoal, de natureza individual. E o processo, que é instrumento de atuação do direito material, manteve durante séculos as mesmas características. Quando muito, criou figuras como o litisconsórcio, ativo ou passivo, em que diversas pessoas podem, em determinadas circunstâncias, litigar pelo polo ativo ou passivo da demanda. Ou, quando o Estado é parte do conflito, podem existir processos em que o cidadão litiga com o Poder Público. Mas o enfoque desses processos era e continua sendo *individualista*.³⁹⁷

À luz do exposto, não há como olvidar que o paradigma atual do processo civil brasileiro é o processo individual.

Também se chega a essa conclusão mediante a análise das próprias propostas de alterações legislativas. Anteriormente salientou-se que, no que tange à ciência processual civil, o foco da discussão no Congresso Nacional diz respeito ao novo Código de Processo Civil, o qual deve ser aprovado pelo Senado Federal em breve.

Nesse particular, destacam-se as palavras de Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que foi categórico ao afirmar que o escopo da reforma não era o processo coletivo, mas sim o processo individual: “há a referência à não-inclusão de temas de processo coletivo no CPC mas houve previsão de matéria procedimental, o que deveria ser deixado ao Código de Processo Coletivo em discussão no Congresso Nacional.”

Com isso, resta evidente que o direito processual civil ainda terá como objeto primordial a tutela dos direitos individuais, sendo que a tutela coletiva continuará sendo residual.

³⁹⁶ Artigo 543-C do Código de Processo Civil.

³⁹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 357.

Assim, não há como olvidar que o paradigma processual brasileiro para fins de acesso à justiça – mesmo diante de situações massificadas – ainda é o processo civil individual, o qual terá o incremento de alguns institutos que buscam coletivizar o provimento jurisdicional.

5.2.3. A insuficiência das regras do processo civil individual para a tutela de direitos transindividuais: o processo civil coletivo como um novo paradigma.

Ao longo de todo o Capítulo 3 foram apresentadas inúmeras diferenças existentes entre alguns institutos do processo civil individual e do processo civil coletivo.

De tudo aquilo exposto até então, chega-se à conclusão de que o processo individual não é adequado para a tutela dos direitos transindividuais, sendo que, nesse particular, destacam-se novamente os ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso:

O Processo Civil, como caixa de ressonância das ocorrências e necessidades da vida em sociedade, foi impactado pela judicialização dos megaconflitos, logo se evidenciando a insuficiência – senão já a *inadequação* – dos instrumentos tradicionalmente concebidos para o manejo de conflitos intersubjetivos, entre pessoas determinadas (citação, legitimação, ônus probatório, coisa julgada, execução), modelo que não comporta a abertura necessária para a recepção das demandas de largo espectro. Com efeito, as lides de tipo *Tício versus Caio* no máximo consentem alguma expansão nas figuras litisconsorciais e de intervenção de terceiros, e ainda nas poucas hipóteses de ampliação do objeto litigioso.³⁹⁸

A primeira dessas diferenças diz respeito à legislação aplicável para a tutela dos direitos transindividuais, que consiste na harmoniosa integração entre a Lei nº

³⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 407.

Fernando da Fonseca Gajardoni possui o mesmo entendimento: “O direito processual civil clássico é absolutamente inadequado para proteção das 3 (três) situações supraindicadas, isto é, dos direitos e interesses supraindividuais.

Critérios tradicionais de legitimação (legitimação ordinária), de competência (local do dano) e de coisa julgada (intra partes e pro et contra) típicos do processo individual são incapazes de permitir que, como ocorre no processo coletivo, haja tutela genérica, em benefício de quem não é parte, e em demanda ajuizada por aquele que não é o titular do direito material.

Afinal, processo coletivo não é só o somatório dos direitos individuais egoísticos (litisconsórcio), mas, sim, a síntese deles, um fim comum e altruísta (bem do grupo) que demanda uma técnica absolutamente diversa de tutela.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21)

7.347/1985 e o Código de Defesa do Consumidor³⁹⁹, ao passo que os direitos puramente individuais são tutelados, na maioria dos casos, pelas disposições do Código de Processo Civil.

Nesse ponto em particular, destaca-se que, em atenção ao disposto no artigo 19 da Lei nº 7.347/1985 e no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor – os quais se encontram em consonância com o artigo 272, parágrafo único, do Código de Processo Civil –, a lei processual civil geral somente será aplicada de forma subsidiária e, principalmente, naquilo que for compatível com a tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Em outras palavras, caberá ao intérprete verificar se a aplicação de determinadas disposições do Código de Processo Civil não irá inviabilizar a tutela coletiva.

É justamente por esse motivo, por exemplo, que a coisa julgada no processo coletivo difere daquela do processo individual, a despeito de o conceito de coisa julgada material poder ser extraído do artigo 467 do Código de Processo Civil.

Assim, a coisa julgada material – tanto no processo individual quanto no processo coletivo – consiste na imutabilidade que se reveste o comando emergente da parte dispositiva da sentença.

Todavia, para a tutela individual a coisa julgada se opera *inter partes*, ou seja, somente aqueles que foram partes no processo é que serão afetados pela decisão, na medida em que ela não beneficiará nem prejudicará terceiros (artigo 472 do Código de Processo Civil).

Ademais, também é importante destacar que haverá coisa julgada material na demanda individual independentemente do resultado do processo, isto é, ela se caracterizará quando os pedidos formulados na petição inicial forem julgados procedentes ou improcedentes.

Não se verifica esse mesmo regramento no processo coletivo, uma vez que a tutela dos direitos transindividuais seria inviabilizada na hipótese de a coisa julgada se operar somente entre as partes litigantes.

Como salientado por Ada Pellegrini Grinover, a ação coletiva acaba por desafogar o Poder Judiciário das inúmeras demandas idênticas que o assolam:

³⁹⁹ A esse respeito, não é exagero lembrar que esses dois diplomas legais formam o núcleo duro do microsistema das ações coletivas, conforme se afere do artigo 21 da Lei nº 7.347/1985 e do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor.

Também o Poder Judiciário foi beneficiado pelos processos coletivos, em termos de projeção e racionalização do trabalho. A sobrecarga dos tribunais e a sensação de inutilidade das decisões individualizadas eram agravadas pela frequente contradição dos julgados e pela demora na solução das controvérsias. A finalidade social da função jurisdicional, que é de pacificar com justiça, perdia-se diante da fragmentação e pulverização dos conflitos, sempre tratados a título individual. A substituição de decisões atomizadas (na expressão de Kazuo Watanabe) pelo tratamento molecular das controvérsias, levando à solução do Judiciário, de uma só vez, conflitos que envolvem milhares ou milhões de pessoas, significou tornar o juiz a peça principal na condução de processos de massa que, por envolverem conflitos de massa, têm sempre relevância política e social. Graças aos processos coletivos, o Judiciário, saindo de uma posição frequentemente distante e remota, tornou-se protagonista das grandes controvérsias nacionais.⁴⁰⁰

Tendo isso em vista e considerando o especial regramento da legitimação ativa na demanda coletiva – que é autônoma (ordinária), para a defesa dos direitos eminentemente coletivos, e extraordinária, para os direitos acidentalmente coletivos –, o legislador estabeleceu que a coisa julgada nas ações coletivas será *erga omnes* (artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 e artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor), na medida em que todos aqueles que se encontram na situação descrita na peça preambular serão beneficiados pela decisão.

Neste ponto reside um dos grandes diferenciais da tutela coletiva, qual seja, o afastamento das decisões contraditórias, evitando que as pretensões de diversas pessoas que se encontram na mesma situação fática (identidade de causa de pedir) tenham um resultado diverso, o que acaba por trazer mais segurança à tutela jurisdicional.

Ademais, é importante lembrar que no direito brasileiro – diferentemente do que ocorre nas *class actions* do direito norte americano⁴⁰¹ –, a coisa julgada nas ações coletivas se operará de acordo com o resultado do processo (*secundum eventum litis*), nos termos do artigo 103, §§ 1º e 2º, do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, somente se falará em coisa julgada material quando se estiver

⁴⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In.: Revista de Processo, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 29.

⁴⁰¹ Nesse sentido, destaca-se a consideração de Antonio Gidi ao falar sobre a possibilidade de o indivíduo optar ou não por se sujeitar à tutela coletiva: “É preciso observar que só há sentido em haver *right to opt out* (ou o *right to opt in*) nos sistemas em que a coisa julgada na ação coletiva se forma *erga omnes* independentemente do resultado da demanda (*pro et contra*). Se a extensão da coisa julgada à esfera jurídica dos membros do grupo se dá *secundum eventum litis* como acontece no direito brasileiro, não faz qualquer sentido permitir aos membros se excluírem do (ou se incluírem no) grupo, uma vez que eles não serão mesmo atingidos pela coisa julgada desfavorável. Não haverá do que se excluir.” (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 306)

diante de (i) procedência dos pedidos; ou (ii) improcedência dos pedidos com suficiência de provas.

Não obstante, frisa-se que no processo coletivo há a possibilidade de se estar diante de um amplo debate acerca de questões envolvendo políticas públicas, as quais acabam sendo, via de regra, marginalizadas no processo individual, visto que este não foi idealizado para tanto. Situação diferente existe na demanda coletiva, especialmente em razão do mencionado efeito *erga omnes* e da possibilidade de participação da sociedade civil em virtude da legitimação ativa conferida às associações (artigo 5º, V, da Lei nº 7.347/1985 e artigo 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor).

Entretanto, a não aplicação adequada do processo coletivo tem corroborado para o agravamento da crise – aqui podendo ser perfeitamente enquadrada na acepção de Kuhn – que assola o Poder Judiciário.

Constata-se que essa crise é oriunda do grande número de processos que sobrecarregam o Estado, dificultando e até mesmo inviabilizando a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada e tempestiva por parte daqueles investidos nas funções jurisdicionais, o que acaba por abalar a imagem do Poder Judiciário.

Contudo, a crise é agravada em virtude da existência de decisões conflitantes em todos os graus de jurisdição, na medida em que não é de fácil compreensão para o jurisdicionado o fato de situações jurídicas idênticas (muitas vezes com identidade de pedidos e de causa de pedir) terem resultados processuais díspares.

Todo esse quadro acaba por não permitir que se obtenha a almejada pacificação social.

Nesse cenário, identifica-se a necessidade de mudança de paradigma para que se obtenha a consecução do mandamento constitucional de acesso à justiça.

O Brasil teve, a nível federal, dois diplomas processuais gerais: o Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939) e o vigente Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

É importante destacar, quando da edição desses dois diplomas, a discussão acerca dos direitos transindividuais ainda não estava na pauta dos estudiosos, razão pela qual não se encontravam disposições atinentes à tutela coletiva, nas redações originárias desses códigos. A esse fato, acrescente-se ainda que, quando da edição

do código vigente, não se imaginava a proliferação de demandas que iriam chegar ao Poder Judiciário.

Tendo isso em vista, o direito processual civil individual mostrava-se suficiente para a solução dos conflitos.

Entretanto, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, inúmeros direitos passaram a ter guarida constitucional, como é o caso dos direitos do consumidor,⁴⁰² cuja defesa, além de ser um direito fundamental (artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal), é um princípio da ordem econômica (artigo 170, V, da Constituição Federal). Isso resultou, em atenção ao artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Tendo em vista que a lei consumerista se mostra extremamente protetiva à pessoa vulnerável da relação de consumo e que o texto constitucional assegura o amplo acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), inúmeras pessoas passaram a se socorrer do Poder Judiciário para proteger os seus direitos, o que leva, até os dias atuais, a uma enxurrada de ações, muitas das quais são extremamente parecidas, possuindo a mesma causa de pedir e pedidos similares.

Assim, os estudiosos da ciência processual civil (que, na lição de Thomas Kuhn, seria a “ciência normal”), começaram a identificar “anomalias” de difícil solução, o que acabou por resultar na edição de inúmeras leis que alteraram significativamente a sistemática processual do Código de Processo Civil.

Nesse particular, destacam-se as seguintes alterações: (i) a regra geral para a concessão de tutela antecipada prevista no artigo 273 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.952/1994; (ii) o estabelecimento das tutelas específicas atinentes às obrigações de fazer e de não fazer (artigo 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.952/1994) e às obrigações de dar (artigo 461-A do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 10.444/2002); (iii) a reforma do sistema recursal mediante o advento das Leis nº 9.139/1995, 11.187/2005, 11.418/2006 e 11.672/2008; e (iv) a reforma da execução, que se deu por meio das Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.

Contudo, ainda assim, a despeito das salutares modificações, as “anomalias” ainda não foram sanadas, o que fica claro ao se analisar o fato de que

⁴⁰² Também ganham relevância a defesa do meio ambiente e do contribuinte.

diversas ações repetitivas são ajuizadas diariamente no Poder Judiciário e que o número de processos não diminui de forma drástica.

Em outras palavras, o processo civil individual não se mostra mais apto a solucionar os conflitos massificados, na medida em que, ainda que existam instrumentos de coletivização da tutela jurisdicional, estes, em sua grande parte, somente são utilizados nas instâncias superiores, quando, na verdade, o problema se encontra no primeiro grau de jurisdição.

Rodolfo de Camargo Mancuso também se mostra incisivo ao identificar alguns avanços a esse respeito que ele identificou na comunidade jurídica:

O breve esboço ora traçado serve a demonstrar que, à parte os dissensos sobre qual seja a diretriz mais acertada para a regulação judicial dos megaconflitos, alguns avanços já se vão assentando ao interno da comunidade jurídica: (i) a conscientização de que a jurisdição singular, praticada nos moldes das categorias e instrumentos constantes da legislação processual codificada e mesmo extravagante, não tem como se adequar ou se adaptar às peculiaridades e exigências postas pela crescente judicialização de megaconflitos, bastando considerar, por exemplo, que a legitimação para agir é tradicionalmente extraída a partir da 'titularidade' do afirmado direito, critério inaplicável às ações coletivas, nas quais o poder de agir é extraído a partir de outra *condição legitimante*, a saber, o binômio *relevância social do interesse/adequação do portador judicial*; (ii) o reconhecimento de que o Processo Coletivo é, antes de mais nada, um instrumento a serviço da pacificação social, na medida em que dá voz e voto a grandes massas de interesses que, de outro modo, ou ficariam desprovidas de um pronto e eficiente canal de expressão (dado que as instâncias administrativa e legislativa sujeitam-se à vontade política e a outras injunções) ou se atomizariam em multifárias e repetitivas demandas individuais, com os efeitos deletérios daí decorrentes; (iii) a aceitação da premissa de que o acesso à Justiça, em sua acepção mais plena e fecunda, pressupõe o corolário dever do Estado de ofertar o instrumento processual adequado e eficaz, pela boa razão de que *quem quer os fins* (distribuição da justiça oficial) tem que *dar os meios*, porque, do contrário, o direito de ação torna-se *peça de ficção*, levando de envolta a credibilidade social na função judicial do Estado.⁴⁰³

Dessa forma, a comunidade jurídica brasileira se encontra diante da necessidade de uma verdadeira "revolução científica" (ainda na visão de Kuhn), alçando o processo coletivo para o patamar de paradigma apto a solucionar os litígios massificados.⁴⁰⁴

⁴⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413.

⁴⁰⁴ A esse respeito, socorre-se à lição de Rodolfo de Camargo Mancuso: "*Forçar o curso dos conflitos metaindividuais pelos acanhados caminhos da jurisdição singular é portar-se na contramão do que hoje se alça como o primeiro e mais relevante item da pauta judiciária, a saber, o *modus* pelo qual se há de recepcionar judicialmente a explosão da litigiosidade, consistente nos embates entre grandes e*

Deve ficar claro que o que se propõe não é a aniquilação do processo civil individual, mas sim que ele seja utilizado para a proteção daqueles direitos que não são albergados pelo processo coletivo.⁴⁰⁵

Assim, considerando que o novo paradigma (que é o processo coletivo) não tem condições de prever todas as hipóteses, o antigo paradigma (processo individual) não desaparecerá, sendo certo que a sua utilização se dará de forma residual, ou seja, para aquelas demandas não coletivas.

Não se desconhece que, nesse particular, o que aqui se defende se afasta um pouco da teoria de Kuhn, na medida em que, segundo ele, o novo paradigma substitui inteiramente o anterior.

Todavia, destaca-se que a obra de Thomas Kuhn, até mesmo pela formação acadêmica do autor, foi pautada nas ciências exatas, em quais se encontram posicionamentos absolutos (como o que $2 + 2$ é igual a 4), diferentemente do que ocorre nas ciências humanas, ainda mais no direito.

É importante deixar claro que o que se sustenta nesse trabalho é que o paradigma vigente para a tutela de todas as espécies de direitos (que é o processo civil individual) não se mostra mais hábil a instrumentalizar a prestação da tutela jurisdicional de forma adequada, razão pela qual, para a tutela dos conflitos de interesses massificados – que hoje são os responsáveis por inúmeros processos que sobrecarregam o Poder Judiciário – há a necessidade de utilização de outro instrumento, qual seja, a ação coletiva.

antagônicas massas de interesses: capital e trabalho; produtores e consumidores; extrativistas das riquezas naturais e ambientalistas.

Tergiversar sobre o trato processual coletivo aderente aos megaconflitos implica o risco de vê-los recrudescer, acarretando ainda, como externalidade negativa, a proliferação desenfreada de demandas plúrimas e replicadas, que tumultuam o ambiente judiciário, exasperam o jurisdicionado ante a demora dos processos e a imprevisibilidade do resultado, além de ocupar parcela expressiva do tempo que juízes, assessores e auxiliares poderiam e deveriam aplicar no exame e resolução das crises jurídicas verdadeiramente complexas e singulares. Na contraface dessa problemática se encontra o vexo, que igualmente deve ser combatido, de se permitir o trâmite concomitante de ações coletivas versando sobre o mesmo bem jurídico, o que, sobre afrontar a economia processual, ainda engendra o risco de decisões judiciais incompatíveis ou contraditórias, que oportunamente se revestirão de coisas julgadas com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme a espécie.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 413-414)

⁴⁰⁵ Fernando da Fonseca Gajardoni entende que o processo civil individual será relevante para o processo coletivo, na medida em que as suas disposições serão aplicadas de forma subsidiária: “Por óbvio, a construção de uma técnica processual nova (processo coletivo) não afeta nem afasta a importância do desenvolvimento da técnica processual individual, a qual também beneficia o processo coletivo no que for compatível com seus fins e propósitos.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 21)

Esse instrumento já existe no ordenamento jurídico pátrio e, como visto ao longo do presente estudo, não há a necessidade de qualquer alteração legislativa para que a ação coletiva exerça o seu papel constitucional (artigo 129, I, da Constituição Federal) de instrumento de pacificação social e de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal).

A esse respeito, destaca-se o posicionamento de Rodolfo de Camargo Mancuso acerca da relevância do processo coletivo:

Com efeito, a veiculação dos megaconflitos por meio do processo coletivo, a par de preservar a devida simetria entre meios e fins, projeta mais de uma extrernalidade positiva: (i) permite ao Judiciário participar do processo político no sentido mais elevado da expressão, na medida em que a decisão proferida se revestirá de expandida carga eficaz, próxima à que se poderia alcançar mediante a produção de uma norma legal; (ii) *compartilha*, em certa medida, o peso político das grandes decisões que repercutem sobre a coletividade, ônus que, de outro modo, recairia exclusivamente sobre a instância originariamente competente para equacionar e/ou resolver o impasse ao nível primário (pese o risco de que tais intervenções judiciais possam degenerar num protagonismo excessivo); (iii) abre ensejo à participação de pessoa, físicas (caso do cidadão eleitor, na ação popular) ou jurídicas (caso de uma associação que promove ação coletiva consumerista) na gestão de interesses de grande impacto social, como, no primeiro exemplo, a defesa do erário, e, no segundo, a defesa dos interesses de vastos segmentos da coletividade (v.g., os carentes, usuários de certo medicamento, interessados em recebê-lo nas farmácias da rede pública de saúde); (iv) previne os males da excessiva dispersão jurisprudencial sobre um mesmo tema, assim propiciando a desejável uniformidade das decisões, evitando que situações fático-jurídicas semelhantes recebam respostas judiciais discrepantes ou até contraditórias (a *jurisdictional uncertainty*, referida na doutrina norte-americana), valendo lembrar que a igualdade de todos perante a lei (CF/1988, art. 5º, II) não pode restringir-se apenas à norma posta abstratamente no ordenamento, mas deve, igualmente, aplicar-se quando ela venha submetida aos casos concretos, nas lides judiciais.⁴⁰⁶

Frisa-se que o importante é que o foco passe a ser o processo coletivo, que é um genuíno instrumento de pacificação social e de acesso à justiça, na medida em que, por meio de uma única demanda, possibilita a resolução do conflito, implementando a verdadeira pacificação social.

Todavia, não há como olvidar que a ação coletiva possui um papel central na resolução dos conflitos – notadamente oriundos de direitos individuais homogêneos – que assolam o Poder Judiciário, sendo que a diminuição de processos passa invariavelmente pela adequada utilização desse instrumento.

⁴⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 416.

Por mais que se promovam alterações legislativas – até mesmo com um novo Código de Processo Civil –, somente haverá a redução do número de processos e um incremento de qualidade nas decisões judiciais por meio da ação coletiva.

Em outras palavras, não se pode chegar a outra conclusão a não ser aquela de Rodolfo de Camargo Mancuso:

No cotejo entre as opções (a) permitir o ajuizamento de milhares de demandas individuais acerca de um mesmo bem jurídico, para ao depois contingenciá-las, à espera da prolação de uma decisão-quadro, em ordem à resolução isonômica dos processos sobrestados, e, (b) submeter os megaconflitos, desde logo, à jurisdição coletiva, evitando sua pulverização em multifárias ações individuais replicadas, a melhor técnica e até o bom senso sinalizam para este segundo alvitre.⁴⁰⁷

Assim, conclui-se que a ação coletiva é o meio processual hábil para a tutela dos direitos transindividuais, notadamente dos direitos individuais homogêneos, sendo um genuíno instrumento de pacificação social e de acesso à justiça.

Destaca-se que, para a consecução desse objetivo, a legislação vigente já se mostra eficaz, sendo que incumbe ao próprio Poder Judiciário – figura central na propagada mudança de paradigma – dar a correta interpretação aos institutos centrais da tutela coletiva, maximizando (sempre com base nos exatos termos da lei) o campo de atuação da ação coletiva.⁴⁰⁸

A interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 – que como visto anteriormente ainda não está pacificada –, no sentido de que a sentença coletiva produz efeitos dentro do limite territorial do órgão prolator da decisão, acaba por corroborar na proliferação de demandas coletivas, haja vista

⁴⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 415.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, encontra-se o posicionamento de Sérgio Cruz Arenhart:

“Enfim, examinando o teor de várias decisões dos tribunais superiores brasileiros, vê-se que, em grande parte, ele é o responsável pelo acúmulo de demandas do qual tanto se queixa. Em grande parte, o volume de demandas seriais que chegam àquelas cortes e que tomam o tempo que poderia ser empregado na solução de outras controvérsias, é devido à interpretação que se tem dado aos institutos processuais coletivos.

A falta de percepção da relevância da tutela coletiva para o *próprio Poder Judiciário*, como instrumento legítimo para que esse órgão possa desempenhar sua função, acaba por repercutir, no seio da instituição, com a criação de outros instrumentos que realizem essa finalidade. Paradoxalmente, então, vê-se ao Poder Judiciário diminuir o campo de atuação da tutela coletiva e, ao mesmo tempo, encontrar alternativas interpretativas para poder gerir a quantidade de casos idênticos que lhe é submetida.” (ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-77)

que, mesmo em se tratando de dano de âmbito nacional, impõe o ajuizamento de uma ação coletiva em cada Estado ou Seção Judiciária para que todos os brasileiros sofram os efeitos do *decisum*.

Além disso, não há como deixar de ressaltar o maior problema enfrentado pelo processo coletivo, qual seja a execução da sentença.

Os artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor estabelecem que, em se tratando de direitos individuais homogêneos, primeiramente se dará a execução individual da sentença coletiva, sendo que a execução somente será coletiva se transcorrido um ano sem habilitação suficiente.

Dessa forma, aquela proliferação de processos que não se verifica na fase de conhecimento, aparecerá na fase executória. Nesse sentido, destaca-se a lição de Sérgio Cruz Arenhart:

A lei, como se vê, não alude à possibilidade de outros meios para a satisfação dos créditos individuais. Poderia ter usado de mecanismos compensatórios ou de instrumentos coercitivos e sub-rogatórios para a obtenção de todos os tipos de prestação ou poderia ter deixado a cargo de outro órgão a gestão da satisfação dos créditos individuais, mas preferiu a solução mais ortodoxa a respeito do tema, o que transforma a ação coletiva em, apenas, uma “meia ação coletiva”. Afinal, de coletiva a ação só terá a primeira parte, porque depois deve-se necessariamente abrir a demanda à participação individual, já que este tem o direito de postular, por força própria, a satisfação de seu específico interesse.⁴⁰⁹

Ele conclui o seu raciocínio da seguinte forma:

A par do volume de demandas que esta solução gera, há ainda o problema dos custos do processo, que são exponencialmente multiplicados em virtude dessa opção legislativa. Afinal, todos sabem que a fase de execução é, para o Poder Judiciário, a mais custosa, já que o trabalho dos atos executivos é praticamente todo feito pelos órgãos auxiliares da justiça. Ao autorizar as execuções individuais (e, mesmo, privilegiá-las, em detrimento da execução coletiva), a lei consente com o desperdício de recursos humanos, econômicos e estruturais, o que novamente segue o caminho inverso do que sugere a aplicação do princípio da proporcionalidade pan-processual.⁴¹⁰

O ideal seria que, com o trânsito em julgado da sentença coletiva de procedência que tutele direitos individuais homogêneos, o réu já poderá cumprir de imediato o comando que emerge da decisão, uma vez que teria condições de apurar

⁴⁰⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55-56.

⁴¹⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56.

e identificar (ainda que fora dos autos do processo) quais são as pessoas que foram beneficiadas, na medida em que os titulares desses direitos são determinados ou determináveis (artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Destaca-se que esse entendimento até poderia ser construído a partir da legislação vigente, especialmente daquela oriunda da reforma do processo de execução, na medida em que, ao reconhecer o processo sincrético, o artigo 475-J do Código de Processo Civil estabelece o pagamento da quantia devida em quinze dias, sob pena de multa. Muito se discutiu o termo *a quo* desse prazo, até que o Superior Tribunal de Justiça adotou o posicionamento de que ele seria a intimação do executado, na pessoa de seu advogado, para o cumprimento do julgado quando do retorno dos autos ao juízo de origem.⁴¹¹ Se a Corte tivesse entendido que esse prazo começaria a fluir do trânsito em julgado, sem a necessidade de provação por parte do exequente, estar-se-ia diante do cumprimento espontâneo da obrigação, o que esvaziaria a fase de execução.

É importante salientar que essa discussão gira em torno da obrigação de pagar quantia, visto que as obrigações oriundas da tutela inibitória (obrigações de fazer, de não fazer e de dar) são cumpridas de imediato pelo réu, o que se dá, muitas vezes, por força de decisões que antecipam os efeitos do provimento jurisdicional.

Nesse sentido, mostra-se salutar uma reforma legislativa nesse sentido para a previsão de medidas coercitivas e até mesmo sub-rogatórias, evitando-se, assim, ao máximo, a execução individual da sentença coletiva.

Não obstante, para que se chegue a esse almejado fim, os operadores do direito e a própria sociedade deve se conscientizar da importância e da necessidade do processo coletivo, tanto para não criar eventuais obstáculos (como reiteradamente já tentaram os Poderes Executivo e Legislativo) como para aplicar as suas regras da melhor forma possível à luz do texto constitucional.

⁴¹¹ Destaca-se o seguinte trecho do precedente mencionado (que foi publicado no Informativo de Jurisprudência nº 429): “Na hipótese em que o trânsito em julgado da sentença condenatória com força de executiva (sentença executiva) ocorrer em sede de instância recursal (STF, STJ, TJ E TRF), após a baixa dos autos à Comarca de origem e a aposição do “cumpra-se” pelo juiz de primeiro grau, o devedor haverá de ser intimado na pessoa do seu advogado, por publicação na imprensa oficial, para efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, a partir de quando, caso não o efetue, passará a incidir sobre o montante da condenação, a multa de 10% (dez por cento) prevista no art. 475-J, caput, do Código de Processo Civil.” (STJ; REsp940274/MS; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha; Corte Especial; julgado em 07/04/2010; publicado no DJe de 31/05/2010 e na RSTJ vol. 219 p. 35; por maioria)

Para isso, mostra-se necessário um Poder Judiciário aparelhado e com servidores – dentre os quais estão incluídos os magistrados – preparados tecnicamente para o manejo de ações coletivas, sendo certo que, para tanto, auxiliaria a criação de varas especializadas nas grandes comarcas ou seções judiciárias.

Não obstante, ressalta-se o indispensável papel do advogado – que é indispensável à administração da justiça (artigo 133 da Constituição Federal) –, especialmente no que tange à orientação dos jurisdicionados e à difusão do processo coletivo.

Destaca-se que uma interpretação apressada de tudo aquilo que foi dito poderia levar à conclusão de que a classe de advogados não seria prestigiada pelo processo coletivo, uma vez que seriam poucos os causídicos que atuariam no foro com a diminuição das demandas massificadas. Todavia, esse entendimento é equivocado, eis que o advogado continuará sendo indispensável para a promoção das execuções individuais da sentença coletiva.

Também ganha relevo o papel do Ministério Público que, como defensor da sociedade, é de crucial importância para a tutela coletiva, o qual deve ter uma atitude ainda mais proativa na defesa dos direitos transindividuais.

Essa mudança de paradigma passa, inclusive, por uma alteração nos currículos acadêmicos dos bacharéis em direito, inserindo, dentre as ditas matérias obrigatórias, disciplinas que abordem diretamente os direitos transindividuais, tanto sob o enfoque do direito material quanto, principalmente, do direito processual.

Não há como sustentar uma alteração na forma como a comunidade jurídica utiliza e interpreta o processo civil se essa nova visão não é implementada na academia.

Entretanto, tudo isso será em vão se o Estado não estiver engajado nessa mudança, até mesmo porque a não utilização do processo coletivo é um reflexo de fatores culturais.

A esse respeito, novamente vem à tona a lição de Sérgio Cruz Arenhart:

Logicamente, a análise central da questão repousa sobre as questões jurisprudenciais apenas porque é o Judiciário o destinatário final das normas e da prática processual. Todavia, não se pode desconhecer que a dificuldade de desenvolvimento da tutela coletiva no país tem ainda outros fatores culturais de relevo, como o desconhecimento de grande parte da população a respeito de seus direitos, o despreparo de muitos advogados

para lidar com a tutela coletiva e o fenômeno, descrito por Marc Galanter, dos chamados litigantes habituais (*repeat player*).⁴¹²

Esse autor dá especial destaque para os “litigantes habituais”:

Em relação a este último ponto, parece evidente que a desarticulação da tutela coletiva no Brasil caminha em benefício de alguém. Sem dúvida, há quem se beneficie da falta de tutelas jurisdicionais eficientes, e conta com essa falta para insistir em violar direitos e interesses. Infelizmente, também, esses interesses contam com quem os defenda, seja no Congresso Nacional, seja em outras vias institucionais, seja em doutrina, e isso também colabora para que não se consiga implementar de fato tutela coletiva adequada de interesses individuais.⁴¹³

Em outras palavras, somente com o engajamento de todos – Estado (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário) e sociedade – é que se pode pretender solucionar essa “crise”.

⁴¹² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78.

⁴¹³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 78-79

CONCLUSÃO

O processo coletivo tem sido alvo de muitos estudos doutrinários nos últimos tempos, justamente em razão dos benefícios que confere à prestação da tutela jurisdicional, na medida em que possibilita a resolução de inúmeros conflitos com a utilização de uma única ação.

Trata-se de um genuíno instrumento de pacificação social, tendo em vista que permite a consecução do mandamento constitucional do direito de ação e do acesso à justiça, bem como efetiva a economia e a celeridade processual, em razão da drástica redução de demandas repetitivas que possibilita.

É importante deixar claro que a ação coletiva tem por finalidade a defesa de direitos transindividuais, os quais, pela sua própria natureza, devem ser entendidos como direitos fundamentais, e que demandam, portanto, uma maior atenção do Estado e da sociedade para a sua proteção.

Esse enquadramento como direitos fundamentais decorre da noção de solidariedade e de fraternidade que permeiam os direitos transindividuais, na medida em que são direitos que estão relacionados à própria subsistência do homem e de sua vida em sociedade, bem como de alguns grupos vulneráveis que, com o avanço das relações humanas, demandam uma maior proteção, justamente para que se tenha a efetiva consecução da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A esse cenário, acrescenta-se também o fato de que a tutela dos direitos transindividuais está permeada pelos ideais da cidadania, uma vez que por meio do processo coletivo a própria sociedade (organizada em sindicatos e associações, por exemplo) ou o próprio cidadão (eleitor, no caso da ação popular) podem defender direitos e interesses da coletividade, buscando-se, assim, a proteção de direitos fundamentais.

Em outras palavras, a defesa dos direitos e interesses transindividuais, ao observar os fundamentos da República (notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana – artigo 1º, II e III da Constituição Federal), acaba por ir ao encontro dos objetivos da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º do texto constitucional.

Todavia, a ação coletiva não tem a devida atenção dos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, os quais acabam por tentar – felizmente sem êxito – restringir os benefícios da utilização desse instrumento processual. Um exemplo

nítido foi o que ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 1.570/1997, convertida na Lei nº 9.494/1997, que, ao conferir a atual redação ao artigo 16 da Lei nº 7.347/1985, tentou impor limites aos efeitos territoriais da sentença proferida em demanda coletiva.

Como visto no presente estudo, essas alterações, além de serem inconstitucionais, são ineficazes, na medida em que, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, o artigo 103 desse diploma passou a dispor acerca da coisa julgada nas ações coletivas.

Entendimento em sentido contrário àquele aqui defendido, a despeito de respeitável – até mesmo por encontrar amparo em precedentes do Superior Tribunal de Justiça –, não merece prosperar, sob pena de se desnaturalizar a tutela dos direitos transindividuais ao exigir que seja ajuizada uma ação coletiva por território da federação.

Nesse particular, é importante deixar claro que a jurisdição é una e indivisível, não havendo que se confundir, portanto, efeitos da sentença com competência territorial.

É importante deixar claro, ademais, que a limitação territorial acima mencionada não existe nem mesmo no processo individual, sendo certo que, por maior razão, não deve ser verificada no processo coletivo.

Toda essa discussão acerca da aplicação do artigo 16 da Lei nº 7.347/1985 demonstra que um dos maiores obstáculos criados à efetividade da tutela coletiva é a própria interpretação dada pelos operadores do direito aos institutos do processo coletivo, uma vez que estes têm sido analisados sob o enfoque do processo civil individual, o qual, muitas vezes, não se mostra suficiente para solucionar os problemas que decorrem desse instrumento coletivo.

Não há como olvidar que o processo coletivo possui peculiaridades no que toca a institutos centrais para a ciência processual, tais como a legitimidade *ad causam*, a competência e a coisa julgada, as quais, se tiverem a aplicação (pura e simples) de regras do processo individual, sem a devida interpretação, acabara por impossibilitar a tutela coletiva de direitos.

Não obstante, também ganha relevo o fato de o Poder Judiciário estar sobrecarregado por inúmeras demandas idênticas.

Destaca-se que uma das causas dessa multiplicidade de ações é a própria característica da sociedade contemporânea, que por ser uma sociedade de massa apresenta violações a direitos (atos ilícitos) também de forma massificada.

Assim, com o advento do texto constitucional de 1988 – que alçou os direitos transindividuais ao patamar de direitos fundamentais –, o jurisdicionado passou cada vez mais a se socorrer cada vez mais do Poder Judiciário para a defesa de seus direitos lesados ou ameaçados.

Esse fato agravou-se ao longo da década passada, uma vez que os demais Poderes – Executivo e Legislativo – estavam em descrédito com grande parcela da sociedade.

Entretanto, o Poder Judiciário não estava (assim como ainda não está) preparado para o recebimento dessas inúmeras ações, o que acabou por ocasionar um acúmulo de demandas (algumas delas com identidade de causa de pedir e com pedidos muito similares).

Esse despreparo é perceptível não somente em razão de suas precárias estruturas, mas, principalmente, pelas decisões proferidas acerca de temas centrais do processo coletivo.

Com isso, a prestação da tutela jurisdicional não tem sido prestada, em muitos casos, de forma tempestiva e adequada, além de ser patente a existência de posicionamentos jurisprudenciais distintos sobre as mesmas questões fático-jurídicas.

Por todos os motivos acima mencionados, conclui-se que o processo civil individual não é o instrumento hábil para a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais, sendo que é justamente nesse cenário que reside a importância do presente estudo, à medida que se defende a necessidade de quebra de paradigma do processo individual para a resolução dos conflitos.

A esse respeito, o primeiro passo é identificar que o processo civil individual é o paradigma vigente para instrumentalizar a tutela de quaisquer direitos, dentre os quais se encontram os transindividuais.

Corroborar para essa conclusão o fato de que o Congresso Nacional volta as suas atenções para a edição de um novo Código de Processo Civil, o qual, assim como aquele vigente, terá por finalidade a tutela de direitos individuais, a despeito de verificarem institutos que, se aprovados, integrariam a tutela coletiva (como o

incidente de resolução de demandas repetitivas e a conversão da ação individual em ação coletiva).

Assim, pode-se afirmar que o foco da comunidade jurídica, no que tange à ciência processual civil, continua sendo a tutela do direito individual, a qual, como visto ao longo do presente estudo, não se mostra adequada para a efetiva defesa dos direitos transindividuais.

Não há como olvidar que esse novo diploma processual trará vantagens para os jurisdicionados – notadamente no que tange ao aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais –, mas também não se pode perder de vista que os institutos relacionados à tutela coletivas não diminuirão a quantidade de ações, uma vez que eles pressupõem a existência de demandas individuais em curso, ou seja, o Poder Judiciário continuará com inúmeros processos em seu acervo.

Feitas essas considerações e identificado o paradigma vigente, resta evidente a necessidade de sua modificação, uma vez que o processo civil individual não mais tem se mostrado um instrumento eficiente para solucionar a crise do Poder Judiciário, a qual está intimamente relacionada ao volume de processos em curso.

A resolução desse “quebra-cabeça” (nas palavras de Thomas Kuhn) passa pela adequada utilização da ação coletiva, que é o principal instrumento à disposição da comunidade jurídica para diminuir o número de processos.

É evidente que a diminuição do número de processos – ainda mais aqueles idênticos, que são frutos de relações jurídicas massificadas (notadamente da relação de consumo) – também passa por uma atuação mais incisiva dos demais Poderes, especialmente do Executivo, que por meio de suas agência reguladoras poderia fiscalizar e proteger a sociedade, o que fatalmente merece ser objeto de um estudo mais aprofundado em outra oportunidade.

Nesse aspecto, o tema objeto desse estudo serviu para demonstrar a existência de discussão, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, acerca de diversos institutos do processo coletivo, o que demonstra que o intérprete deve se mostrar alerta ao se ver diante de uma relação processual em que se tutele direitos coletivos *lato sensu*.

O aprimoramento legislativo, desde que não traga retrocesso, é salutar, justamente para deixar claro alguns pontos de discussão, especialmente no que toca à execução individual da sentença coletiva.

Porém, ainda que isso demore a acontecer, a quebra de paradigma para com o processo civil individual, apresenta-se como uma necessidade atual e relevante.

Como visto, a aplicação do Código de Processo Civil de forma subsidiária aos processos coletivos é de extrema importância, contudo, sua aplicação deve ser à luz de toda a sistemática coletiva.

Nesse particular, é importante destacar que o Código de Processo Civil foi editado durante a vigência do Código Civil de 1916, o qual não possuía elementos publicistas como o atual, mas sim individualistas.

Pode-se afirmar, portanto, que o Código de Processo Civil em vigor não foi idealizado para tutelar os chamados direitos coletivos *lato sensu*. A esse respeito, não se desconhece as inúmeras reformas que esse diploma sofreu, inclusive com a inserção de instrumentos afinados à tutela coletiva (como é o caso da repercussão geral no recurso extraordinário e do recurso especial repetitivo), os quais, entretanto, não se mostraram suficientes para, pelo menos, amenizar a “crise”.

Assim, merece destaque o fato de que para que se tenha esse efeito – diminuição do volume de processos –, não há a necessidade de se ocorrer a qualquer alteração legislativa no que tange ao processo coletivo, haja vista que o ordenamento jurídico vigente já possibilita que se tutele os direitos transindividuais de forma satisfatória.

Não há dúvidas acerca da dificuldade em se modificar o paradigma atual de interpretação do processo coletivo, haja vista, por exemplo, o fato de o ensino do processo coletivo ter começado a ganhar força nos bancos da academia somente há pouco tempo e, ainda de forma incipiente - fato este que dificulta as discussões sobre o tema e a evolução do pensamento nesta matéria. Contudo, o que o intérprete não pode perder de vista é que o processo coletivo é um instrumento apto a permitir a tutela de inúmeros direitos fundamentais garantidos pelo texto constitucional.

Frisa-se que o que se propõe aqui não é acabar com o Código de Processo Civil, ou com a sua aplicação subsidiária ao processo coletivo, até mesmo porque isso seria ilógico. O que se defende é que a visão individualista em que esse diploma processual é interpretado não seja utilizada no processo coletivo.

Afinal, como afirmado no curso do estudo, o Código de Processo Civil adveio para a resolução de demandas individuais (Tício contra Mévio), sendo que muitos

dos institutos nele previstos devem ser, em parte, relativizados pelo intérprete quando do estudo do processo coletivo.

Em suma, constata-se que a correta interpretação do processo coletivo permite conferir maior efetividade aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, resguardando o amplo acesso à justiça, por meio da prestação da tutela jurisdicional adequada por parte do Estado-juiz (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), além de reduzir de forma drástica a quantidade de processos que sobrecarregam o Poder Judiciário e que impedem a rápida solução dos litígios (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), bem como evitar a persistência de decisões judiciais conflitantes sobre as mesmas questões fático-jurídicas.

BIBLIOGRAFIA.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante – a ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura dos precedentes*. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Ação popular: rumo à efetividade do processo coletivo*. 2ª ed., rev., ampl. e atual. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALVIM, Eduardo de Arruda. *Direito processual civil*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAUJO, Luiz Alberto David; PINHEIRO, Flavia de Campo. *Instrumentos judiciais coletivos de defesa dos direitos das pessoas idosas com deficiência intelectual*. In.: GUILHOTO, Laura Maria de Figueiredo Ferreira (Org.). *Envelhecimento e deficiência intelectual: uma emergência silenciosa*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Instituto APAE de São Paulo, 2013.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Ação civil pública: sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas*. In.: ASSIS, Araken et. al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner*, 30

anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Manual de direito processual civil*. 14ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo de Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____; ALVIM, Thereza; ALVIM, Eduardo Arruda; MARINS, James. *Código do Consumidor comentado*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ASSIS, Araken et. al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte-americana*. In.: Revista de Processo, nº 130. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRUNO, Susana. *Conciliação: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto; *A era dos direitos*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____; MATTEUCCI, Nocila; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, v. 1 e 2. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, vol. 2, tomo I. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: direito processual público e direito processual coletivo*, vol. 2, tomo III. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Projetos de novo Código de Processo Civil comparados e anotados: Senado Federal (PLS nº 166/2010) e Câmara dos Deputados (PL nº 8.046/2010). São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tutela Antecipada*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem: resolução CNJ 125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CALDEIRA, Adriano Cesar Braz. *Aspectos processuais das demandas coletivas*. São Paulo: Rideel, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2002.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. In.: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, nº 33. Porto Alegre: Departamento Revista da AJURIS, 1985.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil, volume I*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Instituições do processo civil, volume II*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Segurança jurídica e eficácia temporal das alterações jurisprudenciais – competência dos Tribunais Superiores para fixá-la – questões conexas*. In.: _____; FERRAZ JUNIOR, Tércio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri-SP: Manole, 2009.

- CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 3ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002.
- _____. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 3ª ed. Campinas-SP: Bookseller, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30ª ed., rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- CRESTI, Marco. *Contributto allo studio dela tutela degli interessi diffusi*. Milão-Itália: Giuffrè, 1992.
- COLLIARD, Claude Albert. *Libertes publiques*. 5ª ed. Paris-França: Dalloz, 1975.
- COELHO, Inocêncio Mártines. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. São Paulo: Saraiva,. 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Rumo à justiça*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). *Linhas mestras do processo civil: comemoração dos 30 anos de vigência do CPC*. São Paulo: Atlas, 2004.
- COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Liberdades públicas*. São Paulo: Bushatsky, 1974.
- CUNHA, Sérgio Sérulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil, vol. 4: processo coletivo*. 8ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Capítulos da sentença*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno I*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume III*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume IV*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Competência, conexão e prevenção nas ações coletivas*. In: *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios* (Coordenador: Édis Milaré). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*, volume 3. 3ª ed. ver., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUARTE, Ronnie Preuss. *Garantia de acesso à justiça: os direitos fundamentais processuais*. Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Édis; NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio; NERY JUNIOR, Nelson. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri-SP: Manole, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Ações coletivas: dupla comemoração*. In.: Revista de Direito do Consumidor, nº 57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Manual de direitos do consumidor*. 12ª ed. rev., ampl., sist. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes. São Paulo: Atlas, 2014.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): (reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direitos difusos e coletivos I: teoria geral do processo coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direitos difusos e coletivos II: ações coletivas em espécie: ação civil pública, ação popular e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva 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.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In.: Revista de Processo, nº 96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Conciliação*. In.: Revista de Processo, nº 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Direito processual coletivo*. In.: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. In.: Revista de Arbitragem e Mediação, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *O projeto de lei brasileira sobre processos coletivos*. In.: ASSIS, Araken et. al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____ (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1984.

_____; et. al. (Coord.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____; NERY JUNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, volume II. 10ª ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel (Org.). *Mediação no Judiciário: teoria na prática*. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HOBBSBAWM, Eric John Ernest. *A era das revoluções: 1789-1848*. 25ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2009.

_____. *Era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Elaborador pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende de; KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto (Coordenadores). *Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade*. 1ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. 5ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LACERDA, Galeano. *Despacho saneador*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1985.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Manual de direito processual civil I*. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006.

MAIA, Diogo Campos Medina. *Ação coletiva passiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular*. 7ª ed. rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores - Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 12ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Contribuição esperada do Ministério Público e da Defensoria Pública na prevenção da atomização judicial dos mega-conflitos*. In.: Revista de Processo nº 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas*. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Manual do consumidor em juízo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *A projetada participação equânime dos co-legitimados à propositura da ação civil pública: da revisão normativa à realidade forense*. In.: LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Tutela coletiva: 20 anos da lei da ação civil pública e do fundo de defesa de direitos difusos, 15 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2006

_____. *A resolução dos conflitos e a função social no contemporâneo Estado de Direito*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recomposição do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e proposta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil, volume I*. 1ª ed. atual. Campinas-SP: Millennium, 1999.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 1ª ed. atual. Campinas-SP: Millennium, 1999.

_____. *Instituições de direito processual civil, volume IV*. 1ª ed. atual. Campinas-SP: Millennium, 1999.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio histórico e outros*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Regime jurídico do Ministério Público: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia et. al. (Coord.). *Os poderes do juiz e controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 6ª ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros. 24ª ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 55, de 20.9.2007, 2007.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua português*. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. (Coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Gilson Delgado. *Procedimento sumário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____; PIZZOL, Patricia Miranda. *Recursos no processo civil*. 6ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional – tomo IV – direitos fundamentais*. 3ª ed. Coimbra-Portugal: Coimbra Editora, 2000.

_____; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública: alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (Org.). *20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *O processo civil no Código do Consumidor*. In.: Revista de Processo, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Ações coletivas na Constituição federal de 1988*. In.: Revista de Processo, nº 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V: arts. 476 a 565*. 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *O processo civil no código de defesa do consumidor*. In.: Revista de Processo, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Boa-fé objetiva e segurança jurídica – eficácia da decisão judicial que altera jurisprudência anterior do mesmo Tribunal Superior*. In.: _____; FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio. *Efeito ex nunc e as decisões do STJ*. 2ª ed. Barueri-SP: Manole, 2009.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 7ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Constituição Federal comentada*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo coletivo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Método, 2014.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Manual da monografia jurídica: como se faz: uma monografia, uma dissertação, uma tese*. 8ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano (Coord.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PAINE, Thomas. *Direitos do homem*. Bauru-SP: Edipro, 2005.

PRADE, Péricles. *Conceito de interesses difusos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf> Acesso em 23.07.2014.

_____. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *A abrangência nacional da decisão judicial em ações coletivas: o caso da lei 9.494/97*. In.: Revista dos Tribunais, nº 755. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. *Processo civil coletivo e sua efetividade*. São Paulo: Malheiros, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria do direito e do estado*. 5ª ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

RIVERO, Jean. *Leslibertés publiques, v. 1 – Lesdroits de l'homme*. Paris-França: Presses Universitaires de France, 1997.

ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Ação civil pública: 20 anos da Lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ROCHA, Luciano Velasque. *Ações coletivas: o problema da legitimidade para agir*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de compromisso de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- ROSENBERG, Leo. *Da jurisdição no processo civil*. Campinas-SP: Impactus. 2005.
- ROSSI, Júlio César. *A eficácia subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas: “água mole em pedra dura...”*. In: Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), nº 108. São Paulo: Dialética, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9º ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem: mediação e conciliação*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 22ª ed. rev. e ampl. de acordo com a ABNT. São Paulo: Cortez, 2002.
- SHIMURA, Sérgio. *O reexame necessário nas ações coletivas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2ª ed. rev., ampl. e aum. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed., 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: conceito de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ação civil pública, inquérito civil,*

Estatuto da Criança e do Adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SODRÉ, Marcelo Gomes. *A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patricia (Coord.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009.

SOUZA, Motauro Ciochetti. *Ação civil pública e inquérito civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e improbidade administrativa*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade: ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. rev. e ampl. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor – direito material e processual*. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. In.: Revista dos Tribunais, nº 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito de processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, volume 1. 53ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. *Curso de direito de processual civil: procedimentos especiais*, volume 3. 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Código do Consumidor e processo civil: aspectos polêmicos*. In.: Revista dos Tribunais, nº 671. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *A lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade*. In.: Revista dos Tribunais, nº 745. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WALD, Arnaldo; ARMELIN, Donaldo. *Os limites territoriais da sentença prolatada em ação civil pública: prevalência da regra inscrita no art. 16 da Lei 7.347/85, com a alteração introduzida pela Lei 9.494/97*. In.: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais nº 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Precedentes e evolução do direito*. In.: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. reform. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Anotações sobre as ações coletivas no Brasil: presente e futuro*. In.: ASSIS, Araken et. al. (Org.). *Processo coletivo e outros temas de direito processual: homenagem aos 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner, 30 anos de docência do professor Sérgio Gilberto Porto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

_____. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In.: Revista de Processo, nº 67. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. In.: Revista de Processo, nº 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.) *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. São Paulo: Atlas, 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Direitos fundamentais e meio ambiente*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. São Paulo: QuartierLatin, 2008.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela antecipada*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUFELATO, Camilo. *Coisa julgada coletiva*. São Paulo: Saraiva, 2011.