JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA PINHEIRO LIMA

O processo coletivo e a litigâncias de massas: uma análise sob a perspectiva dos direitos individuais homogêneos

Rio de Janeiro
2013

JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA PINHEIRO LIMA

O processo coletivo e a litigâncias de massas: uma análise sob a perspectiva dos direitos individuais homogêneos

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor(a) Orientador(a): Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Professor(a) Coorientador(a): Néli Luíza Fetzner

Rio de Janeiro
2013

JOSÉ LUIZ DE OLIVEIRA PINHEIRO LIMA

O PROCESSO COLETIVO E A LITIGÂNCIA DE MASSAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 201__

BANCA EXAMINADORA:

_____
Prof. Poul Erik Dyrlund

_____
Prof. Humberto Dalla Bernardina de Pinho

_____
Prof. Rafael Mário Iorio Filho

Dedico este trabalho aos meus pais, sem os quais eu jamais poderia ser aquilo que consegui ser hoje e ao meu avô, que é uma pessoa excepcional na minha vida.

Ao Professor Humberto Dalla, que, graças ao seu árduo trabalho na orientação do presente trabalho, o tornou possível.

Ao corpo discente da EMERJ, pelo incentivo, carinho e dedicação nesta longa trajetória.

Aos funcionários da EMERJ, pela atenção, presteza e comprometimento no atendimento aos alunos.

“A vida é um palco, e todos os homens e mulheres apenas atores. Eles possuem suas saídas e entradas, e um homem em seu tempo interpreta vários papéis”

William Shakespeare, 1606

RESUMO

Trata-se de monografia de conclusão de curso de pós-graduação da EMERJ, em que se avalia a questão do processo coletivo como uma ferramenta para diminuir a problemática existente na carga de trabalho encontrada pelos magistrados no exercício de seu cargo, bem como analisar a questão da litigância de massas e como esse fenômeno influencia na vida jurídica do país.

Para tal estudo, recorreu-se à pesquisa bibliográfica como fonte primária, buscando também a jurisprudência e a legislação conforme a necessidade do caso. A pesquisa se debruçou sobre a doutrina especializada no tema a ser tratado, de maneira a obter maior abrangência e completude, sem desviar do objetivo principal que é a discussão acerca do processo coletivo enquanto instrumento disponível para a solução da litigância de massas.

No trabalho, foram estudadas as principais questões que revolvem o processo coletivo, partindo da teoria geral do processo e adentrando a legislação e jurisprudência pertinentes, para, por fim, introduzir o elemento da litigância de massas e as discussões que envolvem a solução dos conflitos, seja pela via exclusiva do processo, seja pelas vias alternativas que vem surgindo com ímpeto cada vez maior.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

1. O PROCESSO COLETIVO E A LITIGÂNCIA DE MASSAS 12

1.1 Processo Coletivo: origens e conceito 12

1.2 Considerações de direito processual civil 16

1.2.1 Legitimidade 21

1.2.2 Coisa julgada 29

1.2.3 Substituição processual 41

1.3 O fenômeno da Litigância de Massas 45

2. O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL 52

2.1 Os primórdios do processo coletivo 52

2.2 O processo coletivo na atualidade 58

2.2.1 Ação Civil Pública 58

2.2.2 Mandado de Segurança Coletivo 69

2.2.3 Mandado de Injunção 78

2.2.4 Ação Popular 85

2.3 O Código de Defesa do Consumidor 92

3. A RELAÇÃO COM OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS 101

3.1 Breve análise sobre direitos individuais homogêneos 101

3.2 As principais problemáticas 109

3.2.1 Formas alternativas de resoluções de conflitos ou *ADR* 119

3.2.1.1 Conciliação 124

3.2.1.2 Mediação 129

3.2.1.3 Arbitragem 135

3.2.2 Resolução de litígios repetitivos ou *RDR* 144

CONCLUSÃO 163

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 169

INTRODUÇÃO

O fenômeno do processo coletivo não é algo novo existente no Direito. Desde seu surgimento, na Inglaterra medieval, e após passar um longo período no ostracismo devido às reformas introduzidas pelo Estado Liberal, o instituto veio ganhando força nos últimos anos. Especialmente após uma série de congressos internacionais, ocorridos no ano 2000, onde fora amplamente discutido esse tema, em virtude do surgimento de outro instituto: a litigância de massas.

O objetivo do presente trabalho é fazer a correlação entre esses institutos, mas sob a ótica dos direitos individuais homogêneos. Evidente, o processo coletivo é o meio hábil para tutela dos interesses eminentemente gerais, que interessam a toda comunidade. Entretanto, não se cogitava o uso de tal complexo para tutela de direitos individuais, em especial os homogêneos.

É pacífico que a tutela, por exemplo, do meio ambiente dar-se-á por processo coletivo, pois é impossível determinar quantas pessoas se beneficiam pela existência de um meio ambiente hígido e quem seriam esses beneficiários. Mas poder-se-ia estender a aplicação para direitos que são visceralmente individuais, tal como indenização por ato ilícito em sede consumeirista, uma vez que estes direitos, em que pese notoriamente singulares, interessam a toda uma coletividade.

Justamente neste aspecto que existe a celeuma. Parcela da doutrina questiona se é possível a aplicação de um meio coletivo para tutelas individuais, e como ela se daria, sem que se colocasse por terra princípios fundamentais do processo civil e trabalhando com os conceitos já existentes. Sobre este tema de grande importância social é que o trabalho se apoiará.

Justifica-se a importância da opção pelo tema em virtude do alto custo que o acesso à Justiça tem nos dias atuais e o crescente número de demandas, formando a chamada litigância de massas. Com o contínuo crescimento da população, a tendência é cada vez mais aumentar o número de cidadãos, e conseqüentemente de litigantes, sem que a estrutura do Poder Judiciário acompanhe satisfatoriamente tal aumento. É necessário a criação de um instrumento hábil a baratear a tutela jurisdicional, de sorte que se mantenha a efetividade pretendida das decisões proferidas.

Para que tal fim seja alcançado pelo presente trabalho, utilizar-se-á metodologia bibliográfica e histórica, de forma qualitativa e parcialmente exploratória. O método escolhido reflete melhor a sobriedade dos trabalhos jurídicos. Quanto à divisão do estudo, dividir-se-á o escrito em três capítulos que englobam os principais aspectos relevantes do tema.

O primeiro capítulo tratará das questões preliminares, realizando a conceituação dos aspectos básicos que servirão de base para o desenvolvimento do raciocínio posterior. Tentará, sucintamente, conceituar os institutos de processo coletivo, litigância de massas e direitos individuais homogêneos, estabelecendo suas bases históricas e a correlação destes com princípios fundamentais do processo civil.

O segundo capítulo buscará trazer essa realidade para o Brasil, vendo como esses aspectos são tratados aqui. Quais ações coletivas existem no direito pátrio, como elas funcionam, a que regramento legal se submetem, e com que objetivo foram instituídas.

O terceiro e último capítulo tratará das principais problemáticas a respeito destes institutos, em especial a aplicação das Formas Alternativas para Solução de Conflitos ou *Alternative Dispute Resolutions*, mais conhecidas pela sigla ADR, e os Recursos Repetitivos geradores de controvérsias, bem como a análise destes sob a óptica dos direitos individuais homogêneos.

Feitas essas considerações, e por derradeiro, almeja o presente trabalho trazer para a já farta bibliografia jurídica mais uma contribuição, de sorte que não se apresenta como uma panacéia ou solução definitiva para o problema, mas sim como uma forma de instigar o pensamento dos juristas, de sorte que seja possível trabalhar em outras soluções igualmente importantes para o cotidiano do Direito e dos cidadãos.

1. O PROCESSO COLETIVO E A LITIGÂNCIA DE MASSAS

Para se entender como se chegou ao atual panorama, uma curta viagem no tempo se faz necessária, uma vez que entendendo as raízes dos temas, torna-se mais fácil a compreensão de suas mutações e de como chegaram ao estágio atual.

1.1 PROCESSO COLETIVO: ORIGENS E CONCEITO

Conhecer a gênese de um instituto é imprescindível para que se possa perceber qual necessidade justificou sua criação e, principalmente, se essa mola motriz ainda persiste nos dias atuais.

O processualista Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[1] explicita que o berço do processo coletivo se deu na Inglaterra medieval, citando três casos que foram os marcos iniciais do instituto.

Esses casos inaugurais trouxeram à tona a existência de uma nova forma de se buscar a prestação jurisdicional. Os ingleses medievais precisavam de uma tutela que alcançaria muito mais que duas pessoas, a quantidade de sujeitos a qual o processo inicialmente foi projetado para comportar.

O que caracterizava essas situações era a impossibilidade individualizar quem serão os beneficiários pelas tutelas jurisdicionais pretendidas. Pode-se situar os limites pretendidos pela tutela, e afirmar que ela influenciará na esfera das pessoas que estiverem dentro desta fronteira. Mas é impossível dizer, um a um, quem será agraciado.

---

[1] MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-44.

Após esses eventos, passou a haver uma clara divisão entre o processo individual e o processo coletivo. Ambos mantinham sua característica instrumental, que só veio a ser reconhecida muitos anos mais tarde, porém se prestavam a tutelar direitos bem diferentes. O primeiro defende aqueles direitos inerentes aos sujeitos de direito individualmente considerados, enquanto que o segundo tutela direitos que dizem respeito a todos os sujeitos de direito, considerados como grupo. Com esta diferenciação por base, engaja-se na árdua tarefa de conceituar o processo coletivo.

Para realizar tal tarefa, é necessário socorro aos processualistas que já tratam do tema e delimitaram suas idéias sobre esse.

Nas palavras de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[2]:

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

O conceito dado entende a ação coletiva como instrumento do direito processual civil, no qual há a sujeição aos mesmos requisitos e prerrogativas, tais como as condições da ação, que se exigem das ações individuais. Trata-se, portanto, de algo extraordinário e utilizado somente em casos específicos, prescritos na legislação aplicável.

Ada Pellegrini Grinover[3] faz uma análise mais geral do tema, ao entender que existiria um novo ramo de direito processual, o direito processual coletivo, O qual conta "com princípios revisitados e institutos fundamentais próprios e objeto bem definido: a tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos".

Ainda sobre o tema, importa trazer lição do jurista Gregório Assagra de Almeida[4], a qual diz:

---

[2] *Ibid.*, p. 26.
[3] GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.
[4] ALMEIDA, Gregório de Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 32.

> O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social.

Interessante perceber como este último processualista delimita um objeto bastante específico para este novo ramo do direito.

Cumpre também trazer lição de Luís Roberto Barroso[5], em artigo sobre o tema, explicita "[...]as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira, que são divididas em três categorias: (i) direitos difusos; (ii) direitos coletivos; (iii) direitos individuais homogêneos".

Note-se que os conceitos emitidos pelos doutrinadores supra não são antagônicos, e podem ser combinados de sorte a produzir uma leitura mais ampla.

Assim, o que existe na realidade é a criação de um ramo dentro do direito processual chamado direito processual coletivo, o qual se interessa pelo estudo da ação coletiva, do processo coletivo, da jurisdição coletiva, da defesa no processo coletivo e da coisa julgada coletiva, tendo como objetivo a estruturação destes institutos para tutelar jurisdicionalmente os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. É o que ousa o autor chamar de teoria extensiva do processo coletivo.

Esse conceito, embora extenso, consegue delimitar cabalmente o objeto do estudo e afasta eventuais ambiguidades que possam surgir na terminologia a ser empregada não somente no correr deste trabalho, mas também na prática jurídica a ser observada destes institutos.

---

[5] BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da 'class action' norte-americana. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101 , n.381, p. 103-119, 2005, p. 105.

Vencida essa barreira inicial, cumpre observar que diferenças separam este ramo do direito processual civil comumente estudado, destacando as principais características que geram tormentosos debates na doutrina e na jurisprudência.

1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Ante as noções defendidas no item anterior, fica evidenciada a existência de um ramo dentro do direito processual, com forte influência do processo civil. É prudente analisar os institutos básicos que sustentam o este ramo, para que se possa compreender como estes funcionarão nesta nova área. Três institutos demandarão maiores comentários: a legitimidade para agir; os limites da coisa julgada; e a substituição processual.

Para começar, tratar-se-á do conceito de ação. Muito se discutiu sobre isto, estando os debates hoje razoavelmente pacificados, de sorte que é possível cunhar um conceito e descrever requisitos que são amplamente aceitos pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência.

Dinamarco[6] entende que o direito de ação não depende da existência do direito material, mas sim do preenchimento de certos requisitos formais chamados de "condições da ação". Entende o processualista que seria aplicável a teoria eclética, forjada por Enrico Túlio Liebman durante seu exílio no Brasil, refugiado da Itália fascista.

Compartilhou deste entendimento o ex-Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, ao incluir no texto do Código de Processo Civil o art. 267, IV, ficou claríssima a adoção do processo civil nacional à teoria eclética.

Cumpre aqui citar a posição de Alexandre Freitas Câmara, segundo o qual "a ação é uma posição jurídica capaz de permitir a qualquer pessoa a prática de atos tendentes a provocar o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional, existindo ainda que inexista o direito material afirmado."[7]. Vale ressaltar que esse autor entende que subsistem os requisitos,

---

[6] DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2010, p. 82.
[7] CÂMARA, Alexandre Antônio Franco Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 124-125.

mas que estes não dizem respeito à ação, e sim ao provimento jurisdicional, mais afinado com a doutrina processual alemã.

Entretanto, todos concordam que são pelo menos três as condições da ação ou requisitos do provimento final. Seriam eles a legitimidade para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

O interesse de agir está intimamente ligado à ideia de utilidade. Deve o processualista, para aferir o interesse, perquirir se o provimento jurisdicional será capaz de oferecer melhora na situação fática do indivíduo.

Parcela significativa da doutrina, capitaneada por Luiz Guilherme Marinoni[8], entende que o interesse de agir passaria pelo crivo de uma análise dupla. Devem coexistir a necessidade de obtenção da tutela e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional pretendida.

Já a possibilidade jurídica do pedido comporta a permissão, pelo ordenamento jurídico, de se formular o pedido pretenso. Em havendo vedação legal, o pedido é impossível. Se a lei é silente ou expressamente o prevê, o pedido é possível[9].

Prosseguindo, dentro do conceito estabelecido no primeiro item, tratar-se-á da ideia de processo. Existe, ainda nos dias atuais, dissenso na doutrina pátria sobre o que seria este elemento. A teoria predominante veio do jurista alemão Oskar von Bülow, no século XIX, a qual trata o processo como uma relação jurídica típica. Para o jurista alemão o processo se caracterizaria como uma relação jurídica intersubjetiva, dinâmica, de direito público e contendo seus próprios sujeitos e requisitos[10].

Dissecando um pouco o conceito germânico, a relação é intersubjetiva, pois se dá entre sujeitos. Predomina no país a ideia da relação triangular do processo, havendo deveres

---

[8] MARINONI, Luiz Guilherme *apud* NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 87.
[9] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *apud* NEVES, *op. cit.*, p. 85
[10] CÂMARA, *op. cit.*, p. 141.

recíprocos entre autor, réu e o juiz, este último representando a função jurisdicional do Estado.

Dinâmica, pois é uma relação criada e que se desenvolve em constante movimento, de sorte que cada petição, audiência ou intervenção já é considerada, por si só, um ato destinado a movimentar o processo.

Também possui inegável caráter público, e isto por dupla motivação. A primeira razão é que o processo se presta à função social pacificadora exercida pela jurisdição. A segunda razão decorre da primeira. Por ser uma função decididamente pública, o processo se desenvolve de acordo com circunstâncias e previsões determinadas em lei, havendo pouco ou nenhum espaço para que as partes possam malear esta relação. Do contrário, o processo perderia o seu caráter instrumental para se tornar malfadado veículo de prorrogação de conflitos existentes, ou serviria como arma nas mãos daqueles que pudessem influenciar o juiz.

Por fim, ao tratar dos sujeitos e requisitos próprios, Bülow[11] falava dos auxiliares da justiça e dos chamados pressupostos processuais. Enquanto não pairam grandes discussões acerca daqueles, quanto a estes existe divergência acerca da sua classificação. Mais salutar a doutrina de Dinamarco, Ada Pellegrini e Antônio Carlos de Araújo Cintra[12], os quais entendem que são pressupostos processuais "uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo.".

Ainda dentro do conceito tratado no começo do trabalho, faz-se necessário uma breve exposição sobre a noção de jurisdição. Pode-se dizer que jurisdição é o poder de dizer o direito. Para que isto seja um conceito, é necessário determinar quem é o destinatário desse poder e o que significa a expressão "dizer o direito".

---

[11] *Ibid.*, p. 141.
[12] GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 289.

O destinatário desse poder é o Estado. Ele que o exerce exclusivamente. Entretanto, a jurisdição é multifacetada, não sendo apenas um poder. Ela também envolve uma função e uma atividade. Poder, pois representa a capacidade de decidir imperativamente e impor o cumprimento destas decisões. Função, pois representa o encargo que os órgãos possuem de promover, de fato, a pacificação dos conflitos. Atividade, pois representa tudo que o juiz pratica durante o tramitar de um processo[13].

Já a atividade de "dizer o direito" possui características intrínsecas. Para Chiovenda, haveria duas: o caráter substitutivo e o escopo de atuação do direito. Caráter substitutivo vem, justamente, da justaposição entre a autotutela e a jurisdição. A sentença substitui o atuar da própria parte, o que seria nocivo para a vida em sociedade. Na mesma seara, Carnelutti entendia que esta atividade deveria sempre ser exercida com relação a uma lide[14]. É possível integrar as ideias italianas, formando um conceito mais amplo.

Portanto, jurisdição é o poder-dever que o Estado possui, o qual é exercido mediante a atividade dos juízes, visando à solução de uma lide como um escopo de atuação do direito, substituindo a autotutela naquela situação específica. É o conceito analítico de jurisdição, formulado pelo autor.

Necessária ainda a visão da defesa no processo. Essa, classicamente, constitui-se nos meios que o réu dispõe para resistir à pretensão autoral. O Código de Processo Civil atual comporta três modalidades de defesa, quais sejam, a contestação, a reconvenção e a exceção.

A contestação se presta, na lição de Alexandre Câmara[15], a realizar defesas de mérito e processuais. As defesas de mérito somente são realizadas nesta peça processual, advindo desta situação a sua importância e seu caráter essencial. As defesas processuais alegadas são sustentadas na forma de preliminares de mérito, e em geral dizem respeito a defeitos processuais graves. Estão elas previstas no art. 301 do Código de Processo Civil.

---

[13] *Ibid*., p. 131.
[14] CHIOVENDA, Giuseppe in. CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 132.
[15] CÂMARA, *op. cit*., p. 344

Na reconvenção, existe um verdadeiro contra-ataque. Nela, o réu formula pedidos em face do autor, possuindo caráter de ação independente. Em procedimentos menos complexos, essa figura subsiste em formato mais simplório, conhecido simplesmente como pedido contraposto.

Terceira modalidade de defesa, a exceção possui uma carga processual clássica de defesa em sentido amplo, visando atacar matéria de ordem processual. Com o Código de 1973 e a doutrina mais moderna, a exceção adota um aspecto um tanto diferenciado. Ela continua servindo para atacar questões processuais, mas estas são notoriamente menos graves do que as preliminares. No Direito atual, apenas duas exceções subsistem, quais sejam, a exceção de incompetência do juízo e o impedimento ou suspeição do juiz.

O último dos institutos verdadeiramente processuais que será visto é a coisa julgada. Apenas em uma conceituação geral, visto que maiores detalhes serão vistos à frente, pode-se dizer que coisa julgada é "A sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo."[16]. Embora esta seja apenas uma das facetas da coisa julgada, servirá como conceito nesta fase do trabalho e já elucida o objetivo de dar segurança ao processo que já esteja julgado por sentença.

Em linhas gerais, esses são os conceitos que são trazidos do processo civil para o processo coletivo. Trabalhar-se-á, agora, como esses institutos atuam no processo coletivo, dando o devido destaque àqueles mais controvertidos.

[16] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit*, p. 306

1.2.1 LEGITIMIDADE

A legitimidade é fruto de um desdobramento do interesse de agir, na visão de Dinamarco[17], pois revela que o provimento útil pretendido somente poderá ser pleiteado por aquele que extrairá algo da eventual sentença, em face daquele que poderá realizar a prestação intencionada.

Em virtude desta regra, o Código de Processo Civil insculpiu, em seu art. 6º, que ninguém poderá pleitear em nome próprio direito alheio, salvo quando previsto em lei. Pode-se traduzir este dispositivo asseverando que são legitimados para o processo aqueles que participam da relação de direito subjetivo discutida nos autos do mesmo. Entretanto, a simplicidade começa a se esvair ao se analisar os meandros de relações processuais mais complexas, envolvendo fenômenos ligados ao direito moderno.

Convém citar definição de Araken de Assis[18], o qual vislumbra a legitimidade como a "pertinência subjetiva da demanda", isto é, analisa-se a demanda no caso concreto, extraindo-se seus sujeitos e o que se pretende do Poder Judiciário. Quesita-se, então, se pode aquele indivíduo requerer de seu semelhante a prestação pretendida. Se a resposta for positiva, está presente a legitimidade. Se a resposta for não, surge um vício processual grave, que é a ausência de uma das condições da ação ou requisitos do provimento jurisdicional, conforme o entendimento adotado.

Passado esse primeiro estágio, cumpre demonstrar as várias formas de legitimação que existem, para então chegar na questão envolvendo processo coletivo. A primeira legitimação é a ordinária, a qual não comporta grande controvérsia. É legitimado aquele que participa da demanda, podendo demandar ou ser demandado em relação àquela situação jurídica específica. Assim, em simplório exemplo do Direito Civil, credor e devedor de uma dívida

---

[17] CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, *op. cit.*, p. *260*
[18] ASSIS, Araken de *apud* NEVES, *op. cit.*, p. *89*

são legitimados para figurar em eventual ação envolvendo o pagamento do débito. O credor será o legitimado ativo, isto é, aquele que pode ajuizar a competente ação e o devedor será o legitimado passivo, isto é, aquele em face do qual se pode requerer o pedido.

A legitimação extraordinária existirá quando terceiro pode ajuizar ação em nome próprio para defesa de direito que não lhe pertence. A doutrina mais clássica entende que só era cabível esta modalidade se houvesse expressa previsão legal. Pode-se citar como exemplo a investigação de paternidade, ajuizada pelo Ministério Público, protegendo interesse do menor desassistido, com base na no art. 2º da Lei n. 8560/1992.

Entretanto, Barbosa Moreira[19] entende que também ocorrerá legitimação extraordinária se a lógica do sistema assim permitir. Assim, para o emérito jurista, não somente os textos legais tratarão do caso, mas quando, pela análise da demanda, for possível que um dos membros ajuíze ação para defender direito alheio, ainda que não haja expressa disposição legal. Poder-se-ia olvidar aqui o exemplo do dependente de pensionista, que ajuíza ação contra o ente pagador do provento, pleiteando o aumento do valor da pensão paga. Não há previsão legal para que o dependente busque o Judiciário, mas pela lógica envolvida na situação existe evidente interesse que legitimaria, segundo a tese do grande jurista, a propositura da demanda.

Existem ainda dois fenômenos que possuem correlação com a legitimidade, quais sejam a substituição processual e a sucessão processual. Autorizada doutrina entende que a substituição processual não se confunde com hipótese de legitimidade extraordinária. Por variadas explicações, buscam diferenciar os institutos. Entretanto, maior parcela da doutrina trabalha como institutos sinônimos e não existe, ao menos *prima facie*, qualquer razão para tentar diferenciá-los. Neste, se trata de terceiro ao qual a lei conferiu legitimidade extraordinária para atuar no processo, de acordo com maior parte da doutrina[20].

---

[19] MOREIRA, José Carlos Barbosa *apud* NEVES, *op. cit.*, p. 89
[20] DINAMARCO, *apud* NEVES, *op. cit.*, p. 90

A sucessão processual também não é hipótese de legitimação extraordinária. Ela ocorrerá quando algum dos sujeitos é substituído, quando já formada a relação processual. É o exemplo clássico do art. 42 do Código de Processo Civil. Neste caso, já há um processo em curso e o sujeito que ocupa atualmente a função de parte sai do processo, para que então outro indivíduo entre em seu lugar.

Já a legitimidade ativa coletiva possui como características a concorrência, a disjuntividade e a exclusividade. Concorrente, pois qualquer dos legitimados capitulados pela lei poderá ajuizá-la. Disjuntiva, pois qualquer o ajuizamento da ação não depende a presença necessária de outro legitimado, sendo possível que apenas um o faça. Exclusiva, pois somente os entes definidos em lei ou sistema jurídico é que poderão ajuizá-la[21].

Esta exclusividade deve ser maleada em face do princípio da legitimidade ativa concorrente. O corolário diz que a legitimidade, em sede de processo coletivo, deve ser interpretada de forma aberta e flexível, sempre de sorte a tentar aumentar os legitimados ativos em sede de processo coletivo.[22]

Outro aspecto importante da questão da legitimidade coletiva ativa é a "representatividade adequada", instituto importado do direito norte-americano. Ada Pellegrini[23] explica com bastante clareza que esse pré-requisito diz respeito à "[...seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva...]", podendo ser ele aferido pelo juiz ou ser pré-determinado pela lei. Nos países de *civil law*, há uma forte tendência de que hajam definições em lei a serem observadas pelo magistrado, nos casos de grande abertura para legitimação ativa.

---

[21] GIDI, Antônio Carlos de Oliveira. Legitimación Para Demandar en las Acciones Colectivas. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1706531> . Acesso em: 09 fev. 2012.
[22] ALMEIDA, *op. cit.*, p. 134-135
[23] GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

Último aspecto importante sobre legitimidade coletiva é a ação coletiva passiva. Novamente, Ada Pellegrini[24] destaca que seria a ação promovida contra o grupo, e não pelo grupo. Embora pareça estranho em primeiro plano, basta lembrar das relações de trabalho e facilmente se vislumbra os sindicatos assumindo esse papel no polo passivo. Ainda não se nota uma experiência consolidada, nos países de *civil law*, quanto à este instituto. Talvez, com a maior experiência no ramo, seja possível que as legislações passem a regulamentar esse tipo de ação com maior clareza e vigor.

No Brasil, deve-se recorrer à legislação para ver que entes poderão ou não poderão ajuizar determinadas ações. Para tal, devemos consultar o microssistema de processo coletivo nacional, composto por diversas normas de forma integrada, sendo as quatro mais essenciais: a Constituição Federal; o Código de Processo Civil; a Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública; e a Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

Ao analisar esse microssistema, é possível extrair os órgãos que possuem legitimidade para a tutela coletiva, em evidente adoção da legitimidade coletiva ativa mista, onde é possível ver entidades privadas e públicas como legitimadas para o ajuizamento das ações coletivas.

Pode-se dizer que são eles: Ministério Público; os chamados entes públicos, assim entendidos a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista, e as Autarquias; as associações civis; OAB e Conselhos Regionais das variadas profissões; os Sindicatos; os Partidos Políticos; as Comunidades Indígenas; e a Defensoria Pública.

Serão abordados com maior extensão apenas o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações civis. Os demais legitimados, embora igualmente importantes, não registram controvérsias de maior monta que justifiquem análise pormenorizada.

---

[24] *Ibid.*, p. 239

Por opção do legislador, o legitimado ativo por excelência no Brasil é o Ministério Público, possuindo um papel primordial. A Constituição Federal, no art. 129, III, estabelece a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Esta disposição fora repetida no art. 5º, I, da Lei 7.347/85. A primeira das controvérsias já surge neste dispositivo, onde resta saber se seria possível para o *Parquet* realizar a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Teori Albino Zavascki[25], atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, entende ser possível esta proteção desde que haja a chamada repercussão social. Pela tese do Ministro, seria possível que o Órgão Ministerial atuasse toda vez que os interesses individuais homogêneos comprometessem "[...interesses sociais subjacentes.]". Compartilha deste pensamento Antônio Gidi.[26]

Ada Pellegrini[27] entretanto, elenca como um dos princípios informadores do Direito Processual Coletivo o princípio da legitimidade ativa concorrente ou pluralista. Pela análise *supra*, o autor concorda com a possibilidade de o Ministério Público atuar na defesa dos interesses homogêneos.

Cumpre citar uma terceira corrente, a qual nega a legitimidade do Ministério Público para atuar no caso da defesa dos interesses individuais homogêneos, pois não está elencado dentro de suas funções institucionais no art. 129 da Constituição Federal.

Uma quarta, e derradeira, corrente, que vem ganhando força nos Tribunais Superiores, entende que é possível a defesa dos citados interesses toda vez que houver repercussão social. Não existe, ainda, um conceito cunhado do que seja repercussão social, o que acaba levando a uma análise casuística. Em momento oportuno, ao se tratar da jurisprudência do tema, levantar-se-á os julgados sobre essa corrente.

---

[25] ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 251.
[26] GIDI, Antônio Carlos de Oliveira. Legitimación Para Demandar en las Acciones Colectivas. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1706531> . Acesso em: 09 fev. 2012.
[27] GRINOVER; WATANABE; MULLENIX, *op. cit.*, p. 237.

Outra importante questão sobre o Ministério Público é quanto à defesa do erário público. O STJ, em recente decisão, publicada no informativo 404, entendeu que a estrita defesa do erário público não pode ser objeto de ação coletiva ajuizada pelo MP, podendo somente ser feita pela própria Fazenda Pública prejudicada. Entretanto, de forma excepcional, se a Fazenda Pública restar-se inerte, poderá o MP fazer a estrita defesa do erário público, com legitimidade subsidiária. Também reserva-se uma análise mais detalhada para momento posterior.

Derradeiramente, cumpre salientar o papel fundamental do Ministério Público no processo coletivo, ante o que dispõe o art. 5º, §§1º e 3º da Lei 7.347/85. Os citados dispositivos explicitam que o Ministério Público atuará ou como parte ou como fiscal da lei nos processo coletivos (princípio da obrigatoriedade) e que caso haja desistência infundada da ação, deverá a instituição assumir o controle da mesma (princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva).

A inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados foi uma mudança salutar, promovida pelo legislador pela Lei 11.448/07. Importante que, tal qual o Ministério Público, esta inclusão se deu sem que houvesse qualquer restrição sobre as ações ou temas sobre os quais as intervenções poderiam versar.

Pela ilimitação expressa do artigo 5°, II, da Lei 7.347/85, Humberto Dalla[28] defende que a legitimidade da Defensoria, quanto ao objeto, é irrestrita: se a lei não condiciona, não pode o intérprete fazê-lo.

O mesmo autor também pondera que poderão haver entendimentos de que a legitimidade da Defensoria é condicionada, porque o art. 134 da Constituição Federal dispõe ser função institucional da Defensoria a defesa dos necessitados. Só seria cabível ação

[28] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF> . Acesso em: 03 fev. 2012.

coletiva para defesa de pessoas que se enquadrassem no conceito constitucional de necessitados.

Na mesma esteira, Humberto Dalla[29] ainda cita a possibilidade de pensamento que chegue a limitar a legitimação da Defensoria às ações coletivas que buscam proteger direitos individuais homogêneos, porque seriam os únicos direitos que poderiam individualizar os beneficiários, permitindo identificá-los como hipossuficientes financeiros, só assim dando cumprimento ao permissivo constitucional.

Os Tribunais Superiores vêm adotando a primeira corrente, entendendo que a legitimidade das Defensorias Públicas funcionariam sem estas restrições, o que permitiria um acesso à justiça mais amplo e uma melhor tutela e defesa dos interesses coletivos.

Apesar disso, existe em trâmite no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943/DF, a qual questiona essa extensa legitimidade que seria dada às Defensorias Públicas no rol dos processos coletivos, sobretudo nas ações civis públicas. Embora ainda não haja decisão, o parecer da Procuradoria-Geral da República entende pela impossibilidade desta extensão, argumentando que escaparia das funções do órgão, traçadas na Constituição.

Não obstante, em 2009 foi aprovada a Lei Complementar 132/09, que alterou o texto da Lei Complementar 80/94, esta a Lei Orgânica da Defensoria. A alteração colocou como funções institucionais da Defensoria Pública a promoção da ação civil pública e todas as ações que defendam interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A controvérsia, ao que parece, está longe de se aquietar.

Em que pese toda a discussão, a manutenção da legitimidade coletiva ativa para as Defensorias deveria ser mantida por uma questão de cidadania e respeito às pessoas que em tantas vezes contam com este órgão para solucionar seus litígios.

---

[29] *Ibid.*, p.23-24.

Por fim, a última entidade a ser avaliada em detalhes é a associação civil, que foi outra novidade introduzida pela Lei 11.448/07. O legislador, entretanto, não concedeu tanta abertura para os entes da sociedade civil. Estabeleceu dois requisitos essenciais: a pertinência temática e a pré-constituição.

A doutrina diverge quanto à colocação da pertinência temática dentro do sistema processual pátrio. Hugo Nigro Mazzili[30] defende que a pertinência é pressuposto processual, sem o qual não existiria relação processual. O próprio Gregório Assagra[31] discorda do posicionamento, entendendo que seria condição da ação, relacionada diretamente à legitimidade *ad causam*, aferida no processo coletivo e apenas para determinados entes.

Esse requisito se justifica para evitar que entidades sem qualquer correlação com a defesa de interesses coletivos os pleiteiem em juízo e criem desordem no Poder Judiciário, algo que seria um contra senso, em face de tudo que foi exposto aqui.

O requisito da pré-constituição determina que as associações deverão existir por pelo menos um ano antes do ajuizamento da demanda. Evidente, tal situação existe para evitar as ações oportunistas, ajuizadas por associações casuísticas, cuja criação muitas vezes seria motivada por um único motivo e, provavelmente, seriam dissolvidas após o trâmite do processo.

Equiparada à pertinência temática, a pré-constituição constituiria condição da ação, também aproximada à legitimidade *ad causam*, uma vez que as associações que não possuam o interstício legal não seriam legitimadas para o ajuizamento das demandas coletivas.

Existem ainda observações a serem traçadas sobre a coisa julgada para esta categoria de litigantes, mas estas serão feitas no próximo tópico.

Encerrada a análise dos aspectos mais relevantes sobre a legitimidade, passar-se-á a questão dos limites da coisa julgada.

---

[30] MAZZILI, Hugo Nigro, *apud.* ASSAGRA, *op. cit.*, p. 118.
[31] ASSAGRA, *op. cit.*, p. 119

1.2.2. COISA JULGADA

Um dos maiores problemas dentro do processo coletivo é justamente o instituto da coisa julgada. Essa assertiva se tornará mais clara quando se vislumbrar o instituto pela óptica da teoria geral do processo.

Cintra, Dinamarco e Ada Pellegrini definem a coisa julgada como sendo a sentença que não mais pode ser objeto de reforma por meio de recursos[32]. Essa definição é acompanha por Alexandre Câmara[33], o qual apenas ressalta que a irrecorribilidade também pode se dar pela perda do prazo recursal. Marinoni[34], inclusive, diz que a formação da coisa julgada é a preclusão máxima, tratando-se de fenômeno endoprocessual.

A definição do fenômeno da coisa julgada, portanto, soa unissonamente dentre os autores pátrios. Prolatada a sentença, quando o arsenal recursal se esgota, essa sentença transita em julgado e passa a ser a coisa julgada.

Interessante, porém, são os desdobramentos oriundos dessa situação. A coisa julgada passa a obter dois aspectos - formal e material. Estes aspectos possuem uma certa progressividade, incidindo na ordem em que foram colocados.

A coisa julgada formal impede a rediscussão da decisão no processo onde foi prolatada, enquanto que a coisa julgada material impede que sejam discutidos os efeitos provenientes desta decisão. Vale ressaltar, haverá a formação da coisa julgada material apenas nas decisões proferidas após cognição exauriente, não se prestando a cognição sumária a este papel.

Para evitar que ocorra novas demandas envolvendo coisas julgadas, existem dois critérios que podem ser empregados para a identificação e análise das demandas, evitando, portanto, que seja novamente levado ao Judiciário matéria já decidida.

---

[32]CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 306.
[33] CÂMARA, *op. cit.*, p. 483
[34] MARINONI *apud* NEVES, *op. cit.*, p. 492

O primeiro critério chama-se a *tria eadem*, ou a teoria das três identidades. Elucida Alexandre Câmara[35], em referência à Chiovenda, que as identidades se tratam das partes, da causa de pedir e do pedido. Isto é, haverá demandas idênticas toda vez que estes três elementos estiverem presentes nas duas demandas. Com isso, estando a primeira demanda julgada, a nova ação será extinta sem resolução do mérito, por incidência do efeito material da coisa julgada.

O segundo critério foi ventilado no direito pátrio por José Rogério Cruz e Tucci, acompanhando doutrina de Savigny, é chamado teoria da identidade da relação jurídica. Este critério, com viés mais forte no direito material, estabelece que não poderá haver repetição de demandas toda vez que a nova ação for decorrência lógica da primeira[36].

Clássico caso que ilustra essa teoria é do credor que ajuiza em face do devedor ação para declaração da existência de um crédito em seu favor. O juiz julga a causa e entende pela improcedência do pedido. Insatisfeito, o credor ajuiza nova ação em face do mesmo devedor, mas agora pede que seja paga a dívida. Apesar de não haver a tríplice identidade, a demanda já foi levada ao conhecimento do Judiciário, e que após um processo de cognição exauriente, entendeu inexistente a dívida. Permitir o ajuizamento da cobrança neste caso afrontaria a coisa julgada material.

Apesar de o Brasil no Código de Processo Civil ter adotado o critério italiano, conforme a leitura do art. 301, §2º, a jurisprudência tempera este entendimento, aplicando, quando necessário, o segundo critério, até pela própria manutenção da coesão sistemática.

Outra importante divisão é sobre a coisa julgada total e parcial. Quando o recurso interposto impugnar alguns dos itens da decisão, mas não todos, formar-se-á a coisa julgada no que tange aos itens não impugnados. Entretanto, se não há recurso ou se perde o prazo

---

[35] CÂMARA, *op. cit.*, p. 489

[36] TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 146-147.

deste, formar-se-á a coisa julgada de decisão integral. Diz-se parcial a coisa julgada no primeiro caso e total no segundo.

O aspecto mais polêmico envolvendo o tema é a questão dos limites. A coisa julgada comporta duas modalidades de limites - objetivos e subjetivos. Dinamarco[37] entende que os primeiros dizem respeito às partes da sentença acobertadas pela coisa julgada, enquanto os segundos são os indivíduos que serão alvo do instituto.

Na atual sistemática processual, como já era defendida por Barbosa Moreira[38] em tempos outrora, somente o dispositivo da sentença é que faz coisa julgada. Aliás, o próprio Código de Processo Civil, em seu art. 469 e inc., já explicita que os motivos, isto é, a fundamentação, a verdade dos fatos e as questões incidentais não fazem coisa julgada, portanto podendo ser discutidas novamente em outro processo.

Apesar da disposição um tanto prolixa do Código, outra não poderia ser a exegese da lei. A preocupação do instituto não é evitar as eventuais contradições lógicas que possam surgir, mas sim as práticas, isto é, decisões que produzam ordens conflitantes ou gerem efeitos conflitantes.

Ademais, existe uma questão probatória a qual circunda a cognição exauriente. Talvez determinado fato utilizado como fundamento na decisão não restou totalmente comprovado e o juiz entende por bem não considerá-lo, fato que não necessariamente ocorrerá em processo posterior, ainda que com as mesmas partes e o mesmo pedido.

Outra questão é a da chamada relativização dos limites objetivos da coisa julgada, o que na lição de Alexandre Câmara[39] significa "[...que se volte a discutir aquilo que fora decidido pela sentença transitada em julgado.]". Embora a situação seria digna de ter um trabalho exclusivo para si, a presente obra abordará o tema, superficialmente, por questões de completude.

---

[37] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 308-312.
[38] MOREIRA, *apud* NEVES, op. cit., p. 499.
[39] CÂMARA, *op. cit.*, p. 491.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco[40], os processualistas cingem-se em dois grandes blocos na discussão do tema. A primeira corrente, entende ser totalmente incabível a relativização dos limites objetivos da coisa julgada.

Entende essa corrente ser a coisa julgada garantia constitucional, chegando inclusive alguns a sustentar que seria garantia fundamental. Relativizar os limites, portanto, seria negar vigência a uma garantia de aplicação imediata, pelo constante do art. 5º, §1º da Constituição Federal, e que possui enorme relevância, ante ser fundamental. Relembre-se, as garantias fundamentais estão sob a égide da cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidas, salvo com uma nova Constituição.

O problema que advém desta primeira corrente é a possibilidade de se impedir o exercício de um direito fundamental tendo como base uma garantia fundamental. Isto é, quando o processo em análise tratar de outro direito fundamental, a coisa julgada, que deveria ser utilizada para proteger estes direitos fundamentais, na verdade acabaria negando-os vigência, ao argumento de manter uma coesão judiciária.

Já a segunda corrente entende que seria cabível a relativização toda vez que a sentença incorrer em grave injustiça. A grande objeção que se faz a esta corrente é que não há um parâmetro objetivo para se falar em grave injustiça. O conceito é deveras amplo, e se for aplicado poderá conduzir à um verdadeiro caos judiciário, já que a relativização dos limites objetivos da coisa julgada se dará de acordo com o entendimento privado de cada magistrado.

Seria possível, no plano teórico, unir as duas correntes, criando uma corrente intermediária. Diria esse pensamento que não cabe a relativização dos limites objetivos da coisa julgada, exceto quando o caso versar sobre direitos ou garantias fundamentais, cabendo uma ponderação de interesses toda vez que a coisa julgada negar vigência à eles. É o que o autor, ousadamente, chama de teoria da relativização adequada.

---

[40] DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. Disponível em: <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf> . Acesso em: 03 fev. 2012.

Portanto, a coisa julgada serviria ao seu propósito original, como garantia fundamental, que é justamente a proteção dos direitos fundamentais. Não faz sentido ter uma garantia quando esta nega vigência a um direito. Metaforicamente, seria como ter um revólver o qual atira para trás, ferindo o próprio usuário.

Posta a opinião do autor, deixar-se-á essa discussão de lado para tratar dos limites subjetivos da coisa julgada, isso é, quem será afetado pela decisão que transitou em julgado. O art. 472 do Código de Processo Civil estabelece que serão alvos da coisa julgada as partes no processo, excluindo os terceiros. Aqui cabem alguns comentários.

A regra estipulada pelo diploma, portanto, é a dos efeitos *inter partes* da coisa julgada, que acaba sendo o norte em sede de tutela individual. A questão principal é relativa aos terceiros. Em primeira análise, dizer que o terceiro não é englobado pela coisa julgada não é uma assertiva de todo correta.

Cruz e Tucci[41] assevera que os terceiros desinteressados sofrerão os efeitos naturais de uma sentença, mas eles não terão qualquer vínculo com a coisa julgada. Somente as partes e os terceiros que eventualmente tenham intervido no processo em estado equiparável ao de parte é que sofreriam esta vinculação. Por conta deste requisito, afasta-se o assistente simples, já que ele atua como mero terceiro e não pratica qualquer ato que o aproxime do conceito de parte.

O sistema, entretanto, comporta duas exceções clássicas: os sucessores e os substituídos. Os sucessores, advindos do instituto já abordado da sucessão processual, eles acabam assumindo direitos e obrigações do sucedido e, portanto, a vinculação à coisa julgada também se transmite a eles. Já os substituídos, provenientes do instituto da substituição processual, possuem seus direitos defendidos em juízo por terceiros, os substitutos, e por conta disso admite-se a extensão da vinculação à coisa julgada para eles.

---

[41] TUCCI, *apud.* NEVES, *op. cit.*, p. 500

Pode-se dizer que a vinculação à coisa julgada dependerá de um destes requisitos, exigidos alternativamente: a titularidade do direito ou a intervenção no processo na qualidade de parte. Presente um ou outro, surgirá a ligação.

Antes da abordagem da coisa julgada coletiva, vale ressaltar outro importante exemplo que foge à regra de vinculação *inter partes*, qual seja, a questão da dívida solidária. A dívida solidária, pela regra do art. 274 do Código Civil, pode ser integralmente executada por qualquer dos credores em face de qualquer dos devedores. O julgamento neste caso afetaria todos os credores, ainda que não participantes do processo, pois existe uma regra de direito material que os vincula, servindo o provimento jurisdicional apenas para efetivar esta regra.

Nesse caso, a técnica para determinar os limites subjetivos da sentença é denominada *secundum eventum litis*, isto é, a vinculação dos indivíduos à coisa julgada dependerá do resultado da demanda. Se julgada procedente, ainda que todos os credores não componham o polo passivo, a todos aproveitará a sentença e poderão promover a execução. Se julgada improcedente, os demais ainda poderão ajuizar a demanda em face inclusive do mesmo devedor que fora réu na demanda infrutífera.

Dito isso, passa-se à questão que realmente interessa para o processo coletivo, que é a coisa julgada coletiva. Atualmente, a questão é tratada por três dispositivos legais: o art. 18 da Lei 4.717/65, Lei da Ação Popular; o art. 16 da Lei 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública; e o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Embora o microssistema será abordado em momento próprio, convém antecipar o caráter residual que o Código de Defesa do Consumidor adota, só sendo aplicável caso não haja disposição expressa nas demais leis que tratam de ações coletivas. Justifica-se isso em observância ao princípio da especialidade e à questão destas leis preverem procedimentos especiais, os quais tem aplicabilidade obrigatória.

Por conta disto, Humberto Dalla[42] e Aluísio Gonçalves[43], referindo-se à doutrina processual quase totalitária defende que existem três formas de se analisar a coisa julgada coletiva: conforme a Lei da Ação Popular; conforme a Lei da Ação Civil Pública; e conforme o Código de Defesa do Consumidor.

A problemática em relação à coisa julgada coletiva são os seus limites. O limite objetivo não comporta controvérsia, replicando-se a regra do Código de Processo Civil, só fazendo coisa julgada o dispositivo. Os limites subjetivos, entretanto, comportam variação conforme o diploma legal e a espécie de direito defendido na ação.

Na ação popular, que será analisada com mais afinco em momento oportuno, o art. 18 da Lei 4.717/65 estipula que a coisa julgada se operará *erga omnes*, salvo na hipótese de improcedência por ausência de provas. Para Alexandre Câmara[44], Ada Pellegrini[45], Teori Zavascki[46] e Daniel Assumpção[47], trata-se de coisa julgada *secundum eventum litis*, onde o resultado da demanda determina seu alcance. Gregório Assagra[48], entretanto, entende que a sentença de improcedência por ausência de provas será *secundum eventum probationem*.

O Brasil adota o primeiro critério, mas de forma a beneficiar o grupo. Isso significa que a procedência aproveitará aos indivíduos, ainda que não tenham sido ativos ou que sequer conheçam da ação; já a improcedência por falta de provas permite o novo ajuizamento, de forma a não prejudicar o grupo por conta daquele autor ou causídico inexperiente, ineficiente ou simplesmente de má-fé. Ademais, não há na improcedência, mesmo que após o probatório, obstáculo para que o indivíduo ajuize ação com base em tutela individual.

---

[42] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MARTINS, Guilhmere Magalhães. Algumas Considerações Sobre a Lei da Ação Popular. Disponível em: < http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acao_popular.pdf> . Acesso em: 03 fev. 2012.
[43] MENDES, *op. cit.*, p. 259-270.
[44] CÂMARA, *op. cit.*, p. 509.
[45] CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, *op. cit.*, p. 312.
[46] ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 108.
[47] NEVES, *op. cit.*, p. 502.
[48] ASSAGRA, *op. cit.*, p. 200.

Na Lei da Ação Civil pública, o disposto na Ação Popular é praticamente repetido. Entretanto, o legislador agora inclui no dispositivo que a coisa julgada só fará efeito nos limites da competência territorial do órgão prolator.

A interpretação literal deste disposto, constante no art. 16 da Lei da Ação Civil pública, geraria dois problemas. O primeiro seria a incompatibilidade entre o instituto da coisa julgada e a limitação territorial interna da sua eficácia, quer dizer, a coisa julgada prolatada na Comarca "A" não valeria para a Comarca "B", pois estaria fora do seu limite territorial.

O segundo é o distanciamento indesejado da tutela coletiva, pois é justamente a transindividualidade constante nos direitos genericamente chamados coletivos que faz extensa a abrangência da coisa julgada. Se há uma limitação territorial, o instituto acaba esvaziado.

Teori Zavascki[49] entende que o dispositivo há de ser interpretado de forma sistemática e histórica. Argumenta o Ministro que ele não estaria presente na redação original da Lei 7.347/85, sendo adicionado por reforma realizada na Lei 9.494/97, criando o art. 2º-A. Ainda segundo este autor, o citado dispositivo explicita de forma mais clara o intento do legislador, ao estipular que somente os associados com domicílio nos limites da competência territorial do órgão prolator da decisão serão beneficiados por esta em ação ajuizada por associação civil.

Prossegue o autor estatuindo que a limitação imposta é à sentença, e não à coisa julgada e que somente no caso das associações tal limitação faria algum sentido, já que neste caso o que se vislumbra são várias relações jurídicas distintas, reunidas em sede de processo coletivo apenas por conveniência processual. Para o Ministro, a aplicação do dispositivo se limita às ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, pois de todos os direitos tidos como coletivos é o único que admitiria essa cisão.

---

[49] ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 80-81

Existe outra corrente, entretanto, capitaneada por Nélson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery[50], que entende ser ineficaz a medida. Em uma interpretação teleológica do sistema, aplicam os arts. 18 da Lei da Ação Popular e 103 do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública por conta do seu próprio art. 21. Como já visto acima, a Lei da Ação Popular não cria esta limitação territorial, e portanto a alteração introduzida seria ineficaz.

Gregório Assagra[51] vai além, entendendo ser a medida inconstitucional, por violar o disposto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, além de violar outros princípios ínsitos ao processo, tais como o direito de ação e o princípio da proporcionalidade.

Apesar destas vozes da doutrina, a jurisprudência vem entendendo com tranquilidade pela aplicação do dispositivo, limitado somente às associações civis, conforme será visto adiante.

A última visão da coisa julgada, que é aplicada genericamente para as demais ações de cunho coletivo, é a do Código de Defesa do Consumidor, tratada nos arts. 103 e 104 da Lei 8.078/90. A lei estipula três critérios diferenciados, conforme a natureza do direito discutido na ação coletiva.

Para os direitos difusos, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, repetindo-se o disposto na Lei da Ação Popular, para onde se remete para os devidos comentários. Apenas adicione-se que o legislador inseriu norma no art. 103, §1º, determinando que a coisa julgada coletiva não prejudicará os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

Para os direitos coletivos, a sentença faz coisa julgada *ultra partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe substituído, exceto se houver improcedência por insuficiência probatória,

---

[50] ASSAGRA, *op. cit.*, p. 202-203
[51] *Ibid.*, p. 202-203

caso onde será possível ajuizar nova ação com novas provas ou buscar a tutela individualmente.

O critério *ultra partes* faz entender que a sentença vinculará aqueles que não foram partes no processo. Entretanto, esse critério possui uma limitação, que no caso dos direitos coletivos é o grupo, categoria ou classe representada pelo ente legitimado que ajuizou a ação.

No que tange aos direitos individuais homogêneos, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, apenas se houver procedência e para beneficiar as vítimas e seus sucessores. Daniel Assumpção[52] entende que a redação estaria equivocada, sendo mais correto ter o legislador se valido do critério *ultra partes*. Porém, a diferenciação é meramente teórica, sem consequências práticas.

Aqui é que se faz a maior crítica, por conta do art. 103, §2º, que determina, no caso de ações coletivas ajuizadas com base em direitos individuais homogêneos, a improcedência do pedido não gerará para os interessados que não interviram no processo como litisconsortes impedimento de ajuizar as ações individuais.

Há também o disposto no art. 104, o qual determina que a coisa julgada não beneficiará os autores das ações individuais se estes não requererem a suspensão da ação individual já ajuizada, com prazo preclusivo de trinta dias a contar da ciência, nos autos, do processo coletivo.

O problema destes dispositivos é o verdadeiro desestímulo ao uso do processo coletivo como meio hábil para solucionar as controvérsias de direitos individuais homogêneos. Se o indivíduo ingressa no processo coletivo e há improcedência, não poderá ajuizar ação individual, por conta do art. 103, §2º. Se o indivíduo não ingressa e dá seguimento à sua ação individual, poderá sofrer com uma improcedência e não ser beneficiado pela coisa julgada coletiva, por força do art. 104, parte final.

---

[52] NEVES, *op. cit.*, p. 502

Na prática, a lei beneficia a inércia e prejudica a diligência. Aquele indivíduo que restou parado e não buscou a defesa dos seus direitos em tempo hábil poderá vir a ser beneficiado por uma sentença coletiva, e aqui não há problema algum. O problema é com relação ao indivíduo que resolveu buscar a defesa dos seus direitos e que poderá ser penalizado ou com a improcedência em sede coletiva ou com a suspensão do seu feito até que se julgue o feito coletivo.

Na opinião do autor deste trabalho, deveriam os dispositivos serem objeto de reforma, para estimular a litigância coletiva, no sentido de permitir que os autores de ações individuais que já estejam em curso durante o ajuizamento das ações coletivas sejam beneficiados por eventual sentença coletiva de procedência.

Assim, não haveria necessidade da suspensão da ação individual e, caso houvesse a procedência em sede coletiva, poderia o autor da ação promover a habilitação na execução de imediato, desistindo da ação individual, gerando a extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VIII do Código de Processo Civil.

Portanto, tramitariam em paralelo as ações individual e coletiva. Sendo a coletiva julgada primeiro, pela regra da coisa julgada *secundum eventum litis*, analisar-se-ia a sentença proferida. Se for de procedência, o autor poderá requerer a habilitação e já promover o cumprimento se desistir da sua ação individual. Sendo de improcedência, a decisão não terá qualquer efeito no processo individual, que já terá tido sua marcha normalmente, sem suspensão.

No entanto, sendo o processo individual julgado primeiro, o autor estaria automaticamente excluído do processo coletivo, pois a cognição exauriente, comum aos processos de conhecimento individuais, já terá analisado a matéria exaustivamente, concluindo o magistrado pela procedência ou não pedido. Sendo o pedido julgado procedente, passa-se ao cumprimento de sentença normalmente. Contudo, sendo improcedente, não caberá

a este autor o ingresso no feito coletivo pois o caso dele já terá sido analisado por um juízo de certeza, na maior amplitude buscada pelo processo.

Nesse quadro, pelo menos, haverá apenas um risco para o autor e este não perderá anos com um processo suspenso, podendo eventualmente ter essa suspensão sido completamente inútil e atentando frontalmente à ideia de instrumentalidade do processo.

Com essas considerações essenciais sobre a coisa julgada, passar-se-á à questão da substituição processual.

1.2.3. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

Vista a questão da legitimidade e da coisa julgada, passar-se-á a uma breve análise acerca do fenômeno da substituição processual em sede de processo coletivo. O tema não traz consigo grande controvérsia, mas para uma boa compreensão se torna útil sua análise.

A substituição poderá se operar em três situações: quando do ajuizamento da demanda; no curso do processo, inclusive em fase recursal; na execução do título judicial.

Evidente, para a primeira hipótese, somente ocorrerá substituição se entender-se que a tutela coletiva é mera classificação da tutela em sede processual civil, posição clássica sustentada pela doutrina mais tradicional.

Para esse posicionamento, ainda com grande força no país, a tutela coletiva encaixa-se apenas como uma das diversas classificações de tutela feitas no processo civil. Os órgãos que recebem legitimidade ativa, em verdade, são legitimados extraordinários, pois não são os titulares dos direitos que serão discutidos na demanda. Assim sendo, atuam como substitutos processuais dos titulares, ajuizando a ação e defendendo seus interesses no lugar deles, operando-se a substituição processual nos termos do art. 41 do Código de Processo Civil.

Entretanto, outra corrente, a qual vem sendo defendida nesta pesquisa, entende que o processo coletivo já possui condições de ser um ramo autônomo do Direito. Sorverá da Teoria Geral do Processo a maioria de seus conceitos e aspectos, mas com uma roupagem nova e sujeita a princípios informadores distintos. Esse aspecto, enfatiza-se, fora defendido *supra*, no tópico que trata sobre a legitimidade. Para essa doutrina, a legitimidade coletiva ativa, se prevista em lei, seria ordinária, não havendo que se falar em substituição processual neste caso.

O segundo caso é comum em ambas as correntes. Acontecerá quando, no curso de qualquer demanda coletiva, o órgão que originariamente ajuizou a ação sai do polo ativo,

deixando-o vago. Neste caso, pela atual sistemática, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá o controle da ação, como se vislumbra no art. 5º, §3º da Lei 7.347/85. Evidente que, pelo princípio da disponibilidade motivada, a renúncia ou abandono que justifiquem a substituição deverão ser infundados, como defende Gregório Assagra[53]. Em havendo justificativa, nos casos de instituições públicas como o Ministério Público e a Defensoria Pública, poderá o juiz aplicar, analogicamente, o art. 28 do Código de Processo Penal, submetendo a desistência ao Chefe da respectiva instituição.

Importante frisar que o que se pretende com esse princípio é evitar a extinção do processo sem resolução do mérito, nas hipóteses do art. 267, II ou III do Código de Processo Civil, ou ainda que as causas coletivas, dada sua importância, sejam relegadas a um plano menor, onde o abandono não teria condições de gerar maiores consequências. Ademais, não é possível, pelo princípio, a ocorrência de perempção nas ações coletivas.

Se a renúncia é fundada e não se trata de órgão público, aqui considerado em sentido *lato*, poderia o juiz ainda determinar a intimação dos demais legitimados para que algum deles desse seguimento à demanda. Adotando a instrumentalidade como norte no processo contemporâneo e pela indisponibilidade da ação coletiva ante a sua importância, a extinção sem resolução do mérito deve ser situação sempre a ser evitada. Frise-se, este posicionamento é do autor.

Uma outra questão quanto à essa substituição é se haveria dependência de previsão legal, em aplicação literal do art. 41 do Código de Processo Civil. Pensando-se com os princípios da máxima efetividade da tutela coletiva, da máxima amplitude da defesa dos interesses coletivos e da legitimidade pluralista[54], seria um total contrassenso a necessidade de aguardar uma previsão legal para que se possa determinar a substituição. Assim sendo, aplicando estes princípios, não haveria necessidade de previsão legal para que fosse

---

[53] ALMEIDA, Gregório Assagra de. *op. cit.*, p. 36.
[54] *Ibid.*, p. 35-37

determinada a substituição, apenas devendo ser observadas as regras de legitimidade ativa discutidas anteriormente.

Na questão recursal, tendo em vista o instituto do recurso do terceiro prejudicado, não seria nem necessário que o juiz determinasse a intimação para continuidade do processo. Bastaria que a entidade, comprovando sua legitimidade, recorresse quando o autor não fazê-lo e o juiz estaria apto a receber este recurso.

Aproveita-se o ensejo para afirmar, sem grandes pormenores, que na questão da intervenção de terceiros aceita-se a assistência, seja comum ou litisconsorcial, a nomeação à autoria, para os casos do réu não ser o legitimado, e o recurso de terceiro prejudicado, justamente para evitar que determinada causa não tenha chance de ser revista por um descuido do autor da demanda.

A questão da execução em ação coletiva também não traz grande tormenta. Apenas aproveitar-se-á para explicitar como pode se dar a execução do título judicial em sede coletiva.

Executa-se a sentença coletiva de duas formas. Poderá ser uma execução coletiva, promovida pela própria entidade autora da demanda ou qualquer legitimado, ou individual, proposta pelos indivíduos beneficiários daquela sentença.

O primeiro caso geralmente se reserva para as ações que cuidam de direitos difusos, visto a impossibilidade de determinação dos beneficiários. O resultado da execução, que se processará na modalidade do Código de Processo Civil, será revertido em favor de um fundo que tutela direitos difusos e, a partir daí, em favor da comunidade. Alternativamente, se não se tratar de interesses difusos, poderá a execução ser coletiva e os interessados ou buscarem o fundo após e, comprovando que foram beneficiados com aquela tutela, receber a importância ou se habilitarem diretamente na execução coletiva, onde já receberão a parte que lhes é devida.

Na segunda situação os próprios beneficiados, munidos da sentença, ajuizarão ação executiva em que comprovarão que fazem parte da categoria ou grupo agraciado para então receberem a parte que lhes cabe. O importante de salientar na questão da execução é que o valor deverá sempre ser repartido entre os beneficiários, de certo que todos sempre recebam a parte da indenização que lhes é cabível.

Na fase executória do processo, poderá haver também a substituição processual entre os legitimados, sem que com isso haja qualquer nulidade, seguindo-se a mesma lógica do fase de conhecimento.

Com essa breve análise sobre o tema que não comporta muitas problemáticas, encerra-se esta etapa do trabalho, e passar-se-á à exposição sobre o fenômeno da litigância de massas, para que então seja possível tratar do processo coletivo no Brasil.

1.3 O FENÔMENO DA LITIGÂNCIA DE MASSAS

A litigância de massas é um fenômeno de ordem judiciária que vem ocorrendo em praticamente todo o mundo ocidental a partir da década de 1980, muito impulsionado pelo direito do consumidor. Pode ser definido como a vinda exacerbada de pessoas ao Judiciário buscando solução às lides e que, atualmente, acaba sendo o pivô de várias problemáticas envolvendo políticas judiciárias, processo coletivo e morosidade da Justiça.

Em breve histórico, o direito do consumidor surge através de uma necessidade do mundo pós-guerra da Segunda Guerra Mundial. Especialmente influenciado pela ideia norte-americana do *Welfare State*, muitos países começaram a questionar a forma como as relações de consumo se davam e a compreender que, embora fossem tratadas como relações comuns de direito civil, possuíam peculiaridades suficientes para ser entendidas de forma distinta.

Como decorrência disso, o Governo dos Estados Unidos da América começou a intensificar as competências de órgãos de tutela de direitos do consumidor e a aprovar leis que cuidavam deste tipo de assunto. Uma das primeiras leis a ser editadas foi a *Consumer Credit Protection Act*, de 1968. A partir deste marco, diversas outras leis esparsas foram editadas com objetivo de tutelar os interesses dos consumidores.

A autora norte-americana Deborah R. Hensler[55], que atualmente é diretora do *Stanford Center on Conflict and Negotiation* e professora na *Stanford Law School* classifica três momentos onde a litigância de massas teve uma explosão nas Cortes dos Estados Unidos.

O primeiro momento ocorreu na década de 1970, com diversas ações versando sobre a área de seguros, muito influenciadas pela *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure* de 1966 que regulamentou as *class actions* nos Estados Unidos.

---

[55] HENSLER, Deborah R. The Globalization of Mass Litigation. Disponível em: <http://www.rand.org/publications/randreveiw/issues/summer2004/40.html> . Acesso em: 14 fev. 2012.

Depois, na década de 1980, as ações sobre tabaco, asbesto e contra as indústrias farmacêuticas, essas últimas em especial por conta de contraceptivos, se tornaram frequentes e são atualmente considerados os casos clássicos de litigância de massas.

Na década de 1990, veio o último e ainda atual surto de litigância de massas, impulsionado pelos consumidores, focando não somente os casos anteriores, mas incluindo no rol as indústrias de armamentos, *fast food* e *managed care*, que poderiam ser vistas como a forma norte-americana de conceber os planos de saúde.

O fenômeno que, inicialmente, era norte-americano, começou a se difundir pelo mundo, impulsionado por dois fatos distintos: o intercâmbio entre os profissionais do Direito, em muito facilitado pelo advento da *Internet*; e a melhora mundial no padrão de vida, o que faz as pessoas se arriscarem menos e reduz a sua tolerância pelas práticas comerciais questionáveis.

No Brasil, a experiência da litigância de massas teve seu início de forma similar à norte-americana, com o Código de Defesa do Consumidor, aprovado pela Lei 8.078/90. Com esta Lei, começaram a surgir uma multitude de ações judiciais, questionando as práticas comerciais realizadas, alvejando várias empresas do setor privado.

Com as privatizações promovidas no final da década de 1990 e início dos anos 2000, diversos serviços que eram prestados por empresas públicas e sociedades de economia mista passaram a ser realizados por concessionárias. Esse fenômeno renovou a onda de litigância de massas no país, que passou a ter como principais alvos as concessionárias de serviços públicos, as instituições financeiras e as grandes empresas do varejo.

Vários fatores concorrem para a ocorrência da litigância de massas, e circunstâncias essas das mais variadas origens, indo desde fatores geográficos até a questões sociais e filosóficas. A pesquisa não esgotará essa discussão. Entretanto, fará uma breve introdução sobre o tema.

Na geografia, o fator mais evidente é o aumento populacional, uma vez que com mais pessoas existirão mais relações e haverá maior chance de que ocorra um litígio. Contudo, não se pode deixar de lado a questão do acesso e melhoria na qualidade do ensino, que tem contribuído para que a população comece a ter ciência dos seus direitos e de como perscrutá-los.

Ainda é interessante levantar a questão dos cursos jurídicos no país, que tiveram grande crescimento a partir de meados da década de 1990. Por fim, outro aspecto geográfico importante é a hipertrofia do setor terciário e a macrocefalia urbana, fenômenos tipicamente de países em desenvolvimento.

Antes de definir esses conceitos, porém, é necessário uma breve exposição sobre a distribuição da economia em setores. Entende-se como o setor primário a agricultura e o extrativismo, hoje incluindo também o agronegócio; o setor secundário constitui a indústria e a construção civil; o setor terciário engloba o comércio e a prestação de serviços.[56]

Pela própria gramática do conceito, a hipertrofia do setor terciário se caracteriza pelo grande número de profissionais que trabalham na área de comércio e prestação de serviços. O setor possui dois grandes atrativos, quais sejam, a sempre existente demanda pelos bens e o baixo custo para a implementação do negócio, se comparado aos outros dois setores.

Já a macrocefalia urbana constitui o acúmulo de funções dentro de uma ou algumas cidades de maior importância, criando uma rede urbana frágil e sem sustentação[57]. Essa concentração aumenta o custo de vida e os insumos necessários à economia, afetando diretamente os serviços judiciários.

---

[56] As informações foram retiradas do sítio do SEBRAE, disponíveis em <http://www.sebrae.com.br/customizado/sebrae/institucional/grandes-setores-de-atuacao/os-tres-pilares-da-economia-brasileira>. Acesso em 15 fev. 2012.

[57] ANDRADE, Thompson Almeida; SERRA, Rodrigo Valente; SANTOS, Denis Paulo dos. Pobreza nas cidades médias brasileiras. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/cidadesmediabrasileiras/introducao.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2012.

Na questão judiciária, o principal fator que contribuiu para a litigância de massas foi o acesso à justiça e ausência de medidas em sentido similar para solucionar as causas. A partir da Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, várias medidas foram tomadas para facilitar o ingresso no Judiciário. As medidas mais importantes que podem ser destacadas são: a criação do microssistema dos Juizados Especiais; o fortalecimento da Defensoria Pública enquanto órgão integrante do sistema judiciário; e as diversas reformas legislativas que surgiram para aumentar a noção de instrumentalização do processo.

O sistema dos Juizados Especiais, inaugurado pela Lei 9.099/95, pressupõe uma prestação jurisdicional rápida, calcada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, conforme enumera o art. 2º da citada Lei. Ainda tem como objetivo principal a conciliação ou transação. Fica notória a vontade do legislador em criar um sistema ágil, que consiga a solução rápida dos litígios que sejam levados ao Judiciário.

Observa-se outros três aspectos de maior relevância deste sistema: a limitação de valor da causa em até 40 salários mínimos, o que denota que os Juizados se prestam à solução de controvérsias de menor complexidade; a desnecessidade do pagamento de custas em julgamento de primeira instância, o que gera um grande atrativo na busca pelo sistema; e a simplicidade recursal, que prevê recurso somente das sentenças, não havendo recurso das decisões interlocutórias, o que gera uma solução mais ágil dos processos.

A popularidade desse sistema foi tamanha que atualmente ele responde por uma parcela significativa da movimentação processual do país. Em pesquisa realizada em 2006 pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, fora constatado que o Rio de Janeiro possui cerca de 79% das ações tramitando perante os Juizados Especiais como causas consumeiristas[58]. Basta dizer que o relatório "Justiça em Números", realizado pelo Conselho

[58] BRASIL. Presidência da República. *Pesquisa Nacional sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2006.

Nacional de Justiça, explicita que mais da metade da movimentação processual nacional de Primeiro Grau e Juizados Especiais concentra-se nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo[59].

Apenas pontue-se que, atualmente, os Juizados Especiais respondem por uma parcela significativa da movimentação processual nacional.

As Defensorias Públicas também ganharam força renovada a partir de 1988. O art. 134 da Constituição Federal estabelece a essencialidade da instituição, determinando que a ela incumbe a defesa e orientação jurídica dos necessitados. O atual parágrafo primeiro consagra a sua regulamentação por Lei Complementar, atualmente a Lei Complementar 80/94. E o atual parágrafo segundo, incluído pela Emenda Constitucional 45/04, prestigia os princípios da autonomia funcional e administrativa. Percebe-se que a atual ordem constitucional dá grande importância à Defensoria Pública enquanto instituição filiada à advocacia, enquanto exercida como *munus público*.

O impacto causado por esse fortalecimento é a essencialidade da instituição, aliada à uma advocacia de qualidade, oferecida gratuitamente ao cidadão comum. Se conjugado com o sistema dos Juizados, o cidadão pode buscar a Defensoria Pública para ajuizar uma ação no Juizado sem necessidade de pedido de assistência judiciária da Lei 1.060/50 e de forma totalmente gratuita. Isto gerou um grande atrativo para o ajuizamento de demandas, contribuindo para multiplicar o surgimento de casos novos.

Como tópico final na área judiciária, muitas contribuições também foram dadas na seara legislativa. As reformas sofridas pelo Código de Processo Civil, que está em vias de ser completamente alterado ante o Projeto do Novo Código de Processo Civil, contribuíram substancialmente para o acesso à justiça. Podemos dividir estas reformas em três grandes blocos, de maior notoriedade.

---

[59] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2010*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2011

O primeiro grupo, das reformas de 1994-1995, trouxe o instituto da antecipação de tutela para o procedimento comum e promoveu reformas no recurso de agravo, trazendo a figura do agravo retido.

O segundo grupo, de 2001-2002, volta a tratar da antecipação de tutela e das modalidades recursais, trazendo também o enrijecimento das sanções cabíveis para o descumprimento de ordens judiciais.

O terceiro grupo, de 2005-2006, trabalha novamente a questão recursal, mas também cria o cumprimento de sentença, reservando o processo de execução apenas para os títulos executivos extrajudiciais, além do julgamento antecipadíssimo da lide, corporificado no art. 285-A. Este dispositivo permite que o juiz julgue improcedente a ação distribuída, desde que a matéria seja exclusivamente de direito e houver sido proferida sentença de mesmo teor em casos idênticos.

Com essas questões judiciárias, foram criadas facilidades para o ingresso em juízo e, especialmente, sem custo direto para o cidadão, o que contribui para a massificação das demandas.

Entretanto, deve-se lembrar que o processo é um ente cultural, e ele existe e se molda de acordo com uma determinada realidade social, econômica e, porque não, filosófica. Muito se discute na filosofia contemporânea a chamada "crise de valores"[60].

Esse fenômeno preconiza, em definição dada pelo próprio autor, a existência múltipla de linhas de pensamento mutuamente excludentes sobre a ética, ocasionada pelo pluralismo ético, cultural e religioso vivido pela sociedade contemporânea. A evolução da sociedade

[60] “Crise de valores” é um termo utilizado de forma recorrente na história da filosofia para designar períodos onde não haja uma forma única na construção da moral ou da moralidade de determinados grupos. No campo do Direito, recomenda-se a leitura de Fábio Konder Comparato, escritor muito afeto à filosofia do direito, em especial o artigo “Papel do jurista num mundo em crise de valores”, contido na obra “Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil e Direito à Informação. Org. por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 110-135 .”

gerou uma gama tão diversificada de valores que o indivíduo passa a não mais ter um único norte, podendo enveredar para qualquer destas linhas de pensamento.

Neste aspecto surge a problemática da relativização da ética, o fortalecimento da ética subjetiva em enfrentamento à ética objetiva. Esta subjetivação gera lides de difícil solução, já que, de acordo com Gilberto Cotrim, o homem é um ser moral, que avalia sua conduta a partir de seus valores[61].

De acordo com esse pensamento, que ressoa boa parte da filosofia clássica, o surgimento de uma lide estará quase sempre calcado na opção que o indivíduo fez, tendo como critério valores. Valores estes que, de acordo com os defensores da ética relativa, são da própria pessoa e que não necessariamente encontrarão eco em outras pessoas.

O advento de um litígio por conta de julgamentos realizados com base em valores quase sempre restará sem solução amigável, já que dificilmente alguém abrirá mão de seus valores para acatar aqueles que são alheios. Portanto, ocorrerá a judicialização das relações sociais.

Como as pessoas não mais aceitam resolver suas diferenças amigavelmente, já que a gama de valores é extremamente diversificada e bastante pessoal, buscam o Judiciário para que esse, através da sua função pacificadora, determine aquele que está correto e o que não está[62].

Feitas essas considerações, encerra-se o primeiro capítulo, já tendo o leitor sido situado nas questões gerais envolvendo o tema discutido no trabalho. O próximo capítulo irá tratar de uma breve retrospectiva sobre o processo coletivo no Brasil e analisar as principais ações de cunho coletivo existentes no ordenamento jurídico pátrio.

---

[61] COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 263.

[62] Aqui o autor se arrisca, até de forma leviana, a dizer que só há respeito ao Judiciário pelo seu caráter de autoridade pública e pela possibilidade que este poder tem de mobilizar eventual máquina punitiva. O cidadão acaba acatando a decisão do juiz não por concordar com ela, mas porque ela está revestida de um caráter legítimo, legal e cunhado através de uma autoridade.

2. O PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

Passadas as considerações iniciais sobre o processo, seus principais institutos e a questão da litigância de massas, será agora analisada a questão do processo coletivo. Inicia-se essa com um breve histórico, seguido das principais ações nominadas e o microssistema do Código de Defesa do Consumidor.

2.1 OS PRIMÓRDIOS DO PROCESSO COLETIVO

Embora o Brasil não tenha sido o berço do processo coletivo, a experiência vivenciada em outros países não tardou em cruzar o oceano e chegar até os pensadores brasileiros, que há muito tempo vêm aproveitando institutos do direito comparado para enriquecer a codificação e experiência jurídica pátrias.

Até meados da década de 1960, o Brasil possuía um sério problema com relação à tutela coletiva. Embora já houvesse codificação tratando das questões coletivas trabalhistas - deve-se lembrar que a Consolidação das Leis do Trabalho é de 1943 - essa legislação estava adstrita a essa matéria, não sendo possível sequer analogia para aplicação diferenciada.

O Código de Processo Civil de 1939 em pouco ajudava, sem qualquer definição acerca da processualísitca coletiva. Havia, verdadeiramente, um vazio dentro da legislação brasileira. Contudo, esse hiato fora sendo preenchido com leis esparsas aos poucos.

Apesar de pouca previsão legislativa, a Constituição Federal de 1934 trazia em seu art. 113 a previsão expressa da ação que viria a ser chamada de Ação Popular. Dispunha o artigo: "qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.". O Texto Constitucional,

embora fizesse disposição deveras avançada para sua época, não trazia qualquer regulamentação sobre essa ação. E nem poderia, sendo matéria a ser tratada por lei ordinária.

Em 1937, a ação popular foi suprimida do ordenamento jurídico, tendo em vista a instalação do chamado Estado Novo, período ditatorial do governo de Getúlio Vargas, o qual acredita-se teve grande simpatia pelo fascismo italiano e pelo nazismo alemão.

Apesar disso, a primeira lei eminentemente processual coletiva foi a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, a qual regulamentou com êxito limitado a questão das ações coletivas, e dos acordos e convenções coletivas, todas em matéria de direito do trabalho. Embora não possuísse a mesma complexidade das ações que existem na atualidade, a previsão à época foi considerada uma vitória, e de fato, fora a primeira legislação a tratar do tema tutelas coletivas.

Com o fim da Era Vargas e o início do governo Dutra, uma nova Constituição veio a ser promulgada em 1946, trazendo de volta a previsão da ação popular. Este retorno é que fez o processualista José Carlos Barbosa Moreira pensar a ação popular com um enfoque constitucional, circunstância que até 1965 era, de certa forma, ignorada pela doutrina pátria.

Maiores comentários serão traçados acerca do assunto quando se analisar o procedimento da ação popular.

Em 1950, foi editada a Lei 1.134, a qual trazia como título: "Faculta representação perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária dos associados de classes que especifica.". Esta lei tratava, de forma bem limitada, a questão da representação dos associados, feita por associações que congreguem funcionários ou industriais que trabalhassem para a União, Estados e Municípios ou para entidades por eles administradas.

Mais uma vez, embora o objeto dessa lei fosse bastante limitado, o Brasil já demonstrava estar a caminho para abraçar a ideia de processo coletivo de forma decisiva, com a criação de uma futura lei que tratasse do tema de forma ampla.

Enquanto esta lei não chegava, em 1963 surge o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual conferia legitimidade para esta organização - a OAB - para pleitear em juízo e fora dele os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão.[63]

A Lei 4.717/65 veio disciplinando o tema da Ação Popular, em vigor até os dias atuais. A principal inovação trazia por esta Lei foi a ampliação do escopo de aplicação da ação. O art. 1º, §1º desta lei fala também na proteção dos bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico. Este momento marcou o pensamento da legislação processual coletiva de forma constitucional.

No final da década de 1970, outros dois processualistas de grande renome publicaram trabalhos e participaram de conferências sobre o tema. Ada Pellegrini, em 1978, teve sua tese "A tutela jurisdicional dos interesses difusos" aprovada e publicada pela OAB, após a sua VII Conferência. Waldemar Mariz de Oliveira Jr., impregnado pelas ideias sobre o tema após a realização de diversos congressos, também publicou famoso artigo intitulado "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos", também publicado em 1978, impulsionado pelas conferências de 1976.

A partir daí, três processualistas - Ada Pellegrini, Barbosa Moreira e Waldemar Mariz[64] - passaram a se comunicar e a trazer para o Brasil as teorias, à época revolucionárias, que vinham sendo cunhadas nos congressos internacionais, sobretudo na Itália.

Com grandes produções literárias sobre o tema e o Regime Militar se encaminhando para seu final, uma onda de redemocratização e participação popular passou a tomar conta do povo brasileiro. Os melhores exemplos disto foram as edições das Leis 6.938/81 - Lei da Política Nacional do Meio Ambiente - e a Lei Complementar 40/81 - Lei Orgânica do Ministério Público.

---

[63] BRASIL. Lei n. 4.215 de 27 abr 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4215.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[64] MENDES, *op. cit.*, p. 192-193.

Estas legislações trouxeram a proteção a outros direitos, distintos daqueles outrora tutelados, e ampliou a legitimidade do *Parquet*, para prever inclusive a ação de responsabilidade por danos ambientais e a ação civil pública em matéria ambiental. Às funções clássicas do Ministério Público - persecução penal e tutela dos incapazes - foram adicionadas mais estas.

Nesse período, juntaram-se grandes nomes da processualística civil brasileira - Ada Pellegrini, Barbosa Moreira, Dinamarco, Waldemar Mariz e Kazuo Watanabe - para, em conjunto, elaborarem o anteprojeto. A elaboração fora conclusa em 1982, sendo o projeto apresentado em 1984 à Câmara dos Deputados.

O fruto desse labor foi a aprovação do projeto, sendo então convertido na Lei 7.347/85, a famosa Lei da Ação Civil Pública. Houve, entretanto, três vetos que pretendiam restringir o escopo de aplicação da ação. Os arts. 1º, IV, 4º e 5º, II tiveram suprimidos as expressões "a qualquer outro interesse difuso", procurando limitar a aplicação da lei aos casos em que foram por ela disciplinados.

Três anos mais tarde, vem a promulgação da Constituição Cidadã, a famosa Carta de 1988, a qual torna definitivo o processo de redemocratização. Na seara da tutela coletiva, maior relevância encontra o art. 5º, XXI que trata da legitimação das associações, e o art. 8º que trata da defesa dos interesses dos sindicalizados pelo seu sindicato.

Outro aspecto importante foi a elevação, a nível constitucional, da ação popular (art. 5º, LXXIII), da ação civil pública (art. 129, III) e do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX), sem contar a criação do mandado de injunção, novo remédio constitucional com notória aplicação coletiva (art. 5º, LXXI).[65]

Ainda importante citar as Leis 7.797/89 - cria o Fundo Nacional do Meio Ambiente -, 7.853/89 - trata do apoio à portadores de necessidades especiais - e a Lei 8.069/90 - Estatuto

[65] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.

da Criança e do Adolescente. Estas três leis têm em comum a disposição ao tratar de direitos difusos e coletivos, cuja tutela caberá ao Ministério Público, à União, Estados e Municípios.

Porém, a mais importante das legislações desse período foi o Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90. Os trabalhos para promulgação da lei começaram antes mesmo de 1988, em uma comissão composta por Ada Pellegrino, Zelmo Denari, Kazuo Watanabe, dentre outros, e que também foram auxiliados por juristas como Nelson Nery Júnior e o Ministro do STJ, Herman Benjamin.

O Código de Defesa do Consumidor, que sofreu 42 vetos do então presidente Fernando Collor, acabou se tornando o paradigma em matéria de ações coletivas, e revogou os vetos inicialmente feitos na Lei da Ação Civil Pública. Inclusive, acrescentou o art. 21 na Lei 7.347/85 o qual remete à Lei 8.078 a aplicação processual em matéria coletiva, difusa e individual homogênea. Do sistema de processo coletivo existente no Brasil atualmente, o Código de Defesa do Consumidor tem papel fundamental, atuando como verdadeiro microssistema em matéria processual coletiva.

Outras inovações legislativa de porte menor foram surgindo ao longo dos anos. Cumpre aqui mencionar a Lei Antitruste, Lei 8.884/94, a qual alterou a Lei 7.347/85 para incluir no seu rol de situações a proteção da ordem econômica e da economia popular; a Lei 11.448/07 que incluiu os entes políticos, as associações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista ao rol de legitimados para a ação civil pública; e a Lei 12.016/09, que passou a regular expressamente o mandado de segurança coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Lamentavelmente, nem todas as alterações foram vitórias para a tutela coletiva. Houveram alguns retrocessos, como a Lei 9.494/97, que promoveu alterações no art. 16 da Lei 7.347/85 a fim criar limitações para a coisa julgada.

Por fim, saliente-se que ainda vigora no Brasil o sistema de processo coletivo baseado em leis esparsas, inexistindo uma compilação desta legislação. Projetos para criação deste Código não faltam, sendo os mais emblemáticos o Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Íbero-Americano e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ-UNESA. Apesar disto, ainda não houve por parte do Legislativo vontade em aprovar tal disposição.

Esse breve histórico teve como objetivo apenas posicionar o leitor para que este compreenda como o processo coletivo ingressa no Brasil de forma devagar até chegar às legislações mais expansivas. Agora, passar-se-á à análise procedimental das principais ações na seara coletiva.

2.2 O PROCESSO COLETIVO NA ATUALIDADE

Após a análise do histórico da criação das legislações, fica necessário a análise de um panorama geral sobre como os textos legais funcionam atualmente no Brasil.

A análise será feita sobre cada lei que trata de cada ação, em leitura interpretativa dos artigos, fazendo os devidos comentários quando surgirem as divergências na hermenêutica e aplicação dos dispositivos. Aqueles artigos que não contiverem qualquer divergência não serão comentados, tendo em vista que a mera leitura dos mesmos solucionará as controvérsias.

2.2.1 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública está disciplinada na Lei 7.347/85, cujo histórico fora tratado anteriormente, para o qual se remete o leitor em caso de qualquer dúvida. Antes de tratar propriamente da legislação, é necessário pontuar alguns aspectos sobre esta ação.

Após todos os impasses envolvendo processo coletivo no país, a ação civil pública viria a servir como um modelo genérico de ação coletiva, o qual supriria o vazio que existia na legislação brasileira.

Apesar da existência da ação popular, ela cuidava de aspectos específicos, os quais serão abordados posteriormente. Não existia um modelo genérico de ação coletiva que fosse cabível para toda e qualquer situação e a ação civil pública viria para completar isto.

Contudo, a lei fora aprovada com alguns vetos importantes que suprimiram a sua função original, conferindo-lhe um escopo menos abrangente. Outras reformas futuras vieram para fortalecer o intuito da ação civil pública, mas lhe conferiram um caráter mais institucional do Ministério Público.

O Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.078/90, trouxe uma designação genérica sobre ações coletivas, não limitando, ao menos *prima facie* o escopo de atuação da mesma. Com essa disposição, a ação civil pública passou a incorporar o rol de funções institucionais do Ministério Público com grande força, possuindo muito mais um caráter punitivo do que reparatório.

Esse último aspecto seria englobado pela ação coletiva genérica, trazida pela legislação consumerista. Não que o aspecto reparatório tivesse desaparecido da ação civil pública, mas a praxe forense, aliada aos objetivos intrínsecos e históricos da instituição do Ministério Público, contribuíram para que a Lei 7.347/85 adotasse uma perspectiva mais punitiva, visando também a prevenção de futuras lesões.

Feitas essas considerações, passar-se-á a análise da Lei 7.347/85 e seus artigos.

O art. 1º trata do objeto da ação, isto é, que direitos podem ser tutelados pela ação civil pública. Uma alteração menor fora promovida no *caput* deste artigo, apenas para especificar que ela tutelará os danos morais e patrimoniais, embora já se pudesse presumir isto pela expressão anterior.

Os seis incisos desse artigo é que vão tratar das situações específicas. O primeiro caso trata do meio-ambiente, em uma onda renovatória vivenciada pelo Brasil no final do século XX, que culminou em diversas leis de proteção ambiental, dentre as quais podemos destacar a já citada Lei 7.797/89, além da Lei 9.605/98 que trata das infrações penais em matéria ambiental.

A defesa na esfera civil, porém, é feita pela ação civil pública. Ademais, esse instrumento vem sendo utilizado para a reparação dos danos praticados pelos grandes poluentes, trazendo um cumprimento mais efetivo do princípio do poluidor-pagador. Exemplo disto são as companhias produtoras de petróleo, cujos vazamentos de óleo geram grandes danos e têm ocorrido com frequência.

O segundo caso trata da questão do consumidor, que contemporaneamente pode ser tutelado ou pela ação civil pública ou pela ação coletiva genérica, tendo portanto um arsenal diversificado à sua disposição.

O terceiro caso dispõe sobre os bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A ideia é a proteção da cultura da sociedade brasileira, bem como da proteção à questão estética de determinados patrimônios. Onde esta ação tem maior incidência é para a proteção de bens tombados, os quais, na maioria das vezes, ficam em propriedade de particulares que não conseguem custear as obras de reparação e conservação dos mesmos, gerando a maioria dos litígios nesta área.

O quarto caso havia sido objeto de veto na lei original, mas foi incluído quando da publicação do Código de Defesa do Consumidor, e trata de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Justifica-se esse dispositivo pela conferência de legitimidade para que o Ministério Público possa tutelar e buscar a proteção destes direitos, caso o particular esteja inerte ou lhe seja impossível o ajuizamento da demanda.

Aproveita-se o ensejo para reafirmar que, embora os legitimados para essa ação sejam diversos, o Ministério Público é o legitimado por excelência e a grande parte das ações civis públicas em trâmite são ajuizadas por ele.

É nesse inciso que se justifica o ajuizamento para discussão de matérias, por exemplo, previdenciárias, inclusive tendo sua legitimidade reconhecida por ambos STF e STJ[66] nesta questão em especial. A ação civil pública age sempre como a via principal para matéria coletiva, cabendo a ação genérica para aquilo que não for comportado aqui - por exemplo os direitos individuais homogêneos.

O quinto caso fala da ordem econômica e da economia popular. Evidente o dano causado por qualquer ato praticado em detrimento de ambos estes valores, o que faz difundir a

[66] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.142.630/PR. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901028441&dt_publicacao=01/02/2011>. Acesso em 26 jun 2013.

desconfiança e gera a insegurança em quaisquer transações que venham a ser realizadas pela população.

Por conta disso, é possível o ajuizamento da ação civil pública para a reparação do sem número de pessoas que certamente sofreriam com alguma circunstância do tipo. Imagine-se aqui, por exemplo, o crime de moeda falsa ou alguma prática abusiva por parte de instituição financeira para a concessão de crédito.

O inciso VI foi adicionado pela Medida Provisória 2.180-35/01, e trata da ordem urbanística, complementando o inciso III. Poderia ter sido colocado conjuntamente, mas o legislador pretendeu dar maior destaque ao urbanismo e o considerou isoladamente.

Pelo extenso rol, é possível perceber que a única espécie de tutela coletiva que é incabível pela ação civil pública são os direitos individuais homogêneos. Todos os outros assuntos ou se encaixam em alguma das disposições específicas ou caem na cláusula geral do inciso IV - que trata dos direitos difusos e coletivos. Suprindo esta falta, surge a ação coletiva genérica do Código de Defesa do Consumidor, a ser abordada mais à frente.

Tanto é verdade que o próprio parágrafo único, adicionado pela mesma Medida Provisória, diz que não será cabível a ação civil pública para tutelar matéria tributária, bem como contribuições previdenciárias, FGTS e quaisquer outros fundos onde seja possível individualizar os beneficiários. A palavra de ordem aqui é "individualizar", a qual fulmina qualquer esperança de se utilizar da ação civil pública para matéria individual homogênea.

A divisão trazida pelo legislador então, grosso modo, seria a utilização da ação civil pública para direitos difusos e coletivos e a ação coletiva genérica ficaria para os direitos individuais homogêneos. Fica já demonstrado o desinteresse em produzir uma legislação que tutele os direitos individuais homogêneos de forma mais direta e simplificada.

O art. 2º vem tratando da fixação da competência, estabelecendo regra especial em relação ao Código de Processo Civil, estatuindo que o foro competente será o do local onde

ocorreu o dano. O restante da disposição, tratando de competência funcional, soa um tanto confuso, já que o critério de fixação da competência escolhido aqui foi o territorial e não o funcional. A doutrina aqui se dividiu em duas correntes acerca do disposto.

Mazzilli entende que houve um erro do legislador, que onde está escrito "funcional" deve-se ler "absoluta"[67]. Já José Carlos Barbosa Moreira encabeça corrente distinta, entendo que não houve qualquer equívoco. O processualista justifica sua posição na doutrina de Chiovenda, ao entender a competência funcional - *competenza funcionale*, nas palavras do autor - como a possibilidade de atribuição a determinado juízo alguma causa onde lá seria julgada com mais eficiência e efetividade[68]. Aduz o distinto processualista que o conceito tradicional de competência funcional - limitação das funções de um órgão em relação a outros que possam atuar na mesma causa - advém da doutrina alemã e que, embora inicialmente defendido por Chiovenda, fora depois retificado na ideia da "*competenza funcionale*".

Apesar das discussões, o que ocorre na prática é que a lei fixa a competência por meio de dois critérios simultâneos - territorial e funcional - sendo um relativo e outro absoluto. Deve prevalecer este último, tendo em vista tratar-se de critério absoluto, seguindo-se a mesma interpretação conferida ao art. 209 da Lei 8.069/90.

A questão mais importante aqui é a fixação da competência quando se tratar de dano regional ou dano nacional. O dano local resolve-se por mera consulta às normas de organização judiciária. Para os outros casos, tem prevalecido orientação jurisprudencial no sentido de ser aplicável ao caso o art. 93, II do Código de Defesa do Consumidor, o qual estabelece como competente o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal.[69]

Para se determinar se o dano é local, regional ou nacional, deve-se observar o espaço territorial afetado pelo ato praticado. Se afetar o país inteiro, indistintamente, o dano é

---

[67] MAZZILLI, *apud.* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 82.
[68] MOREIRA, *apud.* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 83.
[69] Quando o dano for nacional, a jurisprudência do STJ tem entendido de forma similar, sendo competente o foro da capital dos estados que poderão ser afetados pelo dano causado. Precedente: AgRg no CC 118023/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, decisão em 03/04/2012.

nacional; se afetar o território de um estado, sem ultrapassar seus limites territoriais então é regional; se afetar duas ou mais comarcas dentro do estado, o dano é local. Nos casos em que o dano afeta mais de um estado mas não compromete o país, o STJ se posiciona pela aplicação do art. 93, II da Lei 8.078/90, sendo competente qualquer das capitais dos estados envolvidos, conforme recente precedente no AgRg no CC 118023/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves.

O parágrafo único também foi incluído pela Medida Provisória e traz regra específica de prevenção do juízo, estabelecendo que quaisquer ações posteriormente ajuizadas com mesma causa de pedir e objeto deverão correr perante o juízo coletivo. Louvores para o dispositivo por prezar pela questão da segurança jurídica, evitando eventualmente decisões contraditórias, mas isto gera um problema.

Se a interpretação for literal, então até as demandas individuais estariam abrangidas por esta situação, o que poderia causar a estranha situação de uma pessoa ajuizar uma ação de danos em face de um ente privado na Justiça Federal, ou ainda inviabilizar a pretensão deste cidadão, tamanha a distância que ele deveria percorrer para conseguir valer o seu direito.

A solução para esse problema vem da lição de Mazzilli[70], ao dizer que a Lei da ação civil pública não criou um juízo universal, tal qual ocorre nos juízos falimentares, mas que apenas se trata de regra de prevenção para outras causas coletivas, não havendo qualquer interferência nas causas individuais.

O art. 3º da Lei explicita que é possível que o pedido formulado seja reparatório ou prestativo. Justamente pela utilização equivocada da conjunção, foi dada uma ideia de alternatividade que fez a doutrina se questionar se os pedidos eram mutuamente excludentes.

Teori Zavascki[71] entende que a conjunção deve ser interpretada no sentido de somar os significados, permitindo a cumulação dos pedidos, tendo em vista o princípio da adequação.

---

[70] MAZZILLI, *apud.* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 92.
[71] ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 70-72.

Entende, ainda, o Ministro que seria inadequado, quiçá inútil a ação civil pública se somente tivesse previsão de tutela reparatória, uma vez que também feriria o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

O art. 5º trata dos legitimados para ajuizamento da ação. Para as maiores questões acerca do tema, remete-se à leitura para o capítulo correspondente. Apenas por questões de continuidade de raciocínio, são as seguintes entidades legitimadas para ajuizamento da ação civil pública: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e 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. Apenas interessante destacar que este rol foi determinado pela Lei 11.448/07, com a mais recente adição da Defensoria Pública para o rol de legitimados.

O parágrafo sexto permite a formação dos termos de ajustamento de conduta - TAC - dando-lhe eficácia de título executivo extrajudicial. Apenas é importante salientar que o TAC é uma forma de solução de conflitos amigável, realizada pela submissão, solucionando litígio coletivo. Embora não seja possível transacionar o conteúdo da obrigação, é possível realizá-la quanto ao tempo, modo e local do cumprimento das obrigações, podendo só ser utilizado pelos órgãos públicos, uma vez que decorre do poder de polícia.

O parágrafo primeiro do art. 8º fala sobre o inquérito civil, que possui muitas similaridades com o inquérito policial, porém com *status* constitucional, na leitura do art. 129, III da Constituição Federal. Trata-se de um procedimento administrativo prévio, instaurado exclusivamente pelo Ministério Público, com o objetivo de investigar o caso trazido para que

se possa instruir uma eventual ação civil pública. O procedimento, de natureza preparatória, se submete aos princípios da instrumentalidade, publicidade, solenidade e natureza pública.

Quando concluído, é possível que ocorram cinco situações: ajuizamento da ação civil pública, instruída pelo inquérito; realização de audiências públicas para colher mais informações; expedição de recomendação para que se adotem medidas protetivas aos interesses difusos e coletivos; designação de dia e hora para tomada de um TAC; arquivamento do inquérito, se não houver fundamentação para ajuizamento de qualquer ação.

Cabe salientar que o arquivamento sempre é a medida menos recomendável, pois demonstrará que todo o procedimento fora inútil, vez que não produziu qualquer prova sequer, como se vê pelo art. 9º da lei. A maior discussão quanto ao inquérito civil é quanto ao desarquivamento do mesmo. Duas circunstâncias envolvem o tema: a atribuição para desarquivar e a necessidade de novas provas.

A Lei 8.625/93, em seu art. 30, explicita que é atribuição do Conselho Superior do Ministério Público o pedido de desarquivamento do inquérito. Gregório Assagra[72], porém, entende que o próprio promotor natural poderia realizar o desarquivamento, fazendo uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo. Saliente-se, porém, que esta voz não ecoa na jurisprudência pátria.

Quanto à necessidade de novas provas, tradicionalmente sempre se entendeu que o desarquivamento só seria possível se houvessem novas provas, vez que a investigação já foi realizada e já se demonstrou infrutífera. Porém, aqui se faz uma crítica fática à este entendimento, no sentido de que é pouco provável que as provas venham a surgir sem que haja uma investigação em curso. Neste sentido, o presente trabalho acompanha a corrente minoritária, a qual diz que não há necessidade de que existam provas novas para que se realize o desarquivamento ou mesmo se ajuize a ação civil pública competente.

---

[72] ALMEIDA, *op. cit.*, p. 227.

O art. 10 institui tipo penal, criminalizando a conduta da pessoa que, intimada para prestar informações de cunho técnico acerca de ação civil pública, as omite, retarda sua apresentação ou recusa sua entrega.

No art. 11, vislumbra-se a possibilidade de se ajuizar ação civil pública com pedido de fazer ou se abster de fazer, podendo inclusive o juiz fixar *astreintes* sem requerimento do autor. Pedro Lenza[73] entende, inclusive, que a fixação destas medidas coercitivas podem se dar na decisão que concede a tutela antecipada, determinadas de forma liminar, tendo em vista a gravidade da medida questionada, conforme o caso.

O dispositivo seguinte trata da concessão das liminares em sede de ação civil pública. A discussão se dá quanto à aplicação do teor do art. 2º da Lei 8.437/92. Este artigo explicita que quando houver pessoa jurídica de direito público no polo passivo da ação civil pública, a concessão da liminar dependerá da manifestação da entidade. Esta especificação visa evitar que sejam concedidas tutelas antecipadas ou cautelares, requeridas liminarmente, que possam por em risco a saúde, segurança ou os demais valores constantes no art. 4º da citada lei.

A manifestação se deve no prazo improrrogável de 72 horas, findo o qual o juiz decidirá a liminar. Parcela da doutrina se insurge contra esta regra, entendendo que ela limitaria um poder constitucional concedido ao juiz, tendo em vista que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário consta como direito fundamental, no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Já outra parcela entende que o poder de decisões liminares integra o sistema constitucional, não sendo decorrência do direito fundamental supracitado, e portanto não haveria qualquer problemática no art. 2º.

O Supremo Tribunal Federal foi incitado a se manifestar sobre a matéria no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 223-6/DF, relatoria do Ministro Paulo Brossard. Naquela ocasião, entendeu a Suprema Corte que não há inconstitucionalidade em

---

[73] LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 364

abstrato de norma que limite a concessão de liminar, mas esta poderá o juiz, conforme o caso concreto, analisar a constitucionalidade da limitação e aplicá-la ou não.

Em relação às ações civis públicas, este julgamento, na prática, permitiu que o Judiciário analisasse as questões da forma que lhe aprouver, o que possibilitaria que ora se aplicasse o art. 2º, ora ele não será aplicado.

Outra questão importante ainda na temática das liminares é a sua suspensão. O incidente fora criado pelo art. 12, §1º da Lei 7.347/85, e permite que a pessoa jurídica de direito público possa requerer a suspensão da liminar, por via de petição dirigida ao Presidente do Tribunal que tem competência para conhecer do recurso da agravo de instrumento da decisão liminar. Neste caso, o desembargador poderá suspender a execução da liminar, cabendo agravo para uma das turmas julgadoras no prazo de cinco dias.

Trata-se de mero incidente processual que possui características de sucedâneo recursal. Não se trata de recurso propriamente dito porque foge à taxatividade recursal por não constar do rol do art. 496 do Código de Processo Civil, bem como não pretende a reforma a decisão, mas sim a sua suspensão, para evitar grave dano.

O art. 13 trata da questão do fundo gestor, para onde irão os pagamentos de indenizações e *astreintes* no caso de ações de interesses difusos e coletivos. No Brasil, o Ministério da Justiça possui o Fundo de Direitos Difusos, que foi criado pelo Decreto 1.306/94. O fundo é gerido por um conselho, de composição bastante eclética, participando membros do Ministério Público Federal, de diversos Ministérios vinculados à Presidência da República e particulares que representem entidades da defesa dos interesses difusos e coletivos. Apenas saliente-se que não cabe a remuneração aos membros do Conselho, sendo essa atividade entendida como pública relevante.

A existência deste fundo não impede a criação de fundos similares pelos Estados-membros e pelos Municípios, os quais terão suas atribuições fixadas conforme a sua área de abrangência.

Já no art. 14 é facultado ao juiz conferir efeito suspensivo aos recursos interpostos, para evitar grave dano à parte. O art. 15 trata da possibilidade de qualquer co-legitimado para a ação promover a execução da sentença, caso aquele que ajuizou a ação não o faça no prazo de sessenta dias da publicação da sentença.

O art. 17 trata da litigância de má-fé, que será observada nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil. Apenas especifica que a associação autora e seus diretores responsáveis serão solidariamente condenados ao décuplo das custas, bem como ao pagamento de honorários advocatícios e ainda sendo possível a busca pelas perdas e danos.

Pelo art. 18, ficam os autores isentos de quaisquer despesas processuais, salvo se comprovada má-fé. Trata-se de exceção à regra normal da distribuição das custas e dos ônus sucumbenciais do arts. 19 e 20 do Código de Processo Civil. O último dispositivo interessante é o art. 21, o qual permite a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor à esta Lei.

Essa foi a análise da Ação Civil Pública. Quanto à execução coletiva, esse tópico será analisado quando for estudado o microssistema da Lei 8.078/90, tendo em vista a possibilidade de sua aplicação para as ações coletivas.

2.2.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

A Constituição Federal de 1934 trouxe para o ordenamento jurídico o instituto do mandado de segurança, que se tratou de uma evolução da Lei 221/1894 que previa a ação com pedido anulatório dos atos da administração.

O *mandamus* possui diversas fontes, no direito pátrio e comparado, que lhe fundamentaram sua criação. Notória sua proximidade com o *habeas corpus* em razão de seu conteúdo eminentemente mandamental e também pelo caráter de urgência ostentado pela ação.

Não somente isso, mas já haviam trabalhos de Rui Barbosa[74] que possibilitavam o uso dos indertidos possessórios para assegurar a posse em cargo público, tese sustentada pelo ilustre jurista já em tempos outrora.

O mandado de segurança, portanto, vem para suprir essa lacuna no campo de ações específicas, permitindo que o cidadão utilize-se de uma via mais célere para solucionar controvérsias envolvendo atos da Administração Pública que pudessem lhe preterir em razão de direito legalmente garantido.

Na Constituição Federal de 1988, porém, essa ação adquire novo caráter distinto daquele trazido na então já vetusta Lei 1.533/51. Há uma notória ampliação não somente da importância da ação, que passa a ser considerada garantia fundamental e remédio constitucional, como também amplia-se a legitimidade ativa permitindo-se o mandado de segurança coletivo.

Algumas considerações acerca da versão individual deste remédio são necessárias antes de se adentrar na modalidade coletiva para melhor compreensão desta.

---

[74] ALMEIDA, *op. cit.*, p. 422.

Explicita o art. 5º, LXIX do Texto Constitucional: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.[75]

O conceito, embora claro, deixa algumas questões importantes a serem respondidas pela doutrina. A primeira delas é determinar o que é direito líquido e certo para que se possa precisar em quais situações caberá o *writ*.

Segundo o mestre Hely Lopes Meirelles[76], “direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração...”.

Esta definição é amplamente aceita na doutrina e jurisprudência, em que pese a existência de correntes distintas, citando-se por exemplo a Súmula 625[77] do STF a qual adota o entendimento de que a expressão “líquido e certo” possui cunho processual, uma vez que o citado verbete traduz a necessidade da prova pré-constituída.

Atente-se porém para a definição do jurista administrativista. O direito, para ser considerado líquido e certo para finalidade de mandado de segurança, necessita de três características essenciais: incontroverso, limitado e independente.

Incontroverso pois não há discussão quanto à sua existência ou não. Este predicado é o que possibilita a prova pré-constituída, produzida anteriormente ao ajuizamento da demanda e levada, de plano, para o magistrado.

Limitado, pois, é determinado na esfera de direitos do cidadão, isto é, sabe-se as fronteiras daquele direito e como seu titular poderá exercê-lo. A análise, por óbvio, deve ser feita de forma casuística, apenas lembrando-se da ideia da limitação no campo teórico.

---

[75] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[76] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 715.
[77] Súmula 625 do STF: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança.”

Por fim, independente pois não possui qualquer pré-requisito para o seu exercício ou, se os possui, o titular do direito já os cumpriu e poderá exercê-lo diretamente. O objetivo, portanto, é tutelar aqueles direitos mais evidentes e que deixam de ser respeitados pelos motivos que passarão a ser aduzidos.

A expressão "não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*" é bastante auto-explicativa, no sentido de que direitos tutelados por aqueles remédios não poderão sê-los pela via mandamental.

Importante ressaltar que, tendo em vista se tratar de garantia constitucional, o impetrante – aquele que ajuíza o mandado de segurança – pode ser qualquer pessoa, uma vez que a interpretação dada às garantias é extensiva. O restante do conceito constitucional, porém, guarda elementos importantes.

O final da definição do Texto aduz: "quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.". O último requisito para a impetração do mandado de segurança, portanto, é a existência de um ato ilícito praticado por agente público, aqui utilizado em sentido amplo.

Mais uma vez, o socorro ao direito administrativo é essencial. José dos Santos Carvalho Filho[78] leciona que o impetrado nestas ações é "o agente público ou o agente de pessoa privada com funções delegadas" que realiza a conduta apta a ser impugnada pela via mandamental.

Aqui é possível distinguir a verdadeira amplitude pretendida pelo Texto Constitucional. Não somente os agentes classicamente tidos como públicos é que podem ter seus atos questionados pelo *writ*, mas também aqueles que exercem funções que lhes foram delegadas pela Administração Pública.

---

[78] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 1124.

Interessante aqui a menção ao texto da Lei 12.016/09, que revogou a Lei 1.533/51 e passou a disciplinar o mandado de segurança. Em seu art. 1º, a Lei trata da ideia de "autoridade", sem entretanto conceituá-la. É necessário, porém, contrastar este dispositivo com o §1º do mesmo artigo que trata das figuras equiparadas à autoridade.

Assim sendo, e acompanhando doutrina majoritária, fixa-se que o termo "autoridade" tratado no *caput* do art. 1º é direcionado aos servidores públicos e agentes políticos que integram as estruturas estatais, enquanto que o §1º trata das figuras que, para efeitos de mandado de segurança, equiparam-se às autoridades.

Uma última nota neste tópico, caso a "autoridade coatora" – termo utilizado para designar o impetrado no mandado de segurança – seja pessoa de direito privado, a análise dos atos praticados somente se limitará à delegação concedida pelo Poder Público, não podendo extrapolar este limite.

Vencido este conceito, falar-se-á sobre a previsão constitucional do mandado de segurança coletivo. Dispõe o art. 5º, LXX do Texto: "o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:".[79]

O constituinte, em momento algum, conceitua o que vem a ser mandado coletivo e o seu funcionamento. O hermeneuta, com pouco esforço, pode facilmente perceber que o conceito de mandado de segurança individual aplica-se *ipsis literis* ao mandado coletivo, pelo que não há mais comentários nesta seara.

A problemática, porém, surge na legitimação ativa e no procedimento especial que esta ação possui, este último sendo definido pela legislação, uma vez que seria demasiado determinar procedimentos na Constituição.

A Constituição define como legitimados ativos para impetração do mandado de segurança coletivo as seguintes entidades: partido político com representação no Congresso

---

[79] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.

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

As dúvidas acerca dessas pessoas já foram discutidas nos tópicos de legitimidade ativa em matéria processual coletiva e da Ação Civil Pública, para onde se remete a leitura. Apenas explicite-se que, no caso específico do partido político, é necessária a representação no Congresso, isto é, deve haver pelo menos um deputado ou senador eleito pelo partido para legitimá-lo a impetrar no mandado de segurança.

A parte mais importante, porém, é o procedimento do mandado de segurança coletivo. Trata-se de ação de procedimento especial, previsto na Lei 12.016/09, que possui aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Não há, entretanto, um procedimento específico para o mandado coletivo. O legislador utilizou-se do procedimento do mandado individual e inseriu nos arts. 21 e 22 as diferenças a serem analisadas. Rapidamente, olhar-se-á o procedimento individual para então inserir as diferenças do procedimento coletivo.

O art. 6º determina o cumprimento dos requisitos gerais da petição inicial – arts. 282 e 283 do Código de Processo Civil – e também determina que seja apontado à qual entidade a autoridade coatora faz parte.

Esse apontamento é importante em razão da fixação da competência para o julgamento da causa, lembrando-se que autoridades federais seram julgadas pela Justiça Federal e as demais, via de regra, pela Justiça Comum dos Estados.

O art. 7º define as providências a serem tomadas pelo juiz. Ao receber a inicial, o juiz deverá intimar a autoridade coatora para prestar as informações no prazo assinalado na lei – 10 dias atualmente.

Esse dispositivo é importante, pois demonstra a ausência de contestação. Essa peça processual, que vem em praticamente todos os procedimentos judiciais, não estará presente no caso pois o mandado de segurança possui como objetivo uma tutela jurisdicional diferenciada[80].

Caracteriza-se essa tutela na revogação de ato ilícito praticado pela Administração Pública ou na prática de ato lícito omitido pelo mesmo ente. Assim sendo, o objetivo da ação é dúplice, pois ao passo que permite a proteção do cidadão em face do agir eventualmente desregado do ente público, também permite o controle judicial de alguns atos administrativos.

Não se trata simplesmente de um conflito caracterizado por uma pretensão resistida, mas também há aspectos de natureza constitucional envolvendo a organização dos poderes que devem ser levados em conta quando analisar o *mandamus*.

O juiz também, ao despachar a inicial, deverá fazer o juízo de deferimento ou indeferimento da mesma, bem como conceder ou não a decisão liminar que antecipará os efeitos da tutela. O recurso cabível desta decisão, conforme o próprio texto, é o agravo de instrumento.

Passado o prazo para o recebimento das informações da autoridade coatora, o juiz deverá remeter os autos ao membro do Ministério Público para opinar no prazo de 10 dias. É irrelevante se as informações foram prestadas ou não. Mais uma vez, remete-se a leitura ao tópico da Ação Civil Pública onde a figura do *Parquet* foi amplamente tratada.

Após estes 10 dias, com ou sem a promoção do Ministério Público, o juiz decidirá e a sentença deve ser prolatada no prazo de 30 dias. A lei não traz penalidade ao juiz ou ao órgão judicial em razão de eventual demora no proferimento da decisão, mantendo a tradição pátria de não penalizar os órgãos jurisdicionais.

---

[80] ARMELIN, Donaldo, *apud.* ALMEIDA, *op. cit.*, p. 431.

Da sentença proferida caberá apelação que terá apenas efeito devolutivo. Feitas essas breves considerações, passar-se-á a análise pormenorizada dos arts. 21 e 22 da Lei 12.016/09, que tratam especificamente do mandado de segurança coletivo.

O art. 21, *caput*, trata dos legitimados ativos e traz apenas duas pequenas novidades em relação ao Texto Constitucional. A primeira é que os partidos políticos poderão utilizar o *mandamus* tanto para tutelar interesses dos afiliados quanto para tratar de matéria partidária. A segunda é a dispensa de autorização especial no caso das associações, exigência que não se amostra útil ou necessária, tratando-se de visão vetusta do processo.

Já no art. 21, parágrafo único, verifica-se quais direitos podem ser tutelados pelo mandado de segurança coletivo. Diz-se que direitos coletivos, "assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;".

Também podem ser tutelados os direitos individuais homogêneos, "assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.".

Os conceitos foram copiados do art. 81, II e III do Código de Defesa do Consumidor, ressalvada apenas a parte final do conceito de direitos individuais homogêneos pela Lei 12.016/09. Remete-se a leitura para o tópico específico sobre o microssistema da Lei 8.078/90 para tratar do tema.

Apenas saliente-se que a novidade trazida pela Lei do Mandado de Segurança foi apenas para especificar o campo de atuação no caso de direitos individuais homogêneos, vez que, no caso concreto, é possível a existência de várias pessoas ligadas à mesma situação e que não possuam relação com o legitimado ativo que ajuizou a demanda.

Imagine-se, por exemplo, cinquenta passageiros foram proibidos de embarcar em um trem em razão de serem negros – aqui um exemplo absurdo, mas serve para ilustrar bem o caso. Destes, trinta integram a fictícia Associação de Defesa dos Passageiros de Trem.

Citada associação impetra mandado de segurança coletivo para defesa dos interesses de seus associados no sentido de compelir a autoridade coatora a permitir o embarque regular nas composições da mesma.

Evidente que a legitimidade ativa da associação neste caso só ocorreu em razão de seus associados serem prejudicados. Este é o intuito da Lei do Mandado de Segurança.

O art. 22 trata da coisa julgada, especificando que a mesma somente terá como limites os membros do grupo ou categoria. Aqui, novamente, remete-se a leitura ao tópico específico sobre coisa julgada em matéria coletiva para maiores detalhes.

Já no art. 22, §1º, vislumbra-se a adoção pelo legislador pelo critério do *opt in* trazido do direito norte-americano. Este critério constitui forma de adoção do processo coletivo e da participação na ação coletiva.

Existem dois critérios cunhados pela doutrina comparada: *opt in* e *opt out*. O primeiro critério viabiliza o jurisdicionado a optar pela participação na demanda coletiva, o que lhe proibe de ajuizar demanda individual, devendo desistir desta se já estiver em curso. O segundo critério viabiliza o jurisdicionado a optar pela retirada da demanda coletiva, lhe permitindo ajuizar demanda individual independente da coletiva.

Alguns países adotam um critério ou outro, mas não raro adotam-se ambos. Na Lei do Mandado de Segurança, o critério adotado foi o do *opt in*, pois o impetrante deverá desistir do seu mandado de segurança individual para se beneficiar do coletivo.

A lei, entretanto, não prevê a sustação do feito individual, o que, *prima facie*, permite a tramitação simultânea dos feitos, dando ao impetrante a opção de migrar para aquele feito

que melhor lhe atende. Aqui remete-se para a teoria já formulada pelo autor no tópico sobre coisa julgada.

Derradeiramente, o art. 22, §2º trata da liminar em sede coletiva, apenas explicitando que deverá haver audiência com o representante judicial da pessoa jurídica de direito público, ocorrendo sua manifestação no prazo de 72 horas.

O objetivo principal é evitar que uma eventual concessão de liminar cause grande prejuízo para a Administração Pública em razão da quantidade de pessoas envolvidas no mandado coletivo.

A Lei 12.016/09 incorporou alguns dos elementos trazidos neste trabalho mas ainda não está completamente aproximada do processo coletivo. O mandado coletivo, que passou a ter o seu regramento com esta lei, pode ter maior utilização, em que pese a cultura nacional preferir o direito individual.

Passar-se-á a análise do mandado de injunção no próximo tópico.

2.2.3 MANDADO DE INJUNÇÃO

O mandado de injunção é remédio constitucional e verdadeira novidade no ordenamento jurídico pátrio. Lançado através da Constituição de 1988, esse novo instituto é criado para possibilitar o exercício de direitos previstos na constituição mas que ainda não possuem norma regulamentadora.

Antes de prosseguir no tópico, uma breve nota sobre direito constitucional se faz necessária. As normas constitucionais, em tradicional conceituação do sistema norte-americano são qualificadas como auto-aplicáveis ou não auto-aplicáveis.

Sem pormenorizar os detalhes desta classificação, as primeiras são normas que já podem produzir efeitos sem depender de nenhum outro texto legal, enquanto as segundas necessitam de alguma legislação de apoio, para lhes conferir aplicabilidade.

Esta divisão, deveras simplista, não atende às necessidades do direito constitucional pátrio, o qual se socorre à classificações mais elaboradas. Uma das mais interessantes e que guarda particular relação com o mandado de injunção é a classificação quanto à eficácia da norma.

Cada uma das normas constitucionais pode ser auto-aplicável ou não auto-aplicável. Se for a primeira, então ela terá eficácia plena, isto é, não dependerá de nenhuma outra norma para lhe regulamentar. Se for a segunda, então terá eficácia contida, dependendo de outra norma – em geral uma Lei – para determinar seu cumprimento.

O mandado de injunção, portanto, terá maior aplicabilidade nas normas de eficácia contida, pois as normas de eficácia plena já são auto-aplicáveis e não demandam maiores regulamentações. Assim sendo, por exemplo, o próprio direito de ajuizamento do mandado de injunção não necessita de norma regulamentadora, constituindo-se em norma de eficácia plena.

Isto, por si só, gera um problema. O mandado de injunção não possui lei regulamentadora até hoje, mas como prevê o próprio art. 5º, §1º da CRFB/88[81], ele deve ser considerado como norma de eficácia plena e sua utilização não pode ser restringida. Neste sentido, caminhou a Questão de Ordem no Mandado de Injunção 107 do STF[82], julgado em 21/11/1990, Rel. Min. Moreira Alves.

Citada decisão entendeu que o mandado de injunção se aproxima do mandado de segurança em termos processuais, pois possuem objetivos próximos. Assim sendo, o rito processual previsto na então vigente Lei 1.533 de 1951 deveria também ser aplicado ao novel remédio constitucional.

Essa interpretação, apesar de solucionar o problema do rito a ser seguido na demanda, deixa de fora aspectos importantes tais como condições da ação, critério de fixação de competência, etc. A doutrina, apesar de atualmente ser vasta neste sentido, não o era na época, sendo o referido acórdão o marco para tratar destes assuntos envolvendo o presente remédio.

Apenas saliente-se que esta ação possui viés individual e coletivo, podendo ser ajuizada em ambas as formas, em que pese, ainda que pela via tradicional, possui forte caráter coletivo em razão da criação do precedente.

Quanto às condições da ação, o legitimado ativo no mandado de injunção coletivo seguirá as normas do art. 21 da Lei 12.016/09, para onde se remete a leitura. Já o legitimado passivo será a autoridade em mora legislativa.

Já o interesse processual advém da situação jurídica do autor que demonstre a titularidade do direito fundamental pleiteado, desde que o exercício deste seja impossível e

---

[81] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.

[82] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+107.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6htbp8>. Acesso em 04 mar. 2013.

não haja a lei regulamentadora. Interessante destacar que apenas direitos fundamentais sem regulamentação é que podem ser pleiteados via mandado de injunção.

A possibilidade jurídica do pedido consistirá na possibilidade do exercício de direito caracterizado como fundamental pelo Texto Constitucional e que não possui a devida regulamentação.

Outra questão importante diz respeito à fixação da competência. Conforme já delimitado no Mandado de Injunção 107 do STF, fixou-se a jurisprudência no sentido de que o critério é *ratione personae*, seguindo então os arts. 102, I, q[83] e 105, I, h[84] da Constituição Federal.

Talvez a maior das problemáticas envolva a coisa julgada em matéria de mandado de injunção. Inicialmente, a posição adotada pelo STF era a de não suprir a omissão legislativa. Declarava-se a mora do órgão legislativo, enviava-se comunicação ao mesmo e se dava por encerrado o processo. Assim atuou-se, por exemplo, no Mandado de Injunção 20 do STF[85], julgado em 19/05/1994, Rel. Min. Celso de Mello.

Contudo, com as mudanças da composição da Corte ao longo dos anos, passou-se a adotar posição mais concreta, que confere maior efetividade ao remédio. Os Ministros passaram a utilizar normas análogas para suprir as omissões legislativas constantes das situações concretas. Procedeu-se desta forma no Mandado de Injunção 712 do STF[86], julgado em 25/10/2007, Rel. Min. Eros Grau.

A aplicação análoga de outra lei para o caso questionado no mandado de injunção certamente gera uma decisão mais efetiva. Existem, entretanto, duas questões essenciais a

---

[83] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[84] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[85] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%29%2820.NUME.+OU+20.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bq78wsn>. Acesso em 04 mar. 2013.
[86] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+e+antecipa%E7%E3o+e+tutela%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c6gqu58>. Acesso em 04 mar. 2013.

serem dirimidas. A primeira delas é a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede injuncional.

A Lei 12.016/09, conforme já fora tratado outrora, permite a possibilidade da concessão de liminar, antecipando os efeitos da tutela pretendida. Utiliza-se para tal os dispositivos já analisados daquela lei e o art. 273[87] do Código de Processo Civil. Necessário lembrar, porém, que o Código aqui adota postura subsidiária, sendo aplicado para suprir a lacuna da lei mandamental.

Ocorre, entretanto, que a antecipação de tutela em sede injuncional gera a plena satisfação do direito pretendido antes que seja exarada a decisão final. Poder-se-á contemplar a situação de uma decisão antecipatória de tutela concedendo o exercício do direito e, posteriormente, haver a revogação da mesma com o indeferimento do pedido.

Esse cenário gera um quadro de insegurança jurídica, pois na maioria das vezes até que se chegue ao provimento final, o beneficiado pela decisão já esgotou o exercício do direito pretendido e, em que pese a possibilidade de eventual ação reparatória em face deste, é sabediço que a reparação posterior não tem o mesmo efeito do que a limitação da prática do direito.

Por outro lado, a excessiva demora na decisão envolvendo determinados casos pode gerar prejuízos sérios para aqueles envolvidos no caso. À guisa de exemplo, cita-se o Mandado de Injunção 712 do STF, o qual já foi referenciado acima. Aquela ação tratava sobre o direito de greve dos servidores públicos civis e estava em trâmite durante a possibilidade de greve envolvendo os controladores de vôo e os policiais civis.

Naquela ocasião, tendo em vista a demora no trâmite o então relator Min. Eros Grau suscitou questão de ordem no sentido de concessão de liminar deferindo o pedido. A questão

---

[87] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

de ordem foi julgada improcedente, por votação 7 a 4, entendo a maioria que não haveria no caso *periculum in mora* que autorizasse a concessão da antecipação.

Embora o autor concorde com o resultado da decisão proferida, esse ousa discordar do argumento. Maior cabimento teria a questão da reversibilidade do provimento. Como se sabe, o art. 273 do Código de Processo Civil, já citado, prevê como um dos requisitos para concessão da antecipação dos efeitos da tutela a reversibilidade do provimento.

O objetivo é evitar a insegurança jurídica, permitindo apenas que sejam deferidos os pleitos que, além dos clássicos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, também possam ter revertidos em caso de decisão futura pela improcedência.

No caso específico do Mandado 712 do STF, havia o *periculum in mora*, pois a organização dos servidores e a mobilização para eventual greve perder-se-ia se houvesse o decurso do tempo. O momento apto para a paralisação passaria e não haveria mais interesse na mesma.

Entretanto, se a decisão concedesse a antecipação de tutela, este provimento não poderia ser revertido posteriormente, ou seja, possibilitar-se-ia uma decisão que formalmente reverte os efeitos da anterior mas não os faz materialmente.

Na prática, após deflagrada da greve com o apoio da liminar, não seria viável a penalização e a eventual revogação dos acordos firmados após, por exemplo, dois anos de tramitação, quando vem a decisão final indeferindo o pleito.

Este trabalho, portanto, acompanha as vozes majoritárias no sentido de que não há possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela mas utiliza como argumento para tal a impossibilidade de reverter os provimentos dados.

Derradeiramente, se analisa o segundo ponto importante acerca da coisa julgada no mandado de injunção: sua extensão. Em um primeiro momento, em rápida análise, afigura-se difícil entender que a coisa julgada em sede de mandado de injunção seria apenas *inter partes*,

uma vez que o suprimento de omissão legislativa interessaria a várias outras pessoas na mesma situação.

Porém, não é assim que vem decidindo a Corte Suprema. Oscila-se entre o critério *erga omnes* e o critério *inter partes* em matéria de mandado de injunção no Supremo Tribunal Federal. Adotando o primeiro critério, existe o já citado Mandado de Injunção 712. Entretanto, adotando o segundo critério existe o Mandado de Injução 721 do STF[88], julgado em 30/08/2007, Rel. Min. Marco Aurélio.

Data venia, não há, do ponto de vista prático, critério discernível entre um caso e outro. Verdade, o Mandado 721 conta com uma situação específica de uma servidora, mas existem tantos outros servidores que estão na mesma situação daquela impetrante. Não parece razoável em tempos de efetividade e instrumentalidade do processo exigir que todos estes servidores ajuizem demandas para solução das suas respectivas situações.

Se a decisão fosse *erga omnes*, bastaria, caso houvesse o descumprimento, a impetração de mandado de segurança, algo que seria muito mais simples e mais econômico, não só para a parte mas também para o Estado, pois o custo de tramitação de um processo no Supremo Tribunal Federal é bem menor do que o custo para tramitar um processo perante uma Vara Federal, por exemplo.

É por esta razão, principalmente, que o presente trabalho trata do mandado de injunção: a possibilidade de decisões de caráter coletivo. Frise-se, parece desnecessária a utilização de mandado de injunção coletivo, posto que as decisões exaradas em sede injuncional acabam criando precedente que, eventualmente, será cumprido.

Apenas se já houvesse, no corpo do acórdão, a especificação de que a decisão é *erga omnes* haveria a economia de tempo e dinheiro, pois evitar-se-ia a tramitação desnecessária de uma pletora de recursos.

---

[88] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%29%28721.NUME.+OU+721.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwjvsb2>. Acesso em 04 mar. 2013.

Portanto, sustenta-se no presente que as decisões em sede de mandado de injunção devem possuir caráter *erga omnes*, não só por se tratar de medida de equidade, visto que diversas pessoas estarão na mesma situação e terão tratamento igual, mas também por uma questão de efetividade do processo, com a redução de tempo de litigância e custas, dando caráter mais concreto para as decisões exaradas.

Tratar-se-á da Ação Popular no próximo tópico.

2.2.4 AÇÃO POPULAR

A ação popular guarda para o direito pátrio um aspecto muito importante por ser a primeira ação de procedimento especial envolvendo processo coletivo a ser prevista em um Texto Constitucional. Como lembra Aluísio Gonçalves de Castro Mendes[89], a primeira das ações coletivas no Brasil foi prevista pela Lei 1.134/50, mas não tinha a abrangência da ação popular.

Embora a Constituição de 1934 não utilizasse o *nomen juris* "ação popular", a doutrina passou a fazê-lo, sobretudo na área administrativista, pois inegável a proximidade desta ação com o direito administrativo.

Passada a Era Vargas e a Carta de 1937, vem a Constituição de 1946 que reintroduz a ação popular em seu bojo, uma vez que esta havia sido suprimida na Constituição Polaca. Entretanto, somente com a Lei 4.717/65 é que houve a regulamentação e a verdadeira abrangência da citada ação.

A análise dos aspectos do direito administrativo não será abordada no presente trabalho, uma vez que o foco deste é a questão processual, sobretudo coletiva, que envolve a ação popular.

Mantendo a metodologia já aplicada em tópicos anteriores, a análise será feita seguindo os artigos da Lei 4.717/65. O primeiro a ser tratado é a competência. Não há na Constituição fixação de competência específica para a ação popular, tratando a Lei deste assunto.

A redação do art. 5ºda Lei carece de melhor técnica, mas não inviabiliza a hermenêutica. É necessário apenas coaduná-la com os dispostos na Constituição. Como se

---

[89] MENDES, *op. cit.*, p. 191

sabe, a Carta Cidadã definiu as competências específicas para os diversos órgãos do Poder Judiciário.

De maior interesse neste momento é o art. 109 do Texto, que prevê a fixação de competência da Justiça Federal. Contrastando as duas normas, é possível verificar que quando a causa envolver ente da União, será de competência da Justiça Federal e, se envolver outra entidade, a competência se fixa na Justiça Estadual, em razão da competência residual fixada.

Apenas um detalhe envolvendo as sociedades de economia mista deve ser ressaltado. A jurisprudência fixou entendimentos sumulados no sentido de que a justiça competente no caso destas entidades é a Justiça Estadual, conforme se vislumbra pelo verbete 556[90] do STF e 42[91] do STJ.

A jurisprudência caminhou neste sentido repetindo antiga lição do direito administrativo, relembrada por José dos Santos Carvalho Filho[92], segundo a qual as sociedades de economia mista são constituídas como sociedades por ações, instituto típico do direito privado e regido por lei própria (Lei 6.404/76).

Em primeira análise, é possível pensar que o entendimento jurisprudencial contrariou o previsto no art. 5º, §1º da lei da ação popular. Trata-se, entretanto, de uso de hermenêutica para conciliar o previsto naquela legislação com as novas previsões constitucionais.

Já no art. 5º, §2º existe a previsão de preponderância da Justiça Federal em relação à Justiça Estadual caso a ação popular envolva ente que possa gerar a competência de ambos.

O art. 5º, §3º cria o juízo universal da ação popular, similarmente ao realizado na Lei 11.101/05 ao tratar do juízo falimentar. Isto significa que, ajuizada uma ação popular em um determinado Juízo, todas as demandas relativas a esta ação popular, incluindo outras ações populares, deverão ser ajuizadas no mesmo órgão.

---

[90] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 556. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>.
[91] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 42. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>.
[92] CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 550.

Como última consideração sobre a competência, o art. 5º, §4º já previa, mesmo antes da reforma do Código de Processo Civil que insere a antecipação dos efeitos da tutela, a possibilidade da suspensão liminar do ato lesivo ao patrimônio público.

Saliente-se apenas que o disposto neste artigo deve ser conjugado com o art. 273 do diploma processual pois, apesar da ação popular ser de procedimento especial, há a aplicação subsidiária da lei geral processual civil.

O art. 6º da lei trata da legitimidade, explicitando apenas a legitimidade passiva na citada ação, cabendo ao Texto Constitucional, no art. 5º, LXXIII a definição do legitimado ativo, utilizando o legislador constituinte a expressão "qualquer cidadão".

Muito se discute na doutrina qual a ideia de legitimado ativo defendida. A doutrina constitucional clássica – por todos, José Afonso da Silva[93] - entende como cidadão aquele indivíduo que é titular dos direitos políticos, ou seja, de votar, ser votado e as situações daí decorrentes.

Por simples aplicação, chega-se ao entendimento já consagrado de que somente aqueles que são titulares de direitos políticos é que podem ajuizar a ação popular. Pode-se especular que, tendo em vista a estrita relação entre a ação popular e o mandato eletivo exercido por eventual legitimado passivo, que apenas os cidadãos tenham condição de realizar este controle.

Entretanto, vozes[94] se manifestam em sentido contrário, entendendo que, embora a Constituição utilize o termo cidadão para definir o legitimado ativo, o mais correto seria que qualquer pessoa pudesse fazê-lo.

Consubstancia-se esse pensamento em razão de uma decorrência deveras lógica: não somente os cidadãos sofrerão com as más condutas eventualmente praticadas, mas sim toda a comunidade. Analfabetos, crianças, idosos, presidiários, enfim, toda a comunidade - mesmo

---

[93] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 346.
[94] ASSAGRA, *op. cit.*, p. 367-368.

aqueles despidos de direitos políticos – poderão vir a sofrer com atos ilícitos praticados. Pontue-se, apenas, que o presente trabalho adota esta linha de entendimento.

Quanto à legitimidade passiva, a lei especifica quem são os legitimados passivos no art. 6º, *caput*: pessoas públicas ou privadas; as entidades referidas no art. 1º[95]; contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado; ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão; e contra os beneficiários diretos do mesmo. Sem grandes discussões quanto à isto pois o texto é bem elucidativo neste sentido.

O art. 6º, §3º traz um dispositivo relevante que suscita breve controvérsia. A pessoa jurídica apontada como réu na ação poderá deixar de contestar o pedido ou até realizar a mudança de pólo, passando a atuar no pólo ativo como assistente do autor. Evidente, a ausência de contestação induzirá a revelia e os seus efeitos materiais e processuais.

A mudança de pólo é que traz maiores discussões. José Afonso da Silva[96] chegava a entender a existência de um litisconsórcio facultativo necessário neste caso, pois haveria a comunhão de interesses entre os eventuais legitimados passivos e a pessoa jurídica poderia deixar de assumir a defesa do lado dos demais legitimados.

Pede-se a máxima vênia para se afastar um pouco do ensinamento do brilhante constitucionalista. Não se trata, em verdade, de litisconsórcio facultativo necessário, mas sim da possibilidade que a pessoa jurídica tem de contribuir para o bom andamento da ação popular.

Basta lembrar que o objetivo desta é a tutela de interesses difusos e coletivos que têm como fundamento a prática de um ato ilícito por autoridade pública. Imagine-se, por exemplo, que o ato fora praticado por determinado diretor que, após o ajuizamento da demanda, fora afastado da instituição.

---

[95] BRASIL. Lei n. 4.717 de 29 jun 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[96] SILVA, *apud.* ASSAGRA, *op. cit.*, p. 370.

A instituição não foi dissolvida, mas a ação deverá prosseguir em face do seu diretor que já foi removido do cargo e o maior interessado na solução definitiva desta questão deve ser a própria instituição, não só para tutela dos nacionais mas também para que haja restauração da confiança nela mesma.

É provável – ou pelo menos espera-se isso – que as pessoas jurídicas não coadunem com as condutas ilícitas e a faculdade legislativa conferida à estas de sair do pólo passivo para o ativo gera justamente esta presunção.

Por força do art. 6º, §4º o Ministério Público atuará como fiscal da lei neste tipo de ação, cabendo-lhe também a promoção de responsabilidade civil e penal que eventualmente surjam da ação. Vale lembrar também que o *Parquet* poderá velar pelo rápido deslinde da controvérsia, eventualmente agilizando a produção da prova.

O art. 7º trata do procedimento da ação e, em seu *caput* já traz o emprego de termo de forma não técnica. A ação, em verdade, possui procedimento especial, cabendo as normas do procedimento ordinário quando a lei não dispor de forma diferente, não se tratando de ação pelo procedimento ordinário.

Apenas dois comentários pontuais se fazem quanto a esse dispositivo. O primeiro está no art. 7º, I, §1º, o qual permite que o Ministério Público diligencie na produção das provas necessárias. Ressalte-se, o órgão ministerial não vai requerer a prova ao juiz, mas poderá diligenciar perante a pessoa da qual se requisitou a prova para que esta venha de forma mais célere.

O segundo está no art. 7º, VI, parágrafo único, o qual – e raramente se vislumbra dispositivo neste sentido – prevê para o juiz uma penalidade no atraso injustificado no julgamento e processamento do feito. No art. 8º existe a previsão de incurso no crime de desobediência aquele que retarda ou dificulta a produção da prova requisitada pelo Juízo.

O art. 9º traz medida que amplia as funções do *Parquet* nesta ação. Em caso de desistência ou abandono de causa pelo autor originário, poderá qualquer outro legitimado ativo ou o Ministério Público assumir o pólo ativo da demanda e prosseguir com a mesma. Apenas ressalte-se que a legitimidade do órgão aqui é subsidiária, dando-se sempre a preferência para o cidadão.

No art. 10 está disciplinado o pagamento de custas, sem grandes problemáticas. Os arts. 10 ao 15 disciplinam efeitos da sentença, os quais ocorrerão além daqueles previstos no procedimento ordinário do Código de Processo Civil, também sem maiores comentários neste aspecto.

Novamente, o art. 16 trata de outra legitimidade subsidiária do Ministério Público, qual seja, a de propor a execução da sentença. Vale lembrar que esta lei fora publicada ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939 e, para adaptá-la para a sistemática atual, deve ser permitido o ingresso do *Parquet* como exequente em qualquer etapa do cumprimento de sentença, desde que decorrido os prazos previstos naquele artigo. O art 17 traz dispositivo similar, mas aplicado às pessoas jurídicas, de forma similar à prevista quando da legitimidade passiva.

O mais interessante dos dispositivos legais envolvendo esta lei é o art. 18. O mesmo trata da coisa julgada em ação popular, definindo dois critérios para identificação da mesma. A sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se julgada improcedente a demanda por ausência provas, situação na qual fará coisa julgada *secundum eventum probationem*.

José Carlos Barbosa Moreira[97] entende que se afiguram três hipóteses de coisa julgada no caso. Se julgado procedente o pedido, haverá efeito *erga omnes*. O mesmo ocorrerá se houver julgamento improcedente por qualquer outra razão que não seja a fragilidade

[97] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil, primeira série*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 123.

probatória. Mas, caso haja julgamento improcedente por ausência de provas, não haverá coisa julgada material, apenas formal, pois é possível o ajuizamento de outra demanda.

De outro lado, o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover[98] explicita que a coisa julgada *secundum eventum probationem* é aquela que permite a repropositura da ação, com novas provas supervenientes que não puderam ser produzidas no processo e que, por si só, mudariam o julgado.

Necessário reparar que não há discussão entre os autores citados, parecendo mais que há a completude entre os ensinamentos. A coisa julgada *secundum eventum probationem* não possui característica de coisa julgada material, em razão da sua mutabilidade e inoponibilidade, razão pela qual é permitida o ajuizamento de nova demanda.

Por fim, o art. 19 da lei trata da matéria recursal. A sentença de improcedência ou extinção do feito com fulcro no art. 267, VI[99] do Código de Processo Civil passará pelo crivo do reexame necessário, sem aqui se aprofundar na discussão de se tratar de recurso de ofício.

Em caso de procedência, será cabível a apelação cível. Das decisões interlocutórias caberá o agravo de instrumento e deverá ser necessariamente esta modalidade de agravo, em razão de ser lei de procedimento especial com definição específica. Por fim, também há legitimidade recursal subsidiária ao Ministério Público ou a qualquer outro cidadão.

Com este tópico, encerra-se a análise das ações de procedimento especial que envolvem tutela coletiva no Brasil. Apesar das diferenças entre elas, é possível traçar alguns paralelos entre as mesmas, os quais acabarão por desembocar no mesmo local: O Código de Defesa do Consumidor, para nós aqui chamado de microssistema processual coletivo.

Passar-se-á a essa análise no próximo item da pesquisa.

---

[98] GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; JÚNIOR, Nélson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 31.
[99] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sempre houve um interesse dos juristas pátrios, sobretudo dos processualistas, em criar um sistema processual que conseguisse ser efetivo e que traduzisse a instrumentalidade do processo.

O Código de Defesa do Consumidor, na seara processual, foi o resultado do amadurecimento das doutrinas processuais coletiva e individual, confeccionando um dispositivo legal que traz uma ação coletiva genérica, podendo ser utilizada para qualquer espécie de direito, complementando a Lei da Ação Civil Pública e criando o microssistema processual coletivo nacional.

O tratamento da matéria pertinente ao presente trabalho encontra-se nos arts. 81 a 108 da Lei 8.078/90, e de acordo com a metodologia já empregada em tópicos anteriores, passar-se-á a análise pormenorizada de cada um dos dispositivos.

O art. 81 possibilita o exercício da defesa do consumidor em juízo pela via coletiva e, mais importante, os incisos do seu parágrafo único definem o que são direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Pela definição legal, direitos difusos são: "interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;"

Explicando melhor a definição legal, Hugo Nigro Mazzili[100] diz que direitos difusos "São como um feixe ou conjunto de interesse individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontrem unidas por circunstâncias de fato conexas."

---

[100] MAZZILI, *op. cit.*, p. 53

A lei então adota quatro critérios para definição de direitos difusos: transindividualidade, indivisibilidade, indeterminabilidade dos sujeitos e conexão fática. Por óbvio, o primeiro critério determina que os direitos difusos hão de ser exercidos por mais de um indivíduo, característica esta que percorre todo o direito coletivo *lato sensu*.

Indivisibilidade trata de impossibilidade de se fragmentar aquele direito em tantas partes quanto hajam indivíduos. O direito, por exemplo, a um meio ambiente saudável não pode ser fragmentado para atender a cada um dos cidadãos, posto que se trata de um direito de todos que atravessarem determinado local que lá o exercerão.

Indeterminabilidade dos sujeitos é a impossibilidade de se limitar quem exercerá aquele direito. Retomando o exemplo do meio ambiente saudável, qualquer pessoa que atravessar o local, seja ela viajante, turista ou moradora, irá exercer este direito naquele local, sendo impossível contabilizar quantas pessoas exercerão aquele direito.

E por fim, a conexão fática pressupõe uma situação que aproxima as pessoas. Evidente, e como relembra Mazzili[101], a situação fática também pressupõe uma conexão jurídica, até porque existe um direito em jogo dentro daquela relação entre as pessoas. Novamente, no exemplo do meio ambiente saudável, existe uma situação fática – estarem as pessoas no mesmo local – que as aproxima do direito, mas há também uma situação jurídica – a tutela constitucional do meio ambiente.

Já os direitos coletivos, por definição legal, são: “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;”

[101] *Ibid.*, p. 53-54.

Barbosa Moreira[102] comenta que "o interesse para o qual se reclama tutela pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas entre si, sem no entanto situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva".

Assim sendo, a diferença principal que subsiste entre os direitos coletivos e os direitos difusos são os indivíduos para os quais se dirigem. Enquanto nestes os sujeitos são indetermináveis, naqueles os sujeitos são indeterminados, mas determináveis através de uma simples conferência. Os membros de um sindicato, por exemplo, podem ser determinados.

Outra diferença importante diz respeito à relação entre as partes. Enquanto nos direitos difusos ela é geralmente fática, aqui ela é necessariamente jurídica, e, portanto, advinda de alguma das formas de relações jurídicas existentes, sendo a mais proeminente o negócio jurídico.

Os direitos individuais homogêneos serão abordados melhor em tópico posterior, mas para efeitos de completude, basta dizer que a lei os delimita como: "interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.". A própria definição já levanta diversos questionamentos, pois não é clara como nos casos anteriores e demandará melhores explicações em momento oportuno.

No art. 82, encontra-se a legitimidade ativa, tópico que já abordado outrora e para lá se remete a leitura, uma vez que os comentários lá tecidos utilizaram este dispositivo como base. O art. 83 não traz nenhuma novidade merecedora de comentários, apenas reforçando o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

O art. 84 trata da questão da tutela específica, no caso de obrigação de fazer ou não fazer, e as formas pelas quais o juiz poderá impor o cumprimento destas tutelas, sendo-lhe possível a concessão liminar da tutela, a fixação de multa única ou diária e ainda a conversão

---

[102] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", in Temas de Direito Processual, primeira série.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 111.

em perdas e danos, caso não seja mais possível cumprir a obrigação. Os arts. 85 e 86 foram vetados.

No art. 87, existem medidas de facilitação de acesso à justiça, ao prever que nas ações coletivas dessa Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer despeas, nem condenação da associação autora em honorários advocatícios, custas e despesas processuais. O objetivo é isentar as associações das custas processuais, que às vezes se afiguram como impedimento para ajuizamento de demanda, uma vez que ainda há certa resistência da jurisprudência em aplicar a Lei 1.060/50 em processos coletivos.

Entretanto, o mesmo artigo, prestigiando a lealdade processual e reforçando o previsto no art. 17 do Código de Processo Civil[103], o mesmo dispositivo trata que, em caso de má-fé comprovada, a associação e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados ao pagamento dos honorários advocatícios, de valor até o décuplo das custas processuais e ainda poderão ser objeto de ações pela responsabilidade civil.

Ressalte-se que a preocupação do legislador com a lealdade processual foi tamanha ao ponto de ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica para atingir diretamente os diretores da associação que foram responsáveis pelo ajuizamento da lide temerária. Objetiva-se a utilização correta do processo coletivo, sem que haja a má aplicação do dispositivo.

O art. 88 traz regra específica no que tange o previsto no art. 13, parágrafo único desta Lei[104], proibindo a denunciação à lide mas facultando o regresso ou em processo autônomo ou nos mesmos autos. Evita-se que o consumidor fique à mercê do julgamento de um incidente processual, tendo ele prioridade na reparação dos danos sofridos.

O art. 89 fora vetado. No art. 90 encontra-se a integração entre o Codigo de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, o que permite a formação do já citado

---

[103] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[104] BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 26 jun 2013.

microssistema processual coletivo. Apenas ressalte-se que há em tramitação no Congresso Nacional o PL 282/2011 que prevê diversas alterações e inserções no art. 90 do Código.

Não se comentará o projeto neste trabalho em razão desse ainda não ter sido apreciado, sendo então passível de alterações, além de fugir do escopo deste trabalho, que não se trata de um prognóstico, mas sim de uma análise sobre o que já existe.

Prevê o art. 91 a ação coletiva para reparação dos danos em matéria de direitos individuais homogêneos. Esta ação, que não é excludente de demais ações, visa o ajuizamento de demanda para obtenção de reparação dos danos sofridos em caso de direitos individuais homogêneos.

Deve-se ressaltar que essa é a única ação no direito brasileiro prevista para esta finalidade específica, lembrando que ela não exclui o manejo de outras ações para a mesmo propósito. Esta ação seguirá o procedimento ordinário com as alterações previstas no próprio dispositivo da Lei, as quais serão devidamente abordadas.

O art. 92 traz disposição já clássica da atuação do Ministério Público, que, se não atuar como parte, atuará como *custos legis*. Aqui relembra-se a discussão já esboçada anteriormente sobre a importância do *Parquet* nas ações coletivas, e se remete a leitura para o tópico específico.

Vislumbra-se no art. 93 a questão da competência. Pela leitura da Lei, primeiro, verifica-se se o caso é de competência federal ou estadual. Se for federal, resolve-se a fixação pelas normas de organização judiciária daquela Justiça. Se for estadual, verifica-se a extensão do dano causado.

Caso o dano seja de âmbito local, será competente a comarca do local onde ocorreu o danos. Caso o dano seja de âmbito regional ou nacional, será competente a comarca da capital do Estado ou no Distrito Federal, ressalvada as normas de competência concorrente do Código de Processo Civil.

A discussão mais importante é saber o que é âmbito local, regional e nacional. Ada Pellegrini[105] explica que o âmbito local é caracterizado pela circulação limitada de produtos ou serviços, os quais usualmente afetam pessoas residentes em um determinado local. Seria o exemplo de uma prestadora de serviços de telefonia que fica sem sinal em uma determinada cidade ou em bairros desta cidade.

Aponta-se aqui a ausência de um critério objetivo para determinar o que é âmbito local, sendo este trabalho da doutrina e existindo, não raro, divergências quanto à esta classificação.

Arruda Alvim[106] entende que o dano será local se não transcender a uma comarca, fixando-se a competência naquela comerca; será regional se afetar duas ou mais comarcas, e neste caso a competência recairia sobre a comarca da capital daquele Estado; e será nacional se afetar dois ou mais Estados, sendo competente o Distrito Federal.

Pedro Lenza[107] e Hugo Nigro Mazzili[108] concordam com esta classificação, mas criticam o fato da fixação da competência ocorrer no Distrito Federal quando o dano for apenas em dois Estados ou a fixação da competência na comarca da capital quando o dano for em apenas duas comarcas.

Para esses autores, a solução dada ao caso não é a fixação em uma única comarca, mas sim a possibilidade de ajuizamento em qualquer das comarcas, sendo observada a regra da prevenção conforme o caso. Este entendimento é o que vem prevalecendo sobretudo no STJ[109], afastando-se a ideia do Distrito Federal atuar sempre como competente quando houver dano em apenas dois Estados.

---

[105] GRINOVER, *op. cit.*, p. 146.
[106] ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et al. Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 426.
[107] LENZA, *op. cit.*, p. 290.
[108] MAZZILI, *op. cit.*, p. 183.
[109] À guisa de exemplo, veja-se o Conflito de Competência 32.476, julgado pela Presidência do STJ em 06/09/2001, Rel. Min. Nilson Naves.

Embora aqui se ressalte que a ausência de um conceito objetivo sobre dano local, regional e nacional possa causar discussão, o posicionamento doutrinário acima citado é o que melhor integra as normas do Código de Defesa do Consumidor com o Código de Processo Civil, prestigiando a previsão do legislador de sempre tentar resolver a questão no foro local, para maior efetividade do processo e redução de seu custo.

Ada Pellegrini[110] entende que se trata de competência absoluta, aplicando o art. 90 do Código com o art. 2º da Lei da Ação Civil Pública. O entendimento parece acertado, em razão de se evitar a modificação da competência pelos institutos da conexão e da continência, bem como a derrogada por convenção das partes.

No art. 94, existe uma providência a ser tomada pelo juiz quando do despacho citatório, que é a publicação mediante editais da ação ajuizada, a fim de que os interessados possam integrar a lide como litisconsortes. Essa norma visa a dar maior publicidade às ações coletivas para que todos os interessados possam nela intervir.

Ressalte-se apenas breve crítica no sentido de que, apesar de conferior maior participação da comunidade na ação, a publicação destes editais torna o processo mais moroso, e acaba gerando o afastamento das pessoas, que preferem a via individual, sobretudo se for o caso de competência dos Juizados Especiais.

O art. 95 explicita norma deveras óbvia, tratando da sentença, a qual, em caso condenatório, deverá ser genérica, sendo cabível posteriormente a liquidação da sentença para sua posterior execução.

Como explicita Teori Zavascki[111], o patrimônio moral é pessoal e indivisível, sendo certo que a fixação, em sentença, de danos morais poderia gerar ou o enriquecimento sem causa ou a indenização não efetiva, sendo necessário a fixação por indivíduo do dano sofrido,

---

[110] GRINOVER, *op. cit.*, p. 148
[111] ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 43.

e o mesmo somente será cabível mediante liquidação de sentença. Este procedimento operar-se-á na forma dos arts. 475-A a 475-H do Código de Processo Civil.

O art. 96 fora vetado. No art. 97, existe a legitimação subsidiária da vítima e seus sucessores na liquidação e execução da sentença, bem como dos demais legitimados previstos no art. 82. Objetiva-se ampliar a legitimação para garantir a efetividade da decisão.

No art. 98, vem a questão da execução coletiva, existindo ela como opção entre essa e a execução individual. Porém, só poderão participar da execução coletiva as sentenças já liquidadas. Cabe ressaltar que haverá tanto a execução provisória quanto a definitiva, fixando simples regra de competência: será competente o foro da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso individual; e o foro da ação condenatória, no caso coletivo.

O art. 99 trata da concorrência de créditos provenientes de Ação Civil Pública e da ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, explicitando que as condenações proveniente da norma consumerista terão preferência de pagamento em relação às normas da Lei 7.347/85. Trata-se de mais uma medida de favorecimento do consumidor.

O art. 100 traz mais uma hipótese de legitimação subsidiária, na qual, caso a sentença condenatória coletiva não seja executada ou o número de execuções seja pequeno, poderão os legitimados do art. 82 promover a execução, revertendo o pagamento para os fundos previstos na Lei da Ação Civil Pública.

O objetivo é evitar que a inatividade de alguns litigantes gere a ausência de efetividade da decisão prolatada, o que enfraqueceria o processo coletivo, tratando-se de importação do instituto da *fluid recovery* do direito norte-americano. Em linhas gerais, tal instituto prevê a comparação entre o dano individual e o dano global, prevendo a possibilidade de execução do dano global, ainda que, individualmente considerado, o dano seja de pequena monta.

Nos arts. 101 e 102 estão as previsões relativas a processos individuais, as quais não são objeto deste trabalho. Nos arts. 103 e 104 estão os dispositivos acerca da coisa julgada, os

quais já foram abordados em tópico *supra*, para o qual se remete a leitura. Os arts. 105 e 106 tratam do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, que não é matéria processual coletiva, não sendo abordada no presente trabalho.

Por fim, o art. 107 trata das convenções coletivas de consumo, importando instituto típico do Direito do Trabalho, nas convenções e acordos coletivos previstos na CLT. Por disposição da própria Lei, a convenção coletiva de consumo somente obriga aqueles que a assinaram, ficando inclusive os fornecedores que saíram dos órgãos responsáveis pelo cumprimento da convenção.

A crítica mais pertinente aqui neste caso é a ausência de executividade da convenção, que estará sujeita à processo de conhecimento, não havendo previsão legal que enquadre a convenção coletiva de consumo como título executivo.

Com essa análise, encerra-se o capítulo referente ao processo coletivo no Brasil.

3. RELAÇÃO COM OS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

A maior das problemáticas envolvendo o processo coletivo pátrio está nos direitos individuais homogêneos. Feito o intróito necessário no primeiro capítulo e a análise legislativa no segundo capítulo, passa-se agora ao ponto nevrálgico do trabalho: a problemática que envolve o processo coletivo e os direitos individuais homogêneos.

3.1 BREVE ANÁLISE SOBRE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O objetivo do presente capítulo é delinear, dentro da doutrina, a base teórica do que são direitos individuais homogêneos e como esses operam na legislação pátria. Segundo Humberto Dalla[112], o direito individual homogêneo existe dentro do Direito Civil como sendo um direito subjetivo individual complexo.

Entretanto, antes de explicitar esse conceito, é necessária uma breve viagem nos meandros do Direito Civil para que se compreenda o porque que esse autor delimitou o direito individual homogêneo com esta classificação.

Dentro do ramo civilista, existem diversos institutos que se prezam a categorizar a relação entre indivíduos, entre o indivíduo e o direito e, eventualmente, entre os direitos dos indivíduos. A classificação mais aceita, aqui tomando-se por base a lição de Orlando Gomes[113], é pentapartite.

Existem, portanto, as faculdades jurídicas, os interesses, as pretensões, os direitos potestativos e os direitos subjetivos. Essa classificação foi fruto de longas discussões, algumas

---

[112] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo:* uma leitura e releitura do tema. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf> . Acesso em: 01 ago 2013.

[113] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 125

históricas, que vinham sendo travadas no ramo civilista, no Brasil e fora dele. O atingimento dessas classificações, entretanto, é assunto para outro trabalho.

Prossegue Orlando Gomes[114] explicitando que as faculdades jurídicas são aquelas que dizem respeito ao poder de agir que essa inserido no direito. Não são o próprio direito, mas apenas a possibilidade de agir ou não que esse confere.

Assim sendo, à guisa de exemplo, o Código Civil confere em seu artigo 421[115], o direito de contratar. Entretanto, as pessoas não são obrigadas a realizar contratos, podendo ou não fazê-lo se assim desejarem. Na mesma esteira, as pessoas também não são obrigadas a manterem-se contratadas, podendo distratar se assim melhor lhes aprouver.

As faculdades jurídicas, portanto, embora não sejam parte do direito, dele dependem pois só existem se há direito. Aquele que, por qualquer razão, não tiver o direito de contratar não terá faculdade jurídica em relação à esse direito, sendo mesmo caso aquele que possui mera expectativa de direito.

Inegável, porém, que as faculdades jurídicas influenciam o direito. Existe uma previsão geral da possibilidade de contratar, mas só haverá contrato, e portanto a criação de uma nova situação jurídica, se os titulares do direito exercerem suas faculdades jurídicas nesse sentido. Caso contrário, não há qualquer modificação na situação hipótetica ora delineada.

Por conta disto, pode-se dizer que as faculdades jurídicas possuem quatro funções essenciais: a função de adquirir um direito ou efeito jurídico; a função de dispor de um direito; a função de modificar um direito; a função de extinção de um direito.

Importante salientar que o exercício da faculdade jurídica não afasta a previsão legal. O Código Civil, no exemplo supracitado, possui uma previsão geral e abstrata da legislação, dentro da qual um indivíduo qualquer pode participar e nela poderá se enquadrar.

---

[114] *Ibid.*, p. 125-126.
[115] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Quando se diz que a faculdade jurídica pode extinguir um direito não significa que ela fulmina a previsão legal nem que ela afaste, de forma permanente, esse direito do cidadão. O divórcio, por exemplo, não impede que a pessoa constitua novo matrimônio, ou seja, mesmo que exercida a faculdade jurídica para a extinção do direito, por exemplo, não há o afastamento desse.

Evidente, portanto, que a faculdade jurídica incide sobre situações concretas. Em havendo o divórcio, aquele matrimônio específico está dissolvido, mas os ex-cônjuges, podem, se assim desejar, contrair novas núpcias, até entre eles mesmos se quiserem.

Aqui também interessante salientar que nem todas as funções das faculdades jurídicas estarão disponíveis em qualquer situação. Não é possível, por exemplo, dispor de um casamento, isto é, transferi-lo a terceriro. A doação sem encargos, quando realizada, não pode ser modificada pelo donatário, que apenas poderá aceitar ou não o bem doado.

Em linhas gerais, essa é a definição das faculdades jurídicas. O interesse, segundo Francesco Carnelutti[116], é a necessidade de algo, que não obrigatoriamente terá relevância jurídica, conforme a legislação.

Evidente que para a existência do interesse e a sua manifestação é mandatório um ato de vontade. É discutível, entretanto, a pureza dessa vontade, pois se alguém precisa de algo está se falando de uma ligação visceral entre a pessoa e o objeto de necessidade. Difere substancialmente da situação onde se quer algo. Em um exemplo simples, é a diferença entre: “Preciso comer” e “Quero comer macarrão”.

Outra questão importante também jaz na previsão que o ordenamento jurídico faz acerca do interesse. Alguns ordenamentos podem, simplesmente, ignorá-lo, ao argumento de que, como o interesse antecede o direito e se manifesta na realidade fática, ele é irrelevante, pois não possui igual projeção jurídica.

---

[116] CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 90.

Em outros casos, entretanto, existe a previsão do interesse pois já há uma premissa de que o interesse irá, mais cedo ou mais tarde, converter-se em direito, uma vez que se parte de algo que é necessário e, portanto, não poderá ser ignorado. Essa discussão, porém, é digna de outro trabalho, sobre a qual não se focará.

A pretensão, terceiro instituto, é o poder de exigir algo de alguém, uma prestação ou contraprestação que pode ser comissiva ou omissiva[117]. Esse instituto possui mais relevância na esfera processual, pois no sistema da jurisdição, quando há uma relação interpessoal, via de regra somente o juiz tem poder de determinar quem deve ou não agir ou deixar de fazê-lo.

Em uma primeira vista, a pretensão pode se confundir com a faculdade jurídica. Porém, são institutos diversos que não guardam correlação entre si. A faculdade jurídica ela, muitas vezes, para se concretizar em nova situação dependerá de terceiro, mas para seu exercício puro e simples não.

Assim sendo, à guisa de exemplo, se uma pessoa pretende vender seu automóvel e coloca um anúncio em um jornal de grande circulação já está exercendo sua faculdade de dispor do bem. Esse exercício somente se concretizará se alguém comprar o referido veículo.

Já a pretensão pressupõe uma relação jurídica prévia entre os envolvidos. Parece repetitivo o uso do termo “relação jurídica” mas não o é, uma vez que as relações sociais e familiares mais corriqueiras não são capazes de gerar pretensão.

Se uma determinada pessoa quer se sentar no ônibus, mas ninguém lhe cede lugar isso não gera uma pretensão, pois não há relação jurídica que regule a utilização de assentos no coletivo. Pode-se discutir a questão dos lugares preferenciais, comumente vistos para idosos e gestantes, pois nesse caso há uma regulamentação prévia, uma situação jurídica criada a partir da edição de atos do Poder Executivo Municipal que fazem tal determinação. Ainda assim, a regra está mais afeta à uma relação social do que propriamente jurídica.

---

[117] PINHO, *op. cit.*, p. 2.

Para melhor diferenciar a pretensão da faculdade, imagina-se que alguém quer comprar um carro. Essa pessoa entra em contato com uma agência de veículos pretendendo adquirir seu automóvel. Nesse momento, há o exercício da faculdade, pois se buscou a criação de uma nova situação jurídica. Posteriormente, realiza-se o contrato e a agência de veículos, após receber o dinheiro, não entrega o objeto do contrato. A partir daí, surge para o comprador a pretensão de exigir a entrega do carro, ou seja, a prestação comissiva de cumprir o referido contrato.

O direito potestativo, quarto instituto a ser tratado, pressupõe a existência de uma relação jurídica prévia, sobre a qual algum dos participantes tem o dever de sujeição a um ou à todos, conforme a situação. Exemplo clássico desse instituto é o direito de poda de árvores limítrofes, constante no artigo 1.283 do Código Civil[118], onde o dono da árvore sujeita-se àquele vizinho que pretende ver removidos as árvores e galhos que ultrapassem a divisa.

Existe uma relação jurídica anterior, nesse caso o direito de vizinhança, que em virtude de uma situação nova, qual seja o desenvolvimento da árvore, gerou o direito potestativo do outro vizinho realizar a poda daqueles ramos ou raízes que invadam o terreno. Outros casos mais comuns seriam a revogação de procuração e de doação, onde o mandatário e o donatário, respectivamente, sujeitam-se à vontade do mandante e doador.

Por fim, resta o direito subjetivo. Em uma primeira fase, havia uma discussão ferrenha travada entre os pensamentos de Friedrich Carl von Savigny e Rudolf von Ihering. O primeiro defendia que o direito subjetivo constituía a vontade do indivíduo, protegida pelo direito[119]. Já o segundo, compreendia que se tratava da proteção do interesse, e não da vontade[120]. Ambas as teorias, porém, foram duramente criticadas.

---

[118] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[119] SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. Trad. Vittoria Scialosa. v. I. §§ 52/53, Turino: Unione Tipografe Editrice, 1886.
[120] IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito.* Trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

Savigny não traz um conceito fechado sobre vontade, baseando sua definição em uma análise puramente empírica a respeito desse conceito. Não havia a cientificidade esperada do movimento positivista do final do século XIX, momento histórico em que Savigny produziu a maior parte de sua obra.

Por outro lado, Ihering, apesar de organizar melhor a conceituação e emitir conceitos claros e mais concisos, não consegue fazer o mesmo com a ideia de interesse, que fica demasiadamente aberta. No final, percebe-se que ambas teorias padecem do mesmo problema, uma vez que partem de bases questionáveis e imprecisas.

Apenas com a doutrina de Georg Jellinek[121], que fora amplamente aceita, é que esses problemas foram solucionados. A classificação do autor divide o direito subjetivo em duas acepções: pública e privada.

A primeira dessas se caracterizaria pelo poder que o indivíduo tem, enquanto pessoa, que determina o agir do Estado, ou seja, o Estado somente agirá dentro das prerrogativas que o direito subjetivo confere à pessoa. Assim sendo, em havendo o direito subjetivo à liberdade, por exemplo, não pode o Estado agir de forma a suprimir esse direito, podendo entretanto regulamentá-lo para evitar o exercício abusivo.

Já a segunda, que possui particular para esse trabalho, preconiza a possibilidade, calcada na liberdade humana, de exigir determinado comportamento de alguém. Não se confunde com a ideia de pretensão supracitada pois na pretensão exige-se uma prestação jurídica, que depende de uma relação preexistente, enquanto que o direito subjetivo não possui essa dependência, pois está calcado na liberdade.

Poder-se-ia dizer que a doutrina de Jellinek analisa a liberdade sobre duas vertentes: uma negativa, no sentido de proibir a atuação desmedida do Estado, vertente pública do

[121] JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subjettivi*. Milão: Società Edditice Libraria, 1911, p. 61-63.

direito subjetivo, e outra positiva, no sentido de permitir a exigência de comportamentos entre os membros desse mesmo Estado, vertente privada do direito subjetivo.

Embora a vertente pública já não mais possua força, em razão da ampla aceitação de que o Estado deve se submeter a uma Constituição, a vertente privada ainda tem imensa relevância para o direito. Tanto é que Francisco Amaral[122], ao conceituar direito subjetivo, leciona: "o poder que a ordem jurídica confere a alguém de exigir de outrem determinado comportamento.". Prossegue afirmando que "É subjetivo por ser exclusivo do respectivo titular e constitui-se num poder de atuação jurídica reconhecido e limitado pelo direito objetivo.".

Dentro dessa evolução do conceito e do pensamento esposado por Francisco Amaral é que se classifica o direito individual homogêneo como direito subjetivo. Não se trata de mera faculdade pois nessa não se vislumbra uma relação prévida. Não é mero interesse já que houve manifestação de vontade, no sentido de haver uma relação jurídica antecedente. Não é direito potestativo uma vez que não há estado de sujeição. Não se trata de pretensão já que essa se apresenta em momento posterior, somente existindo se houver um direito prévio que a garanta. Por essa razão que se classifica o direito individual homogêneo como direito subjetivo.

Ademais, é individual pois diz respeito apenas a uma única pessoa. Trata-se de um direito na maioria das vezes patrimonial ou que pode ser suprido através do patrimônio e específico daquela pessoa. A sua característica de complexo, porém, advém da causa, isto é, da circunstância que fez gerar aquele direito para aquela pessoa.

O fato que gera o direito individual homogêneo para uma pessoa também gera direito igual para outras pessoas, em número limitado e conhecido, daí vindo a sua homogeneidade: é

---

[122] AMARAL, Francisco. *Direito Civil:* introdução. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 178.

um único fato que gera o mesmo direito para várias pessoas. Entretanto, não necessariamente esse direito será quantificado, conforme o caso, de maneira igual.

Quando se fala de direito à indenização por danos morais, por exemplo, o mesmo valor indenizatório provavelmente não será fixado para todos, havendo uma margem de flutuação. Contudo, todos envolvidos naquela situação terão direito à indenização. Por isso a importância de se tratar os direitos individuais homogêneos de forma coletiva, embora isso incorra em grande paradoxo.

O Direito Civil é estruturado de forma individual, explicando e tutelando a vida do indivíduo e somente dele. A proteção à coletividade, muitas vezes, é feita através de limitações impostas a cada um.

A função social da propriedade, por exemplo, é uma temática relativamente recente em nossos meandros civilistas e, na realidade, so é obtida mediante restrições que recaem sobre aquele que não utiliza a sua propriedade. O aumento progressivo dos impostos sobre a propriedade, por exemplo, gera uma punição efetiva apenas para o dono daquele bem que não cumpre sua função social. Pune-se individualmente para que haja o reflexo na coletividade.

Essas e outras problemáticas serão objeto de uma análise mais detida no próximo capítulo. Para encerrar essa parte do texto, basta apenas reprisar que os direitos individuais homogêneos são espécie de direitos coletivos *lato sensu*, possuindo natureza jurídica de direito subjetivo individual complexo, cuja peculiaridade jaz na ocorrência de um único fato que gera direito igual para várias pessoas ao mesmo tempo.

3.2 AS PRINCIPAIS PROBLEMÁTICAS

Tendo a definição do que sejam direitos individuais homogêneos em mente, parte-se agora para o ponto nevrálgico do problema analisado pelo trabalho, que são as dificuldades que podem surgir ao lidar com o instituto.

Evidente, o trabalho não possui a ambição de esgotar o assunto nem de analisar todas as problemáticas que envolvem o assunto. Ao invés, esse se focará nos aspectos essenciais que causam os maiores transtornos para os operadores do direito, sejam eles advogados, aqui entendendo o termo na sua acepção mais ampla, magistrados e também os jurisdicionados, que embora não operem o direito *per se*, compõem a população que é afetada, diretamente, pela ciência jurídica.

A primeira problemática jaz na ausência de regulamentação legal do tema. Conforme pode-se analisar ao longo de todo esse trabalho, o Brasil possui uma legislação até vasta sobre processo coletivo e ações coletivas. Entretanto, algumas definições ainda básicas não subsistem com clareza.

Uma delas jaz na questão dos direitos individuais homogêneos. Embora a discussão da natureza jurídica já esteja um tanto superada, a definição legal não traz nenhuma luz ao assunto. Prevista no art. 81, III do Código de Defesa do Consumidor[123] e ora transcrita, diz: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”.

Sem engajar na já superada discussão da diferença entre interesses e direitos, a definição legal simplesmente tratou de mencionar os direitos individuais homogêneos como decorrentes de origem comum, não explicitando qualquer parâmetro para o que seja considerado origem, muito menos comum.

---

[123] BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Existe um conceito deveras vago que incita mais dúvidas do que respostas. Poder-se-ia argumentar que não é papel da Lei criar as definições de conceitos jurídicos, uma vez que as transformações sociais correm mais rápido do que a atividade legislativa, e que um conceito antiquado aplicado diretamente ao ordenamento jurídico engessaria a evolução social.

Apesar de o argumento ser válido e, em vários casos, ser possível observar tal situação ocorrendo na prática, não se trata do caso aqui. Basta olhar para os demais incisos do art. 81[124] do Código de Defesa do Consumidor para perceber que houve maior dedicação na conceituação dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* do que nos direitos individuais homogêneos.

Basta reparar que há uma conceituação de direitos difusos, que evidentemente não é isenta de críticas, mas é suficientemente boa para expressar o que são aqueles direitos e em que momento eles são reconhecidos ou não. Em outras palavras, existe uma definição apta a disparar o raciocínio do operador do direito para a busca da solução daquele problema pela via processual coletiva. O mesmo caso se observa com os direitos coletivos *stricto sensu*.

Porém, no caso dos direitos individuais homogêneos, não há tal assertiva. A resposta haverá de vir pela doutrina e, eventualmente, pela jurisprudência. Vale lembrar que o Brasil é um país cuja tradição legislativa é romano-germânica, também conhecido como sistema da *civil law*, onde a legislação escrita tem maior preponderância e transpassa mais segurança para o funcionamento dos institutos.

Assim sendo, deixar a cargo exclusivamente da doutrina e da jurisprudência a definição de um conceito legal importante cria margem para uma flutuação muito grande do que seja direito individual homogêneo, e podendo essa ocorrer em um curto prazo de tempo, o que torna a aplicação do instituto ainda mais complexa.

---

[124] BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Não é novidade que a doutrina e a jurisprudência se modificam ao longo do tempo, conforme novas práticas sociais comecem a ocorrer, práticas antigas sejam abandonadas, novas teorias sejam criadas e evoluções venham ocorrendo. Essas modificações, entretanto, ocorrem geralmente sobre acessórios ligados à conceitos e nem sempre à esses.

Basta pensar, à guisa de exemplo, na legítima defesa em matéria penal. Caso clássico era o homícidio praticado pelo marido traído para defender sua honra e evitar as vergonhas de ser traído. A nossa jurisprudência, já antiga, rechaçava essa situação, como se visualiza no *Habeas Corpus* 46.158/RS do Supremo Tribunal Federal, relatoria do Min. Aliomar Baleeiro, julgado em 22/10/1968[125]. Mais não tarda o então relator em ressaltar que nas “Ordenações, livro V, exoneravam do crime quem matasse a adúltera ou o parceiro dela.”. E que "Isso ocorria nos Estados (do Brasil) rurais ainda há poucos anos.".

A chamada legítima defesa da honra acabou deixando de existir dentro da jurisprudência pátria, embora o conceito de legítima defesa ainda subsista, em razão da sua previsão legal. Enquanto o outro conceito, conforme manifestado na Apelação Criminal nº 0021582-34.2008.8.19.0014, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatoria do Des. Ricardo Bustamante, julgado em 31/03/2010[126], não merece aplicação porque “não é uma excludente da ilicitude com previsão na lei”.

Esse breve devaneio serve apenas de exemplo para demonstrar que a aplicação de institutos jurídicos sofre alterações ao longo do tempo. Ademais, a mudança de entendimento e de interpretação sempre recai sobre um texto já existente, isto é, uma conceituação já prevista na lei. Não existe margem para hermenêutica quando não há definição legal. Seria prudente a existência de um conceito melhor explicado dentro da lei para que não haja essa incerteza tão grande.

---

[125] Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60829>. Acesso em 05 ago 2013.
[126] Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200905004039>. Acesso em 05 ago 2013.

Ainda na esteira da incerteza, cumpre falar da segunda problemática mais grave envolvendo o assunto, que é a questão da segurança jurídica. Esse valor é uma preocupação constante dentro de órgãos jurisdicionais com o objetivo não de padronizar os julgados mas de evitar grandes flutuabilidades nos resultados das decisões, garantindo assim as certezas de que: esse ou aquele direito será reconhcido ou não; de que forma isto será feito; quais os prerequisitos para esse reconhecimento ou ausência dele.

Na verdade, a segurança jurídica se afigura como princípio essencial do próprio Estado Democrático de Direito, chegando Miguel Reale[127] a afirmar que "No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente...". Bem verdade, a segurança jurídica pode ser, em síntese apertadíssima, ser explicada com o princípio que garante aos cidadãos a certeza do que é lícito e do que é ilícito.

Fazendo uma analogia, é como se esse princípio fosse o responsável por definir como as regras do jogo devem ser feitas, isto é, como deve o sistema jurídico ser estruturado para que haja uma clareza sobre o legal e ilegal. A influência na atividade jurisdicional é bastante evidente, e é nessa onde o princípio é mais testado, pela ampla gama de casos levados ao Poder Judiciário diariamente.

O melhor exemplo em que se pode deixar bem claro o princípio da segurança jurídica é o art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988[128]. A proteção a nível de direito fundamental ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada é um exemplo de como a segurança jurídica funciona. Ao garantir o funcionamento regular desses institutos, cria-se uma certeza jurídica de que aquelas situações não serão afetadas. Aliás, essa é a palavra chave: certeza.

O problema que envolve a segurança jurídica e os direitos individuais homogêneos está na propositura de ações individuais em juízos distintos onde poderão haver julgados

[127] REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 594.
[128] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.

distintos sobre a mesma situação. Exemplo clássico é o do acidente em coletivo administrador por concessionária de serviço público.

Imagine-se um ônibus com quarenta e dois passageiros que sofre um acidente grave em uma das vias de circulação dentro de determinado Município. Desse acidente, advieram danos morais e materiais para todos os passageiros do coletivo. Contudo, cada um deles busca a indenização pela via individual, não havendo a junção de todos em uma única ação.

A probabilidade de ocorrerem decisões conflitantes nesse caso é bem alta, uma vez que é possível que determinado Juízo defira uma prova que outro indefira, ou que determinado advogado requeira uma antecipação dos efeitos da tutela e outro não, enfim, há muitas variáveis nesse caso, sendo impossível precisar quais serão os resultados. Não há certeza.

Justamente aí que jaz o problema. Não existe uma certeza de que esses casos serão julgados da mesma forma, nem que as ações serão ajuizadas da mesma forma, porque cada pessoa buscará um advogado que se dirigirá a um juiz distinto, ocorrendo petições diferentes com narrativas diferentes, pedindo-se providências diferentes e possivelmente com provas diferentes a serem produzidas.

Pode ser até que, por uma obra do acaso, algumas dessas demandas parem nas mãos do mesmo juiz, sendo ajuizadas pelo mesmo advogado. Em cidades menores essa chance é evidentemente maior. Porém, o Direito é uma ciência e, como tal, não pode ficar à mercê do acaso, devendo criar fórmulas para evitar a aleatoriedade.

O tratamento individual dado nesse caso gera a incerteza, o que vulnera a segurança jurídica, uma vez que não há uma clareza sobre o que ocorrerá. Evidente, existem mecanismos que tentam minimizar essa problemática. Conforme será visto mais adiante, os

procedimentos de uniformização de jurisprudência, por exemplo, podem suprir esse papel, assim como a conexão prevista nos arts. 103 e 105 do Código de Processo Civil[129].

Entretanto, os mesmos não retiram as variáveis do caso, que ainda permanecem. Em tese, serão quarenta e duas ações ajuizadas pelo mesmo número de advogados, que serão recepcionadas pelo mesmo número de juízes e que, talvez, gerem o mesmo número de decisões distintas.

Deixa-se bem claro que não se está fazendo uma crítica ao sistema jurídico nem ao seu funcionamento. Apenas se está tomando por base as estruturas jurídicas já existentes e, através da sua operacionalização, que já é amplamente conhecida na doutrina e jurisprudência, como elas lidariam com um caso desse. A discussão efetiva sobre o sistema jurídico é digna de outro trabalho, a qual esse não tratará.

Optando-se pela ação coletiva, no exemplo teórico dado, ter-se-ia uma única ação, provavelmente ajuizada por um único advogado, que geraria uma única etapa de produção de provas e, ao final, criar-se-ia uma única decisão, que seria objeto de posterior liquidação e execução. Trata-se de solução deveras mais prática do que a inicialmente proposta através das ações individuais.

Convém aqui também salientar que, caso todos os passageiros ingressassem em litisconsórcio em face da empresa, certamente essa ação seria desmembrada, pois criaria uma figura indesejada que é o litisconsórcio multitudinário, isto é, quando há um número de pessoas muito grande em um determinado pólo do processo que inviabilizaria a tramitação do mesmo ou a tornaria tão difícil que seria impossível a prolação de uma sentença em tempo hábil.

Não se pode esquecer também da questão da isonomia, que é um pilar importante no reconhecimento da segurança jurídica, uma vez que a existência de decisões mais próximas e

---

[129] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

coerentes acerca do mesmo caso geram no jurisdicionado a sensação de que existe justiça e que a função do Poder Judiciário vem sendo desenvolvida regularmente, reforçando a sensação de paz da sociedade.

A solução da ação coletiva parece a mais adequada. A tramitação de uma única ação de conhecimento contribuiria para o desafogamento do Poder Judiciário, geraria uma única decisão meritória, garantindo a segurança jurídica dos envolvidos na demanda, atenderia a celeridade e efetividade processual, pois daria aos envolvidos uma solução mais rápida à lide e, ainda que haja o posterior desmembramento em diversas execuções, a fase de conhecimento não sofreu essa problemática.

O terceiro, e talvez o maior problema envolvendo o caso, está no tratamento coletivo dado à algo individual, ou seja, em como reconhecer de forma coletiva uma situação que aparentemente é específica de cada pessoa. A resposta para essa situação não é das mais fáceis.

Como já acima delineado, o principal eixo de discussão do processo coletivo jaz, essencialmente, na legitimação para agir, quer dizer, em como lidar com o fato de que aquela pessoa, seja ela natural, jurídica ou formal estar em juízo pleiteando direito alheio e, em algumas vezes, também próprio.

O sistema processual civil atual não comporta essa situação. Tanto é que na classificação da legitimação, sabe-se que ela se divide, dentre outros aspectos, em ordinária e extraordinária, sendo essa última a legitimação conferida ao terceiro que, em nome próprio, defende direito alheio.

Consultando os dicionários[130], pode-se perceber que o vocábulo “extraordinário” é definido como algo “Fora do ordinário, que não é conforme a ordem, anormal”. Assim sendo,

---

[130] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/extraordinario%20_963707.html> . Acesso em 05 ago 2013.

percebe-se que essa classificação, que já é antiga em no Direito, vem justamente de que é anormal que alguém defenda direito de terceiro.

O individualismo é a marca desse sistema processual. O processo coletivo, por sua vez, opera numa índole completamente contrária à essa filosofia, permitindo-se atuar como mecanismo da tutela de interesses transindividuais. Em razão dessas bases axiológicas diversas é que se repisam os ensinamentos trazidos logo no começo desse trabalho: a proposta de que o processo coletivo componha seu próprio ramo ligado ao direito processual e não ao direito processual civil.

O motivo para tal assertiva se torna bastante evidente. Os fundamentos de um e de outro são distintos: um se pauta na ideia de que aquele prejudicado poderá reclamar seu prejuízo pela via judicial e o outro baseia-se na ideia de que qualquer um dos prejudicados poderá reclamar os prejuízos de todos pela via judicial. São situações bastante diversas e que não podem ter tratamentos semelhantes.

Vale dizer que o maior impulsionador desse desenvolvimento é a saturação quase que completa dos sistema judiciários, não somente do Brasil, mas mundo afora. Diversos países possuem, em um ou outro grau, experiências em matéria processual coletiva, essas impulsionadas pela necessidade premente de conseguir um mecanismo eficiente para lidar com a crescente litigância.

O simples investimento em aumento da estrutura judiciária provou-se, por si só, incapaz de solucionar o problema do aumento vertiginoso de demandas. Evidente que essa expansão precisa ocorrer e a injeção de recursos não pode parar, mas esse ciclo possui um limite, o qual certamente será alcançado antes que se atenda à litigância. Parafraseando Thomas Malthus[131], pode-se dizer que enquanto a estrutura do Poder Judiciário cresce em progressão aritmética, a quantidade de demandas cresce em progressão geométrica[132].

---

[131] Malthus foi um sacerdote britânico que desenvolveu um famoso estudo, no final do século XVIII, no qual a conclusão é de que as populações mundiais estariam fadadas a morrer de fome e doenças, uma vez que os

Portanto é necessário o desenvolvimento de métodos mais eficientes de solução de conflitos, aqui tomando-se o conceito do Fordismo introduzido por Henry Ford[133]. O empresário do ramo automobilístico dizia[134]: "deve haver uma regra para o industrial que é fazer a melhor qualidade de produtos possível ao menor custo possível e pagando os melhores salários possíveis". Esse mantra se tornou sinônimo de eficiência, uma vez que o metódo suficientemente refinado consegue cumprir satisfatoriamente os três requisitos.

Inegável, portanto, que o processo coletivo é um forte candidato a cumprir essa regra. Evidente que em matéria jurídica existem outros complicadores que estavam ausentes do pensamento econômico da década de 1910. Existem garantias e direitos fundamentais que precisam ser respeitados e observados quando se fala de matéria jurídica, algo que Ford, em uma época de direitos trabalhistas aina incipiente, certamente não precisaria se preocupar.

Contudo, o aperfeiçoamento do instrumento conseguirá, eventualmente, a conciliação entre a eficiência na gestão de conflitos e o respeito às garantias e direitos fundamentais das pessoas. Derradeiramente, cumpre também dizer que não se invoca o processo coletivo como uma panaceia que resolverá a todos os problemas. Ele apenas se apresenta como mais um instrumento à disposição do operador do direito para que seja possível a administração da função jurisdicional da melhor forma possível.

---

alimentos não seriam produzidos na mesma proporção em que a população cresce. Seu trabalho, *An Essay on the Principle of Population*, ficou famoso e inspirou diversas gerações de economistas. Recomenda-se a leitura caso haja interesse em se aprofundar no tema.

[132] Progressão aritmética e progressão geométrica são dois institutos da matemática utilizados para calcular o aumento de um determinado valor, valendo-se normalmente de uma constante, chamada razão. Na progressão aritmética, o valor é somado ao número inicial, e depois somado ao resultado dessa soma e assim sucessivamente. A progressão geométrica atua da mesma forma, mas multiplicando valores. Fica simples perceber que a progressão geométrica encontra números mais altos com bem menos operações que a progressão aritmética. Caso haja interesse em se aprofundar sobre o tema, a obra do prof. Augusto César de Oliveira Morgado, *Progressões e Matemática Financeira*, é indicada.

[133] O nome "Fordismo" foi cunhado pelo cientista político italiano Antonio Gramsci, em 1922, e se refere à forma de produção adotada por Henry Ford nas fábricas automobilísticas, em meados da década de 1910. Recomenda-se a leitura da obra GRAMSCI, Antônio. *Americanismo e Fordismo*. Trad. Gabriel Bogossian. São Paulo: Hedra, 2008.

[134] A famosa frase é atribuída à Henry Ford, embora o presente trabalho não tenha localizado alguma fonte acadêmica de que ele teria, efetivamente, dito isso.

Não terá o presente trabalho a ambição de solucionar uma questão tão complexa em tão pouco tempo. Entretanto, nos próximos tópicos, serão analisadas algumas das soluções que já vem sendo empregadas para conter a litigância de massas, gerada pelos direitos individuais homogêneos, e os mecanismos de funcionamento dessas.

3.2.1 FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÕES DE CONFLITOS OU *ADR*

A jurisdição, ao longo da história, comprovou-se como o modelo básico para solução de conflitos da sociedade. A existência de um terceiro equidistante e com poderes para “ditar” o direito provou-se o mecanismo mais bem sucedido.

Entretanto, na contemporaneidade, esse método não está sendo capaz de, sozinho, lidar com o crescimento quase que exponencial das demandas. Por mais que o Estado invista na estrutura do Poder Judiciário, essa vem sempre se mostrando incapaz de lidar com a quantidade massiva de demandas.

Assim sendo, são necessários mecanismos para solucionar a problemática. Muitos juristas trabalham com o direito processual civil nesse aspecto, teorizando e desenvolvendo ritos e procedimentos mais céleres. Entretanto, outro grupo igualmente importante trabalha formas de solução de conflitos alternativas à jurisdição, tradição que já existia anteriormente e que vem recuperando força graças a esses estudos.

Essas novas formas de gestão e solução dos conflitos estão calcadas, essencialmente, na obtenção de satisfação das pessoas envolvidas na lide, evitando que ocorra a repetição das lides e a massificação dos conflitos.

No direito pátrio, existem três principais métodos alternativos: a conciliação, a mediação e a arbitragem. Desses, apenas dois possuem previsão legal, tendo a arbitragem uma Lei Federal inteiramente dedicada ao tema e a conciliação apenas breves apontamentos no Código de Processo Civil. A mediação, embora ainda não possua previsão legal, já possui projeto de lei.

O presente tratará desses métodos, apontando suas principais características, funções e aplicabilidade no direito pátrio.

Antes de adentrar na análise de cada um desses métodos, é essencial traçar um breve paralelo com a teoria geral do processo para que se possa entender o porque da necessidade de criação desses métodos alternativos e qual a importância desses na gestão e pacificação de conflitos, que é a função essencial do Poder Judiciário.

Toda a teoria do processo gira em torno da lide e do que o Estado, enquanto ente, pode fazer para solucioná-la, o que serviria para pacificar conflitos e neutralizar a revolta social. A lide, como se sabe, é um tipo de conflito caracterizado por uma pretensão resistida.

A base desse conflito é a insatisfação. Aquele que pretende algo de outra pessoa está insatisfeito por não ter o que quer, ao passo que quem resiste está insatisfeito por ter de dispender força para evitar que a pretensão se materialize.

Na lição de Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Araújo Cintra[135], essa insatisfação é qualificada pela presença de outro fator, que é a relevância jurídica do tema. Não é qualquer insatisfação que é capaz de gerar lide, mas somente aquela que trate de tema que possua previsão no ordenamento jurídico.

Objetivando clarificar mais as definições dadas, toda vez que alguém possui uma pretensão lícita, mas encontra em outro cidadão resistência no cumprimento de sua pretensão, estar-se-á diante de uma lide que, se não for solucionada pelos próprios contendores, será levada ao Poder Judiciário por meio de uma ação.

Essa solução pode se dar de três formas: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Novamente, o socorro a Cintra, Grinover e Dinamarco[136] se faz necessário.

Na autotutela, um dos envolvidos na demanda, através de desforço próprio, obriga o outro a aceitar a sua posição. Seja o pretendente, seja o resistente, ele utiliza sua própria força e submete o outro, sem a presença de um juiz para analisar o caso. Aliás, esses são os dois

---

[135] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 20.
[136] *Ibid.*, p. 21.

aspectos básicos da autotutela: a submissão da vontade de uma das partes pela outra e a ausência de um juiz.

Ela ainda subsiste vestigialmente em nosso direito, citando-se por exemplo o art. 1.283 do Código Civil[137], que trata do direito de poda dos galhos em árvore límitrofes, situação que, embora ocorra raramente em ambientes urbanos, poderá ser vista frequentemente em zonas rurais.

Outra modalidade é a autocomposição. Nela, os envolvidos na demanda resolvem-na por meio de concessões, que podem ser de apenas uma das partes ou de ambas. Se realizadas por uma das partes, podem ser a desistência – quando o pretendente abandona sua pretensão – ou a submissão – quando o resistente não oferece mais resistência.

Quando realizadas por ambas as partes, trata-se da transação. A transação, em uma espécie de "virada kantiana"[138], deixada no segundo plano durante muito tempo, está voltando a assumir com força importante papel na gestão de conflitos.

Já o modelo de jurisdição, que vem do latim *jurisdictione*[139], que em tradução livre significa "dizer o direito" e que é amplamente adotado e aceito na maior parte dos Estados atuais. Quando há a demanda, um terceiro – o juiz – é chamado para resolvê-la, analisando a situação que ocorre e, calcado nas normas jurídicas e na própria convicção[140], decidirá quem possui razão e quem deverá ter a sua prestação reconhecida.

---

[137] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em 26 jun 2013.

[138] O termo "virada kantiana" vem do estudo da filosofia. A filosofia do direito de Immanuel Kant pregava a separação entre o direito e a moral, entendendo essa como aspecto interno do indivíduo e aquele como uma influência externa. Essa filosofia que impulsionou os estudos jurídicos sobretudo do século XIX e início do século XX, sendo notório no positivismo jurídico de Kelsen este afastamento. Posteriormente, com o pós-positivismo e a principiologia, sobretudo com Norberto Bobbio, ocorreu o retorno da moral para o direito, entendendo a moral como um dos pilares sobre os quais se fundam o direito. Recomenda-se a leitura das obras "Crítica da Razão Pura" de Kant, "Teoria Pura do Direito" de Kelsen e "A Nova Era de Direitos" de Bobbio sobre estes temas.

[139] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=jurisdi%E7%E3o> . Acesso em: 25 jun 2013.

[140] Sobre esta temática, muito contributiva a leitura da obra "O que é isto? Decido conforme minha consciência" do Prof. Lênio Luiz Streck, onde o autor analisa, calcado na filosofia do direito, o ato do magistrado decidir conforme a sua convicção pessoal.

Evidente, o sucesso da jurisdição depende que os envolvidos na demanda reconheçam a autoridade a ser exercida pelo terceiro no caso – o juiz. Se não há o reconhecimento dessa autoridade, o modelo estará fadado ao fracasso. Contudo, essa discussão também é digna de outro trabalho, sobre a qual não se estenderá no presente.

Portanto, a demanda é a existência de uma insatisfação, qualificada ou pela resistência de outra pessoa ou pela impossibilidade de cumprimento da pretensão pelo próprio ordenamento jurídico.

O grande problema que surge na jurisdição é justamente a incapacidade que ela tem de lidar com essa insatisfação. Na lide, existem duas partes que estão insatisfeitas com o conflito e, com a sentença, na maioria dos casos, haverá apenas um insatisfeito. Mas ela não elimina a insatisfação da equação, na melhor das hipóteses a reduz.

Necessário dizer que a jurisdição, se por um lado possui um escopo de viabilizar a vida coletiva ao criar um método de solução e gestão de conflitos, por outro lado tem um aspecto muito pragmático, preocupando-se apenas em dar solução para o conflito, seja ela qual for.

Nos métodos alternativos, sobretudo na mediação, existe uma preocupação intrínseca com a eliminação da insatisfação. Enquanto a jurisdição se caracteriza pela imposição da decisão do juiz através de sua autoridade, os métodos alternativos têm como aspecto essencial a obtenção de uma decisão pelas partes, com a aceitação dessas, sem a necessidade de imposição. Até porque, quando se está diante de um método alternativo não existe, ou pelo menos não deveria existir, uma autoridade no caso, isto é, não existe a imposição de decisões, mas sim a aceitação dessas pelos que estão envolvidos naquele método[141].

---

[141] Esta argumentação, ora esposada, é o centro do debate sobre a mediação e que acaba por se aproximar da discussão dos demais métodos. O professor Owen Fiss, de Yale, defende que os métodos alternativos não solucionam as lides, mas seriam uma trégua ao invés de verdadeira reconciliação, tendo inclusive o catedrático escrito a obra *Against Settlement*, dedicada inteiramente a tratar do tema. Do outro lado, está o professor Lon Fuller, de Harvard, que defende a criação dos métodos alternativos e seu afastamento do Judiciário, tratando do tema na sua obra *The Forms and Limits of Adjudication.*

O que se propõe aqui, em verdade, não é a substituição da jurisdição pelas formas alternativas, nem por outro modelo imaginário qualquer, mas sim a coexistência da jurisdição com esses métodos, que devem ser opcionais à jurisdição mas devem estar presentes para que as partes, se assim desejarem, os busquem.

Essa é a proposta essencial dos métodos alternativos de resolução de conflitos que é solucionar o conflito de forma satisfatória a todas as partes. Evidente que esse resultado é de difícil obtenção, mas deve ser buscado.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á a análise dos três métodos essenciais e que estão presentes no direito pátrio.

3.2.1.1. CONCILIAÇÃO

O primeiro método alternativo de solução de conflitos a ser analisado no presente trabalho é a conciliação. Como recurso inicial, se busca a definição da língua portuguesa, uma vez que é inegável a influência do idioma na definição das palavras e do seu significado para as pessoas.

Conciliação é extensão criada a partir do verbo conciliar, que por sua vez vem do latim *conciliare*, e significa por-se de acordo, combinar-se[142]. De fato, esse é o principal aspecto da conciliação. As pessoas pretendem chegar a um acordo, através da autocomposição, podendo ocorrer a desistência, a submissão ou a transação, essa última a ocorrência de concessões múltiplas.

Para o Direito, pode-se conceituar a conciliação como sendo um mecanismo de obtenção da autocomposição, normalmente utilizado pelo próprio Poder Judiciário, dentro de um processo ou em algum momento próximo ou paralelo à relação processual, visando finalizar o conflito através de um diálogo entre as partes e o juiz ou o conciliador.[143]

Trata-se, portanto, de uma fase que pode ocorrer no desenrolar da relação processual, sendo anterior aos atos instrutórios, ou que ocorre de forma paralela ao processo. Na experiência pátria, porém, o mais comum é a ocorrência da conciliação dentro de um processo, em um primeiro momento, cuja ocorrência é primária, afim de finalizar a lide sem que haja necessidade de uma sentença judicial.

Três questões são essenciais ao tratar da conciliação no direito pátrio. A primeira delas é situar, nos diversos procedimentos existentes em nossa legislação, o momento de conciliar. Registre-se que não há preclusão quanto ao ato de acordar, mas no processo somente há um momento onde se concilia.

---

[142] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/conciliar_932720.html> . Acesso em: 25/6/2013.
[143] CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 105.

Isto porque as tratativas ocorridas entre as partes de forma extraprocessual não se tratam, tecnicamente, de conciliação, sendo fenômeno distinto, denominado de negociação. Na negociação, as próprias partes, sem auxílio e sem interferência de nenhum terceiro, compõem a lide entre si, realizando as concessões mútuas eventualmente necessárias.[144]

Revendo o conceito de conciliação supracitado, elenca-se os seus requisitos para diferenciá-los dos demais métodos alternativos: necessidade da presença de um terceiro; realizada dentro de um processo ou paralalelamente a esse; finaliza o conflito através de um diálogo entre as partes.

Os contatos feitos diretamente entre as partes não são tidos como conciliação pois não existe a presença do terceiro. Quando for se tratar da mediação mais a frente, far-se-á uma distinção entre os dois que tornará sua percepção mais clara e objetiva.

Perfilhando a legislação e a doutrina processual, sabe-se que o Brasil possui dois procedimentos, o comum e o especial, e dentro do procedimento comum organizam-se dois ritos, o ordinário e o sumário. Além desses, também será de suma importância falar sobre a conciliação em um procedimento especial peculiar devido à sua abrangência.

Dentro do procedimento comum, rito ordinário, o Código de Processo Civil reserva o art. 331[145] para tratar do tema, fazendo-o de forma breve, e sendo um dispositivo que já fora reformado.

Atualmente, o citado dispositivo trata da audiência preliminar, momento no qual o juiz tenta a conciliação e, caso essa seja frustrada, resolve os incidentes e fixa o ponto controvertido da matéria e as provas a serem produzidas, saneando o processo e o deixando apto para a realização da instrução.

---

[144] *Ibid.*, p. 104.
[145] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

É de se lembrar que só haverá audiência preliminar se o direito versado na lide for passível de transação. Caso contrário, não ocorrerá a audiência e o juiz realizará o saneamento de pronto, através de despacho ou decisão interlocutória, conforme o caso.

Percebe-se que, no rito ordinário do procedimento comum, não há muita ênfase à conciliação. Ela existe enquanto uma das fases do rito mas não há maiores elucubrações fora isto. A impressão que se passa é como se fosse uma previsão apenas para constar, isto é, oportunizar a conciliação por questões diversas da sua real importância.

Por outro lado, pode-se argumentar que o Código não seria o texto apto para tratar da realização da conciliação ou de suas formas, bastando apenas que essa legislação preveja o momento onde se concretiza esse método alternativo de solução de conflitos, devendo essa tarefa ficar a cargo da doutrina.

Ademais, o rito ordinário do procedimento comum aplica-se a uma miríade de casos, inclusive onde não é possível a conciliação em razão da própria natureza do direito discutido nos autos, não sendo prudente que o legislador se extenda muito no tema. Ainda assim, registre-se a crítica quanto à pouca atenção dada à esse método naquele rito.

Tratamento similar ocorre no rito sumário, onde o art. 277[146] do Código de Processo Civil prevê o momento da conciliação, ali chamado de audiência de conciliação. O curioso é que, novamente, não se dá muita importância ou se elucubra muito acerca do tema.

O que causa mais estranhamento, entretanto, é que a audiência do art. 277 não é somente de conciliação, uma vez que ela possui outras consequencias. A ausência injustificada do réu, por exemplo, gerará a revelia. No mesmo ato o juiz também realizará, se for o caso, a conversão do rito sumário para o ordinário.

Assim sendo, levanta-se a questão do por que o art. 277 prevê a audiência de conciliação, ainda que outras consequencias advenham do feito, enquanto que o art. 311 trata

---

[146] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

do termo “audiência preliminar”. O mais coerente seria enumerar ambos casos como audiência preliminar, fixando aquele marco como momento conciliatório, e prever as consequencias daquele ato conforme o caso.

Onde a conciliação possui maior importância, porém, é no procedimento especial previsto pela Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Tendo em vista que o trabalho trata da matéria processual civil, deixar-se-á de lado a análise da matéria criminal, atendo-se apenas aos Juizados Especiais Cíveis.

Na citada lei, a Seção VIII trata da conciliação, reservando cinco artigos para solução do tema, indo do art. 21 ao 26[147]. Já se demonstra nessa legislação um maior cuidado com a conciliação, revelando o maior caráter de importância que o tema conquistou ao longo dos anos.

Talvez a maior vitória vem no próprio *caput* do art. 21, uma vez que determina que é dever do juiz ou do conciliador explicar para as partes as vantagens da conciliação e os riscos do litígio. Esse dispositivo está em harmonia com a previsão da própria parte possuir capacidade postulatória caso o valor da causa não exceda 20 salários mínimos.

O artigo, porém, não explicita que vantagens e riscos são esses. A maior vantagem, e mais evidente, está no fator temporal, isto é, na velocidade de recebimento daquilo que a parte pleiteia. O acordo firmado em sede conciliatória possui, em geral, cumprimento mais rápido do que a decisão judicial, que ainda estará sujeita à recurso e ao trâmite do processo de cumprimento de sentença.

Em alguns casos, porém, pode-se explicitar que as vantagens são mais numerosas. O fim de um conflito entre duas partes, sobretudo se são pessoas que convivem no mesmo ambiente, gera uma tranquilidade e pacificação social que transborda os limites daquela lide e afeta toda uma vizinhança, por mais simples que seja a demanda.

---

[147] BRASIL. Lei n. 9.099 de 26 set 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Já o risco principal do litígio está questão recursal e na possibilidade que a parte tem de ver uma eventual decisão revertida ou quiçá precise do recurso para obter uma decisão favorável, caso a primeira instância lhe seja contrária. Evidente, o recurso ainda possui um custo financeiro adicional, que transpassa as partes e desemboca no próprio órgão do Poder Judiciário.

Entretanto, a posição do conciliador deveria ser mais do que simplesmente alertar dos riscos e vantagens. Ele deve trabalhar ativamente na consecução do acordo, desde que esse seja possível, e tentar convencer as partes da sua possibilidade caso não haja interesse aparente em conciliar.

Por fim, digno de nota, é a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do tema da conciliação e mediação. Nela, o art. 12[148] prevê a realização de curso de capacitação para o exercício da função de conciliador, bem como trata do conteúdo mínimo que esse curso deve possuir.

Fica evidente, portanto, a crescente preocupação com a conciliação e a sua importância vem ganhando espaço gradativamente no atual espaço jurídico do país. O presente trabalho não possui o condão de buscar dados e dissecar o instituto completamente, algo que seria digno de outro trabalho, mas pretende dar um panorama geral sobre os métodos alternativos e uma breve análise sobre cada um.

Com isso, encerra-se o tratamento sobre a conciliação e se passa a tratar da mediação.

---

[148] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n 125 de 29 nov 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 26 jun 2013.

3.2.1.2. MEDIAÇÃO

Novamente, a análise se inicia com o conceito do instituto, recorrendo-se primariamente ao senso comum e ao auxílio do próprio idioma. A palavra mediação foi criada a partir do verbo mediar, o qual significa "ficar no meio de dois pontos"[149].

De certa forma, essa é a função do mediador. Ele fica entre as duas partes que buscam a solução do conflito e tenta fazer com que a solução ocorra, com que as pessoas realizem a solução do feito. A mediação possui similaridades com a conciliação, mas também possui várias diferenças que as tornam métodos bastante distintos um do outro.

Três diferenças separam os métodos de forma bastante clara. A primeira delas está no objetivo da realização do método. A conciliação busca solucionar a lide quanto aos pontos controvertidos que são trazidos pelas próprias partes, tendendo apenas a solucionar aquilo que faz parte dos pedidos inicialmente realizados.

Já a mediação possui um escopo mais amplo, tentando solucionar a raiz do conflito, ou seja, o ponto central de onde surge a insatisfação que faz surgir o conflito. Assim sendo, os métodos de conciliar e de mediar são bem distintos, sendo o primeiro mais direto e pontual, e o segundo mais abrangente.

A mediação tem um aspecto mais próximo do conceito de lide desenvolvido por Francesco Carnelutti[150], analisando ela como um fenômeno social e não somente jurídico. Assim sendo, a atuação do mediador precisa ultrapassar o viés puro do direito e passar a tratar de questões sociais que envolvam aquele conflito.

---

[149] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/mediar%20_998610.html> . Acesso em: 25/6/2013.

[150] A lide constitui ponto nevrálgico dos estudos desenvolvidos pelo autor italiano e sua visão como fenômeno sociológico e não jurídico. Embora o modelo proposto por Carnelutti possuir diversas críticas, os estudos do processualista incentivaram a evolução de diversos institutos, inclusive da mediação. Mais sobre o autor pode ser lido em sua obra *Sistema del diritto processuale civile*.

A segunda diferença está na atuação do conciliador em relação ao mediador. Como a solução da lide na conciliação está vinculada à análise de determinados pontos chave, a atuação daquele que concilia é muito mais direta, podendo o conciliador se manifestar quanto às propostas de acordo formuladas e até realizar a sua própria proposta.

O mediador, por sua vez, não possui esse condão. Ele na realidade atua como um facilitador de contato entre as partes, fazendo com que as partes cheguem a um acordo que as agrade, sem se manifestar quanto às propostas eventualmente formuladas, atuando somente como um elo entre as partes para que elas acordem.

Por fim, a diferença está na vinculação. A conciliação, como já visto anteriormente, se trata de fase processual, momento em que se tenta o acordo através da intervenção do juiz ou conciliador, esses funcionários vinculados ao Poder Judiciário. Já os mediadores foram originalmente concebidos como uma atividade privada, afastada do Estado, realizando seu trabalho sem a influência do Judiciário.

Aqui convém salientar a discussão que permeia o direito estadunidense na década de 1980. Na época, com a promulgação das legislações consumeristas, houve uma explosão de demandas nos Estados Unidos, causando um congestionamento judiciário sem precedentes e grandes discussões para tentar solucionar essa problemática.

Com essa problemática, surgiram duas teorias principais: a da judicialização e submissão ao Poder Judiciário, do professor Owen Fiss[151], e a da privatização e afastamento do Judiciário, do professor Lon Fuller[152].

---

[151] O professor Owen Fiss, de Yale, escreveu a obra *Against Settlement*, dedicada inteiramente a tratar do tema, onde ele faz críticas ferozes aos métodos extrajudiciais, afirmando categoricamente que somente o Poder Judiciário tem a capacidade de finalizar o conflito e que todos os métodos, para estarem acobertados pela legalidade e livres de abuso, devem passar pelo crivo do juiz.

[152] Já o professor Lon Fuller, de Harvard, tratou da temática na obra *The Forms and Limits of Adjudication*. Nela, o catedrático defende que a extrajudicialização é uma alternativa barata, veloz e eficaz ao Poder Judiciário, que se vê incapaz de abarcar todas as causas judiciais, ressaltando ainda a satisfação daqueles que participam da solução pela mediação privada como um dos principais argumentos na defesa de sua tese.

A primeira tese defende que somente haverá solução de conflitos se houver chancela e controle do Poder Judiciário, pois somente o juiz é capacitado para resolver, de forma justa, os conflitos da sociedade. Assim sendo, até atos como o acordo obtido pela mediação e a sentença arbitral devem passar pelo crivo do magistrado e as atitudes dessas esferas devem ser feitas dentro das normas do Poder Judiciário.

Já a segunda tese defende que a jurisdição deve existir mas os métodos alternativos de solução de conflitos devem estar afastados do Poder Judiciário, sendo realizado por categoria profissional própria, com regulamentação e controle autônomo e alheio aos Tribunais. Os árbitros e mediadores, por exemplo, estariam sujeitos à uma inscrição em órgão de classe e se submeteriam a análise desse, mas seus atos não necessitariam de homologação ou revisão do juiz para serem válidos.

Ambas as teses são válidas e a aceitação de uma ou de outra depende de uma análise cuidadosa da possibilidade de assunção dessa nova função pelo Poder Judiciário, uma vez que é necessário o cuidado para não se criar uma estrutura demasiadamente grande que não consiga dar cabo de suas funções.

Feitas essas considerações iniciais, o Brasil não possui nenhuma legislação sobre a mediação, ficando a cargo de órgãos, públicos ou privados, a iniciativa de instalar centros onde se pratique a mediação. Alguns Tribunais de Justiça, por exemplo, contam com aparelhagem para mediação, mas não existem impedimentos de que essa se realize fora do Tribunal, havendo a adoção de uma espécie de terceira corrente entre a discussão de Fiss e Fuller.

Existe em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei 517/2011 que trata do tema e regulamenta a função de mediador, mas que não será analisado no presente trabalho em razão de não ter sido convertido em Lei Federal, o que torna problemático debater sobre o Projeto em razão da grande possibilidade de modificação do seu conteúdo.

Ao invés disso, o trabalho tratará de algumas bases teóricas sobre o instituto, servindo de fonte para pesquisa e tratamento da mediação e, eventualmente, seus avanços. Como todo instituto jurídico, a mediação está sujeita à princípios. Tendo em vista não ser algo criado em nossas terras, tratando-se de importe, sobretudo da experiência dos Estados Unidos, convém a consulta e o auxílio para fixar esses princípios.

A Universidade de Harvard[153] possui um centro de mediação que trabalha com os cinco princípios basilares da mediação: voluntariedade, consentimento informado, auto-determinação, imparcialidade e confidencialidade.

Voluntariedade se traduz na vontade das pessoas em buscar a mediação. A mediação é um processo de construção de um acordo com a outra parte e passa por temas sensíveis como confiança e convencimento. Caso a pessoa não queira participar das sessões, ela não estará receptiva ao método e, certamente, a mediação não obterá resultado. O primeiro princípio, portanto, é da participação na mediação somente daqueles que assim desejarem.

O consentimento informado acaba sendo princípio correlato da voluntariedade porque diz respeito à informação. Devem os mediadores informarem as partes que buscam esse método sobre o seu funcionamento, os eventuais prós e contras, e as opções legais que as partes possuem para solucionar aquele conflito, tanto judiciais quanto extrajudiciais. O objetivo é que as partes tenham certeza do que estão fazendo para evitar o descumprimento posterior de eventual acordo firmado ou o abandono no meio do processo.

Já o terceiro princípio diz respeito à supremacia da vontade das partes, isto é, serão os próprios interessados que chegaram a um consenso, e não o mediador. Não há atuação direta do mediador no sentido de propor determinado acordo ou manifestar concordância ou discordância de alguma proposta. Deve o mediador apenas facilitar a comunicação entre as partes, para que elas façam o acordo.

---

[153] Maiores informações podem ser obtidas no site <http://www.law.harvard.edu/academics/clinical/hmp/practice/index.html>. Acesso em: 25 jun 2013.

Evidente, como garantia de qualquer procedimento de solução de conflitos, o mediador deve ser imparcial quanto às pessoas que o procuram. O objetivo é que as partes acordem a solução entre elas sem que o mediador faça a situação pender a favor de um ou de outro. As mesmas considerações sobre a imparcialidade do juiz são válidas quanto ao mediador.

Talvez o grande atrativo da mediação seja o quinto princípio, a confidencialidade. A situação tratada entre as partes perante o mediador deve ficar sob sigilo, sendo a informação confiada ao mediador e a mais nenhuma pessoa. Ademais, a confidencialidade é analisada em relação a cada parte para com o mediador, isto é, é possível que uma das partes diga ao mediador algo que não quer que a outra saiba e vice-versa.

O princípio mais problemático e que gera tanto debate quanto à mediação é a questão da confidencialidade, ou para ser exato, dos limites da confidencialidade. Não há um parâmetro para definir que informações podem ser feitas públicas ou não. O dilema mais clássico envolve a questão criminal e como o mediador deve lidar caso a parte lhe confidencie a prática de um crime.

Caso o mediador seja pessoa de direito público, o problema é de simples solução. As pessoas de direito público se submetem aos princípios da Administração Pública antes mesmo de adotarem os princípios da mediação, lição essa já esposada por Hely Lopes Meirelles[154]. A publicidade do art. 37, *caput*[155] da Constituição Federal terá prevalecência sobre a confidencialidade, aqui aplicando-se regra análoga a do segredo de justiça.

Quer dizer, portanto, que o teor dos atos não seria divulgado, apenas o andamento e a existência deles, devendo os atos criminosos serem comunicados, imediatamente, às autoridades competentes para investigação, sob pena de violação do princípio da moralidade.

---

[154] MEIRELLES, *op. cit.*, p. 82.
[155] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Na mediação privada é que a questão toma vulto, porque os mediadores não necessariamente estarão sujeitos aos princípios da administração pública ou de órgãos de classe. Certamente que se o mediador for advogado, submeter-se-á ao Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil e poderá ser punido através dele caso auxilie na ocultação de crime.

Contudo, se não for advogado, e aqui é claro pressupondo a possibilidade de mediadores não advogados, não haverá regra específica para tratar da questão, cabendo o tratamento do Direito Penal à questão. O presente trabalho sugere, parafraseando José Afonso da Silva[156], que nenhum princípio há de ser absoluto e deve comportar maleabilidade face a outros princípios.

Destaca-se que a matéria penal tem maior preponderância em razão da sua grande importância social. A solução de conflitos que a mediação pode proporcional é bem vinda, mas permitir com isso que uma parcela de criminosos possa ficar impune é algo com o qual o Direito não pode coadunar.

Assim sendo, para o caso do princípio da confidencialidade na mediação, o autor entende que deverá haver maleabilidade do princípio quando for levado à conhecimento do mediador questão penal, devendo o mediador levar tal situação à conhecimento das autoridades competentes para investigação e julgamento.

Tendo em vista a ausência de legislação regulamentadora, o trabalho limitar-se-á apenas a fixar os princípios que hão de ser respeitados quando da implementação da mediação no Brasil, uma vez que analisar profundamente o instituto demandaria um trabalho específico para tal, que fugiria o escopo do presente. Assim sendo, passar-se-á a abritragem.

---

[156] O constitucionalista, por diversas vezes, sempre esboçou o entendimento da inexistência de direitos fundamentais absolutos, pugnando pela relativização sempre que houvesse conflito entre eles. A obra *Curso de Direito Constitucional* do autor possui diversas passagens sobre o tema, a qual recomenda-se a leitura.

3.2.1.3. ARBITRAGEM

Das *Alternative Dispute Resolutions* aplicadas no direito pátrio a arbitragem é que ocupa o papel mais peculiar. Nela, não há a busca pela autocomposição da lide, uma vez que a decisão é prolatada por um terceiro – o árbitro. Na realidade, a arbitragem é muito assemelhada à jurisdição, mas tem uma característica fundamental que a torna única: trata-se de uma forma privada de solução de conflitos.

Isto é, enquanto a jurisdição se caracteriza pela prolação de decisões através de um órgão público, que é parte do Estado, representado naquele ato pelo juiz, a arbitragem se caracteriza pela prolação de decisões através de um órgão particular, não vinculado ao Estado, representado naquele ato pelo árbitro. De uma forma sucinta, a aribtragem é como uma jurisdição privada.

Evidente que existem diferenças basilares entre a jurisdição e a arbitragem. O duplo grau de jurisdição, por exemplo, não é aplicável no caso dessa modalidade, bem como não há a obrigatoriedade de sua adoção, sendo ela feita mediante contrato previamente formulado entre as partes.

Contudo, a atividade possui notável importância e é a única, no ato da confecção desse trabalho, que possui legislação já promulgada para tratar do tema, sendo a Lei 9.307/96. Tendo em vista a existência de texto legal, passar-se-á a análise do mesmo, com os devidos comentários conforme a colocação dos artigos.

O art. 1º da Lei delimita o seu escopo de aplicação, podendo ser utilizada apenas no caso de direitos patrimoniais disponíveis e também cria um pré-requisito importante: somente pessoas capazes de contratar poderão utilizar-se da arbitragem.

Percebe-se que a arbitragem, embora seja mecanismo alternativo, possui natureza jurídica de contrato, dado que sua aplicação depende de uma contratação prévia, como se verá

mais adiante. As matérias indisponíveis estão sob a égide da reserva de jurisdição, somente sendo passíveis de análise pelo Poder Judiciário.

O art. 2º determina que a arbitragem poderá ser de direito ou por equidade. O §1º faz uma ressalva bastante evidente acerca da atenção à moral e os bons costumes e o §2º também faculta o uso princípios gerais de direito, costumes e regras de comércio internacional.

Esse artigo delimita quais critérios o árbitro deverá adotar para solucionar a controvérsia que lhe é apresentada. Os quatro primeiros fatores já fazem parte da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e não comportam maiores comentários. O último fator, as normas de comércio internacional, trata-se da utilização de critérios gerados por organismos internacionais, tais como a Organização Mundial do Comércio, e tem caráter nítido de atendimento à empresas transnacionais.

O art. 3º trata das formas como é possível contratar a arbitragem, as quais a própria explica e serão tratadas mais a frente. O art. 4º conceitua o que é a cláusula compromissória, tratando-se de cláusula contida em contrato na qual as partes escolhem submeter os litígios referentes àquele contrato a arbitragem. O §2º traz importante ressalva quanto aos contratos de adesão em que só haverá validade da cláusula compromissória se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem.

O único comentário aqui é a proteção ao aderente nos contratos de adesão, uma vez que seus termos não podem ser negociados pelo contratante. Convém, também, salientar que essa cláusula possui validade questionável nas relações de consumo, uma vez que o art 51, VII do Código de Defesa do Consumidor explicita a nulidade de cláusula que torne a arbitragem obrigatória.

Os arts. 5º e 6º são questões procedimentais de mera aplicação. Já o art. 7º prevê uma espécie de ação caso uma das partes contratantes não queira cumprir a cláusula compromissória, recusando-se a integrar a instituição da arbitragem ou apresentando

resistência para tal. A solução, nesse caso, é o ajuizamento de demanda com procedimento previsto nos parágrafos do art. 7º, e que ao final haverá a confecção do compromisso de arbitragem pelo juiz de direito.

Aqui se demonstra claramente o aspecto opcional da arbitragem e serve para demonstrar mais uma vez a distância que existe entre essa e a jurisdição. Explicita também um dos problemas quanto à aplicação do instituto, que acaba se propagando para os demais métodos alternativos, cuja discussão ficará para momento posterior.

O art. 8º trata da validade da cláusula compromissória, sendo essa independente da validade do contrato em si. O art 9º traz a definição do conceito de compromisso arbitral como a convenção feita pelas partes de submeter um litígio à arbitragem.

Importante salientar que, tanto numa forma quanto noutra, a contratação da arbitragem se dá de forma única e exclusiva, isto é, havendo cláusula compromissória, ela só é válida naquele contrato específico onde está inserta e, caso haja compromisso arbitral, ele igualmente só será válido se for aplicado para aquele litígio específico.

Os arts. 10 e 11 trazem os requisitos do compromisso arbitral, sem nenhuma especificidade digna de comentário. O art. 12 traz os casos de extinção do compromisso arbitral, sendo eles: a escusa ou falecimento do árbitro, desde que haja cláusula vedando substituição; a expiração do prazo para apresentação da sentença arbitral, podendo aqui ser concedido prazo de dez dias, mediante notificação, para apresentação da mesma.

Aqui surgem duas características importantes da arbitragem. A primeira delas é a possibilidade de substituição, com a concordância das partes. Enquanto no direito processual civil, na jurisdição, impera o princípio da identidade física do juiz, na arbitragem ele pode ser mitigado conforme a vontade das partes contratantes.

A segunda delas é a estipulação de prazo para apresentação da sentença arbitral e aqui talvez esteja o maior atrativo da arbitragem. Quando do compromisso ou da cláusula, as

partes podem fixar o prazo para apresentação da decisão, diferentemente do que ocorre na jurisdição, onde existe a questão dos prazos impróprios e cujo cumprimento depende de uma gestão judiciária eficiente.

O maior problema quanto ao prazo na sentença arbitral é a questão dos honorários do árbitro. A lei não prevê momento apto para o pagamento desses valores, podendo eles inclusive serem fixados e recolhidos de acordo com o contratado pelas partes. Tendo em vista que o vencimento do prazo importa na extinção da arbitragem, não há impedimento aparente de que as partes convencionem o pagamento dos honorários do árbitro somente quando da entrega da sentença arbitral, o que torna o sistema muito atraente, pois o árbitro possui um estímulo para cumprir os prazos.

Cumpre aqui explicitar que existe recolhimento de taxa de registro e custas, conforme informações retiradas do Instituto Brasileiro de Mediação e Arbitragem, e que essas serão pagas no início do processo arbitral[157]. Embora a Lei não explicite, a criação dessas custas possui um caráter razoável, pois servem para fazer a ignição e iniciar o processo arbitral ao pagar despesas, tais como envio de notificação.

Os arts. 13 e 14 tratam de quem pode ser árbitro, sem grandes celeumas nesses dispositivos. Apenas de nota o art. 13, §2º que prevê nova possibilidade de judicialização em caso de discordância quanto à opção pelos árbitros e o §7º do mesmo artigo que prevê a possibilidade de pedido de adiantamento de verbas, feito pelo árbitro.

O art. 15 trata da possibilidade de arguição de suspeição de um árbitro, cujo procedimento ser verá mais a frente. Já o art. 16 prevê a possibilidade de substituição do árbitro, relembrando que caso haja cláusula prevendo a impossibilidade de substituição, estará finda a arbitragem, também havendo a previsão no art. 16, §2º de mais uma hipótese de judicialização caso não se chegue a um acordo para a substituição do árbitro.

---

[157] Dado fornecido pelo Instituto Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.tribunalarbitral.net/custas.asp>. Acesso em: 25 jun 2013.

O art. 17 trata da equiparação do árbitro ao funcionário público para efeitos penais, cujos comentários não se farão nesse trabalho em razão de não serem parte da temática principal. No art. 18, há uma previsão importante que fixa a arbitragem como sendo independente do Judiciário, uma vez que as sentenças arbitrais não estão sujeitas à homologação do juiz, tampouco a recurso dirigido ao Tribunal.

O art. 19 trata da instituição do tribunal arbitral, sem grandes complexidades, e o art. 20 trata da arguição de suspeição do árbitro e de eventuais nulidades no compromisso ou cláusula. A Lei, entretanto, especifica que essas arguições deverão ser feitas na primeira oportunidade que a parte tem para se manifestar. Embora não haja previsão legal específica, é razoável presumir que, caso tais questões não sejam arguidas naquele momento, ocorrerá a preclusão temporal, em razão de se tratar de matéria processual.

Caso as arguições sejam julgadas improcedentes, o processo arbitral segue seu curso normal. Entretanto, havendo a suspeição do árbitro, esse deverá ser substituído na forma prevista no art. 16 da Lei e, caso haja nulidade do compromisso ou cláusula, o caso será remetido para o Poder Judiciário, em mais uma hipótese de judicialização.

O art. 21 e parágrafos tratam do procedimento do processo arbitral e trazem uma questão interessante que é a possibilidade das partes fixarem o procedimento a ser adotado, em um total distanciamento do processo civil, onde o procedimento é ditado pela norma jurídica. Caso não haja fixação do procedimento, caberá ao árbitro fixá-lo, respeitando o contraditório e o livre convencimento do julgador, sendo facultado às partes a postulação mediante advogado e obrigatória a conciliação prévia.

No art. 22 e parágrafos jazem as disposições sobre a produção de prova a ser feita pelo árbitro em similitude muito próxima às normas sobre provas já existentes na lei processual civil, o que se mostra razoável, dado a proximidade da atividade a ser realizada.

Uma característica importante do juízo arbitral que o afasta mais ainda da jurisdição é a ausência de coercitividade. Por se tratar de um contrato firmado entre duas partes, somente essas podem, eventualmente, serem prejudicadas pelo mau cumprimento do contrato, em respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* do Direito Civil. Terceiros, entretanto, não podem ser alvos do compromisso arbitral.

Isto fica bastante evidenciado na questão da testemunha faltosa, cuja condução coercitiva deve ser feita pelo Poder Judiciário, em mais uma hipótese de judicialização, uma vez que o juízo arbitral não pode forçar a testemunha a comparecer, valendo isto também para qualquer outra medida coercitiva ou cautelar.

O art. 23 trata do prazo da sentença arbitral, estipulando prazo padrão de seis meses a contar da instrução, caso outro prazo não tenha sido pactuado pelos contratantes. O art. 24 trata da forma escrita da decisão da votação por maioria, caso haja mais de um árbitro, também sem problemáticas.

Já no art. 25, vislumbra-se mais uma hipótese de judicialização do caso do juízo arbitral, ocorrendo quando o árbitro perceber que o julgamento da causa dependerá da análise de controvérsia que verse sobre direitos indisponíveis, portanto fora de sua competência, remetendo as partes ao Poder Judiciário e suspendendo o processo arbitral.

Pelo art. 26, visualiza-se os requisitos da sentença arbitral, muito próximos daqueles previstos na sentença judicial. No art. 27, visualiza-se que cabe a sentença tratar da distribuição da responsabilidade pelo pagamento das custas arbitrais e honorários de árbitro, salvo disposição na cláusula ou compromisso.

Interessante perceber que há a possibilidade, prevista na Lei, de que haja condenação por litigância de má-fé, nos termos do art. 17 do Código de Processo Civil[158]. Por óbvio, o

[158] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

dever de lealdade processual deve transpassar a esfera do processo civil comum e adentrar na questão arbitral, até pela proximidade entre a atividade arbitral e a jurisdicional.

O art. 28 prevê a possibilidade de homologação de acordo mediante sentença arbitral, desde que, evidentemente, o acordo verse sobre o litígio que está sendo julgado pelo tribunal arbitral. No art. 29 há a previsão da notificação postal da decisão arbitral, e há no art. 30 a possibilidade do uso de um pedido de correição da sentença, em caso de erro ou obscuridade, desde que notificada a outra parte. O pedido guarda similitude com os embargos de declaração previstos no Código de Processo Civil, no art. 535.[159]

O art. 31 equipara, a nível de produção de efeitos, a sentença arbitral da judicial, constituindo aquela título executivo extrajudicial. A previsão, embora óbvia, é salutar pois fulmina qualquer dúvida acerca da validade da sentença arbitral e demonstra, claramente, a ausência de coercitividade do juízo arbitral.

No art. 32 estão presentes as causas de nulidade da sentença arbitral e o art. 33, último dispositivo a ser analisado, trata do procedimento judicial para nulidade da sentença arbitral. Caso haja vício na decisão, poderão as partes ajuizar demanda perante o Poder Judiciário requerendo o reconhecimento desse vício, havendo prazo de noventa dias para seu ajuizamento. O procedimento a ser seguido é o comum, e essa situação guarda muita proximidade com a ação rescisória do art. 485 do Código de Processo Civil.[160]

Ocorrendo o reconhecimento de alguma nulidade, a sentença arbitral será anulada nos casos de: nulidade de compromisso; prolatada por quem não podia ser árbitro; proferida viciada por prática de prevaricação, concussão ou corrupção passiva por parte do árbitro; proferida fora do prazo; desrespeito aos princípios do livre convencimento e contraditório.

---

[159] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[160] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Ainda, ela poderá ser refeita nos casos de: desrespeito aos requisitos da sentença arbitral; sentença dada fora dos limites da convenção; sentença com decisão parcial do litígio.

Evidente que os primeiros vícios são insanáveis, uma vez que não é possível retornar ao *status quo ante* do acontecimento do defeito. Os demais, no entanto, tratam de vícios sanáveis pelo refazimento do ato viciado.

Essa foi a breve análise da legislação que trata da arbitragem no Brasil, ficando claramente demonstrado que se trata de uma espécie de procedimento que é contratado pelas partes e sua submissão é voluntária, havendo inclusive diversas hipóteses onde há as partes podem recorrer ao Poder Judiciário.

Como se pode perceber, o Brasil possui, de certa forma, a aplicação de todos os três dos principais métodos alternativos de solução de conflitos. A conciliação, prevista no Código de Processo Civil e na Lei dos Juizados Especiais; a mediação, enquanto ainda não regulamentada por Lei, aplicada por institutos públicos e privados e a Lei 9.307/96 que trata da arbitragem.

A problemática maior envolvendo esses métodos está não na legislação deles, embora essa também possa ter celeumas, como visto acima, mas sim nos dois pilares fundamentais sobre os quais se baseiam todos os métodos: a confiança e a disposição.

Confiança no terceiro participante, quando houver, e na contraparte. Para que o método funcione, a parte precisa confiar que aquele terceiro que está ali tentando ajudar a resolver o litígio realmente tem esse objetivo e está trabalhando para consegui-lo, e não atuando para consecução de outras metas, bem como também precisa confiar na outra parte, tendo a certeza de que ela também busca a solução do problema.

Não somente isso, mas disposição de aplicar o método até o final. Esse é o convencimento interno de que aquele método é mais vantajoso e melhor do que a via tradicional de jurisdição. Evidente, esses dois pilares exigem uma educação do candidato à

jurisdicionado da existência dos métodos e da opção pela sua adoção. Caso contrário, a mera previsão legal não surtirá qualquer efeito se não houver algum elemento que torne os *ADR* viáveis para as pessoas.

Pode-se perceber, sobretudo na arbitragem, que a adoção do método sem a disposição ou sem a confiança podem gerar problemas graves e acabar transformando aquilo que seria solução para a lide em um conflito ainda maior. Nesse aspecto é que, lado a lado com as previsões legislativas dos *ADR* é que devem existir programas de conscientização e educação das pessoas para que elas entendam que é melhor transigir do que litigar.

3.2.2 RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS REPETITIVOS OU *RDR*

Algumas legislações, quando promulgadas, são muito festejadas e elogiadas pelo seu conteúdo social ou por atender a um longo anseio da sociedade na qual elas foram publicadas. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, é uma destas leis, no caso do Brasil.

O Código fora concebido não só como um instrumento para defesa dos consumidores nas relações de consumo que se massificavam cada vez mais, mas também veio na tentativa de suprir uma lacuna legislativa, que é a ausência de uma legislação processual coletiva.

Tentou-se completar essa falha com a Lei da Ação Civil Pública, promulgada cinco anos antes, mas com os vetos que sofreu, ela não se tornou a ação genérica coletiva que se pretendia, havendo uma grande limitação do seu campo de atuação.

Contudo, o Código trouxe não só essa novidade. Com ele, as lides oriundas de relações de consumo, que se encontravam represadas, começaram a ser levadas ao Judiciário e a se converter em demandas. Pouco a pouco, o número de demandas foi aumentando até estarmos no estágio atual, da massificação dos conflitos, proveniente da igual massificação das relações de consumo.

A forma de se consumir mudou drasticamente nos últimos anos, havendo cada mais fornecedores de serviços, um aumento no poder aquisitivo do brasileiro e, consequentemente, uma maior judicialização dos conflitos. Com isto, cada vez mais demandas assoberbam o Judiciário, que, se não cunhar mecanismos eficientes para lidar com elas, não terá estrutura para continuar operando.

Um desses mecanismos é a resolução de demandas repetitivas. O termo vem da experiência norte-americana do *repetitive dispute resolution*, e visa criar formas eficazes de combater o crescimento de demandas idênticas. Aquele país viveu experiência similar à nossa, apesar da mesma lá ter começado na década de 1980.

Assim, a tarefa atual do presente trabalho é demonstrar a existência desses mecanismos, buscando conceituar os institutos e ver o seu funcionamento no direito atual, bem como o paradigma do novo código de processo civil, eventualmente pontuando aspectos do direito comparado quando for o caso.

Antes de adentrar na matéria processual em si, necessário começar conceituando a noção do instituto de resolução de demandas repetitivas, até para situar o objeto da pesquisa e o tratamento a ser dado ao mesmo. As discussões, inicialmente, encerram delimitar o objeto e demonstrar a sua existência e sua repercussão no direito pátrio, bem como analisar a carga valorativa dada ao instituto.

Para facilitar a delimitação do objeto, é necessário a quebra do conceito em vários conceitos menores, até porque a construção de resolução de demandas repetitivas constitui a existência de três conceitos distintos que são reunidos para criar um quarto outro.

Resolução, de acordo com a conceituação constantes nos dicionários[161], se trata de ato ou efeito de resolver ou resolver-se, sendo o termo resolver definido como “Dar solução a”. A utilização principal do termo é para a finalização de um problema, sendo esse terminado através de um ato ou série de atos.

Para o direito, entretanto, a resolução possui variadas vertentes. Se utilizada no Direito Civil, por exemplo, ela trata de uma das formas de se terminar a relação contratual. No direito processual, porém, a idéia de resolução pressupõe a manifestação do juiz quanto ao assunto que está sendo levado ao conhecimento do Judiciário.

Não é, entretanto, qualquer manifestação. As decisões interlocutórias, embora sejam manifestações do juiz, não são consideradas resolução. Isto porque elas tratam de incidentes que surgem ao desenrolar da relação processual.

---

[161] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=resolver> . Acesso em: 08 mai 2013.

Aliás, a idéia de resolução em matéria de direito processual diz respeito à resolução do processo. A lide é uma anormalidade da sociedade, cuja previsibilidade não lhe retira esse caráter de atipicidade. O normal é que a sociedade viva sem conflitos, mas quando esses surgem é necessário uma solução sem que haja o desrespeito ao Direito.

Essa solução ao processo é que se deve entender pelo vernáculo "resolução" do conceito ora analisado, sem perder de vista a ideia de instrumentalidade do processo. Ao passo que o processo se presta à resolver conflitos, também se exige dele que os solucione com eficiência.

Dentro da instrumentalidade é que já asseverava Barbosa Moreira[162] que só haverá efetividade se a ferramenta for adequada. Combinando as duas noções, facilmente se chega à conclusão de que o termo "resolução" diz respeito ao término da relação processual onde o Poder Judiciário consiga cumprir sua função precípua de pacificar os conflitos.

Analisando o art. 267[163] do Código de Processo Civil é possível perceber que as causas de extinção do feito, sem resolução do mérito, embora resolvam o processo, paradoxalmente não lhe dão solução. Percebe-se o fim da relação processual, em geral pela existência de algum vício insanável, na qual o juiz não se manifestará sobre os fatos ali carreados.

Por isso que o termo resolução possui uma carga muito maior de resolução de mérito do que simplesmente fim da relação processual. A uma porque cumpre a função precípua do Poder Judiciário. A duas porque evita o custo notório da tramitação inútil de um processo que estará fadado a ser finalizado. A três porque garante a eficiência do instrumento para a função que lhe é dada.

---

[162] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual Civil: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.
[163] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Feito isto, passa-se a análise do termo “demanda”. Esse termo foi objeto de muito estudo nos primórdios da criação e consolidação da ciência processual, pois é sobre ela que se debruça toda a atividade do processo. Excetuando-se os casos onde o Estado judicializa determinados procedimentos, só há processo quando há demanda.

Novamente, socorre-se ao idioma para que se tenha um ponto de partida da análise dos termos. Demanda vem conceituado nos dicionários[164] como “Ação judicial proposta e disputada contenciosamente; causa, litígio, pleito.”, já marcado como um conceito vindo da ciência do Direito.

Basicamente, o dicionário reflete o conceito científico. O purismo acadêmico poderia obrigar a uma análise mais rigorosa, sobre a existência do momento prévio à demanda – a lide – que só se converte no momento posterior – a demanda – quando há o exercício do direito de ação. Entretanto, por questões mais pragmáticas, deixar-se-á esse purismo, ao qual não se nega seu valor, de lado para tratar os termos como sinônimos.

A demanda surge, portanto, a partir de uma palvra chave, a insatisfação. Essa insatisfação, entretanto, não pode ser por qualquer motivo: o torcedor de time de futebol que vê sua equipe perder na final de um disputado campeonato, embora insatisfeito, não formula uma demanda.

Isto porque, já asseveram Ada Pellegrini, Cândido Dinamarco e Araújo Cintra[165], essa insatisfação há de ser qualificada pela presença de outro fator. Esse fator pode ser a resistência na satisfação de determinada pretensão ou a proibição, pelo ordenamento jurídico, da satisfação voluntária da mesma pretensão.

Objetivando clarificar mais as definições dadas, toda vez que um cidadão possui uma pretensão lícita mas encontra em outro cidadão resistência no cumprimento de sua pretensão

---

[164] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=demanda%20&CP=939693&typeToSearchRadio=exactly&pagRadio=50> . Acesso em: 08 mai 2013.

[165] CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, *op. cit.*, p. 20.

estar-se-á diante de uma lide que, se não for solucionada pelos próprios contendores, será levada ao Poder Judiciário por meio de uma ação.

Evidente que a ideia de pretensão leva em conta também os meios empregados para a consecução do resultado que se pretende obter. Assim, querer ser proprietário se afigura como uma pretensão lícita, mas objetivar fazê-lo através da subtração do bem de terceiro contra a sua vontade – o furto – retira a licitude da pretensão e, embora ela gere repercussão jurídica, se afasta da óptica do processo civil, que é o foco do presente trabalho.

Também pode acontecer – e não raro ocorre – que a pretensão que o cidadão possui possa ser satisfeita por ele mesmo, sem a necessidade de segunda pessoa que possa lhe oferecer resistência, mas existe um proibitivo à essa realização criada pelo ordenamento jurídico.

Assim sendo, é possível que o cidadão queira fabricar explosivos utilizando-se de materiais lícitos e de amplo e fácil acesso, mas lhe será probido fazê-lo pois existe uma legislação que veda tal conduta. Sem perfilhar a seara do direito penal, mais uma vez utilizando somente as lentes do processo civil, vislumbra-se também nessa hipótese a existência de uma demanda.

Em ambos os casos e provavelmente com graus variados de sucesso, a demanda exigirá solução, uma vez que a insatisfação é fator grave de agitação social. Essa solução pode se dar de três formas: a autotutela, a autocomposição e a jurisdição. Novamente, o socorro a Cintra, Grinover e Dinamarco[166] se faz necessário.

Na autotutela, um dos cidadãos envolvidos na demanda, através de desforço próprio, obriga o outro a aceitar a sua posição. Seja o pretendente, seja o resistente, ele utiliza sua própria força e submete o outro, sem a presença de um juiz para analisar o caso. Aliás, esses

[166] *Ibid.*, p. 21.

são os dois aspectos básicos da autotutela: a submissão da vontade de uma das partes pela outra e a ausência de um juiz.

Notório ver que a autotutela se coaduna com sociedades mais antiquadas, onde o Estado não possuía uma estrutura adequada, forte, para lidar com os conflitos. Ela ainda subsiste vestigialmente em nosso direito, citando-se por exemplo o art. 1.283 do Código Civil[167], que trata do direito de poda dos galhos em árvore límitrofes, situação que, embora ocorra raramente em ambientes urbanos, poderá ser vista frequentemente em zonas rurais.

Também de tempos antigos mas existindo até a presente data é a autocomposição. Nela, os envolvidos na demanda resolvem-na através de concessões, que podem ser de apenas uma das partes ou de ambas. Se realizadas por uma das partes, podem ser a desistência – quando o pretendente abandona sua pretensão – ou a submissão – quando o resistente não oferece mais resistência.

Quando realizadas por ambas as partes, trata-se da transação. A transação, em uma espécie de "virada kantiana"[168], deixada no segundo plano durante muito tempo, está voltando a assumir com força importante papel na gestão de conflitos. Sua análise mais pormenorizada, entretanto, é digna de outro trabalho, com a qual o presente não atentará.

Finalmente, se cria o modelo de jurisdição, que vem do latim *jurisdictione*[169], que em tradução livre significa "dizer o direito" e que é o modelo amplamente adotado e aceito na maior parte dos Estados atuais. Quando há a demanda, um terceiro – o juiz – é chamado para

---

[167] BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em 26 jun 2013.

[168] Conforme dito anteriormente, o termo "virada kantiana" vem do estudo da filosofia. A filosofia do direito de Immanuel Kant pregava a separação entre o direito e a moral, entendendo esta como aspecto interno do indivíduo e aquele como uma influência externa. Esta filosofia que impulsionou os estudos jurídicos sobretudo do século XIX e início do século XX, sendo notório no positivismo jurídico de Kelsen este afastamento. Posteriormente, com o pós-positivismo e a principiologia, sobretudo com Norberto Bobbio, ocorreu o retorno da moral para o direito, entendendo a moral como um dos pilares sobre os quais se fundam o direito. Recomenda-se a leitura das obras "Crítica da Razão Pura" de Kant, "Teoria Pura do Direito" de Kelsen e "A Nova Era de Direitos" de Bobbio sobre estes temas.

[169] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=jurisdi%E7%E3o> . Acesso em: 08 mai 2013.

resolvê-la, analisando a situação que ocorre e, calcado nas normas jurídicas e na própria convicção[170], decidirá quem possui razão e quem deverá ter a sua prestação reconhecida.

Evidente, o sucesso da jurisdição depende que os envolvidos na demanda reconheçam a autoridade a ser exercida pelo terceiro no caso – o juiz. Se não há o reconhecimento dessa autoridade, o modelo estará fadado ao fracasso. Contudo, essa discussão também é digna de outro trabalho, sobre a qual não se estenderá no presente.

Portanto, a demanda é a existência de uma insatisfação, qualificada ou pela resistência de outra pessoa ou pela impossibilidade de cumprimento da pretensão pelo próprio ordenamento jurídico.

Finalmente, a ideia de repetitiva vem nos dicionários[171] como sendo "Dar-se ou suceder novamente". Embora seja um conceito claro do ponto de vista idiomático, do ponto de vista jurídico a situação é mais complexa.

A repetição de ações não se consubstancia em novidade. Tanto é que um dos maiores processualistas italianos, Giuseppe Chiovenda[172], já se preocupava com isso durante seus escritos da virada do século XIX. Ao tratar da repetição de demandas, Chiovenda atentava para os elementos da demanda e a identidade dos mesmos para analisar esse evento da repetição.

O autor italiano elencava como três os elementos da demanda: partes, causa de pedir e pedido. As partes se constituem em autor e réu, quem pretende e quem resiste respectivamente; a causa de pedir são as situações fáticas que levaram ao ajuizamento da ação, ou seja, o substrato fático que o juiz analisará para que decida; e o pedido é a providência que a parte quer que o juiz adote.

---

[170] Rememora-se que, sobre esta temática, muito contributiva a leitura da obra "O que é isto? Decido conforme minha consciência" do Prof. Lênio Luiz Streck, onde o autor analisa, calcado na filosofia do direito, o ato do magistrado decidir conforme a sua convicção pessoal.

[171] Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/definicao/repetir%20_1036244.html> . Acesso em: 08 mai 2013.

[172] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Cafitano.Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 51-52.

Assim, haverá a identidade de demandas quando partes, causa de pedir e pedido forem idênticas, resultando na chamada *tria eadem*, a identificação tríplice[173]. A importância dessa análise, para nós, decorre do previsto no Código de Processo Civil, em seu art. 301, §3º, que trata dos fenômenos da litispendência e da coisa julgada[174]. A legislação não traz o conceito de repetição de demandas, cabendo à doutrina fazê-lo. Como os estudos de Chiovenda tiveram grande impacto para os juristas brasileiros, foi esse jurista italiano que lançou as bases do estudo[175].

Para esse conceito de repetitivo, entretanto, não se pode aplicar a *tria eadem* de Chiovenda. Se assim fosse, o problema já estaria resolvido: as demandas se extinguiriam ou através da aplicação da coisa julgada ou através da litispendência. Ocorre, entretanto, que as demandas não são idênticas, mas são próximas.

O que se observa, em verdade, é que existe uma proximidade entre os elementos objetivos da demanda – causa de pedir e pedido – deixando-se, em geral, o elemento subjetivo – partes – de fora. A repetição das demandas, portanto, não é a identidade plena de demandas, mas sim a proximidade que essas possuem com relação à causa de pedir e pedido, sobretudo àquela, uma vez que os julgamentos têm se consubstanciado em cima das razões de fato.

Portanto, poder-se-ia formular um conceito analítico de resolução de demandas repetitivas dizendo que são mecanismos utilizados pelos juízes para extinguir, com resolução de mérito, os conflitos onde haja uma pretensão resistida ou vedada pelo ordenamento jurídico, desde que entre esses conflitos haja uma proximidade entre os elementos objetivos da demanda, isto é, causa de pedir e pedido.

---

[173] *Ibid.*, p. 429.
[174] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.
[175] Durante o regime fascista de Mussolini, o então processualista Enrico Tullio Liebman e aluno de Giuseppe Chiovenda se foragiu da Itália no Brasil, onde formou uma influente escola de direito processual que teve como alunos Ada Pellegrini, José Carlos Barbosa Moreira e Alfredo Buzaid, este último considerado o pai do atual Código de Processo Civil. Uma breve biografia de Liebman pode ser encontrada em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/imortal.asp?id=10>, Acesso em 08 mai 2013.

Com esse conceito em mente, realizar-se-á análise dos mecanismos que existem atualmente no direito pátrio e quais outros estão por vir com o Novo Código de Processo Civil, o qual imagina-se provavelmente acabará apelidado de Código Fux em relação ao seu principal criador, da mesma forma que o atual Código é chamado de Código Buzaid.

Tendo em mente o conceito supracitado, faz-se necessário agora ver como o direito pátrio agasalhou a situação das demandas repetitivas e como esse as soluciona. Algumas considerações sobre a situação da litigância de massas, entretanto, se fazem importantes.

A primeira delas é que as demandas de massa, nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha[176], se destacam por trazerem casos judiciais massificados, decorrentes de uma situação que atingiu uma quantidade exagerada de pessoas.

Via de regra, é mais fácil vislumbrar esse tipo de circunstância no direito do consumidor, onde existe um vasto número de consumidores dos serviços privados ou públicos, esses mediante ou não concessão. Não seria incomum, entretanto, perceber causas que se afastam da seara consumerista e caminhem para outro lado.

Assim sendo, as demandas repetitivas possuem uma proximidade fática e jurídica entre elas muito maior do que se originalmente pensava, uma vez que possuem nascedouro comum. Assim sendo, elas necessitam de uma solução essencialmente uniforme, podendo inclusive ter uma dogmática própria para o atingimento de tal fim.

Fredie Didier Júnior[177] entende que seria necessário uma adequação da sistemática processual atual para que se pudesse coadunar o código de processo civil atual – primado pela individualidade do liberalismo – com o regime das demandas repetitivas – causas que, embora não sejam naturalmente coletivas, certamente possuem um viés coletivo.

Para aquele processualista, deveria ser aplicado o princípio da adequação, através do qual o magistrado poderia adequar o rito processual para o caso que se apresenta diante dele.

---

[176] CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Regime Processual das Causas Repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 35 n. 179, p. 139-175, jan/2010, p. 142.
[177] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p.41.

Essa adequação para as demandas repetitivas deve primar pela solução uniforme dos casos, para garantia da segurança jurídica, uma vez que traria notório dissenso a solução diferenciada para casos com o mesmo substrato fático.

Convém aqui salientar que poderá haver, conforme os casos em tela, variação no conteúdo probatório trazido aos autos, por conta desse ou daquele autor ou réu. Essas variantes devem ser, evidentemente, levadas em conta no julgamento das demandas. Quando se fala em solução uniforme, fala-se na criação de critérios objetivos para se obter determinado provimento, seja ele procedente ou não.

Outra importante consideração jaz nos chamados litigantes habituais. Essa caracterísita de litigantes, segundo definição cunhada por Boaventura de Souza Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso[178], são as pessoas que vão ao Judiciário, com litígios frequentes, onde ele corre pouco risco relativamente aos resultados pretendidos e que possui recursos suficientes para buscar os interesses de longo prazo.

Essa definição foi cunhada pelos autores portugueses espelhando a realidade de Portugal. O Brasil possui algumas peculiaridades que tornam a identificação do fenômeno mais complexa: uma ampla gama de pessoas que não possuem recursos para litigar, uma má prestação quase que endêmica dos serviços da sociedade e a existência dos Juizados Especiais, onde existe a gratuidade de justiça e a capacidade postulatória do próprio cidadão.

Portanto, no caso brasileiro, se propõe um quarto requisito à identificação dos litigantes habituais que é a ausência de causa de pedir ou de defesa fática, isto é, a ausência de circunstância fática que embase o seu pedido ou defesa. Essa análise decorrerá de um estudo pormenorizado dos processos onde aquele cidadão ou ente figure como parte e na repetição dessa situação.

---

[178] SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João, *et. al.*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas:* O Caso Português. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 71.

A razão pela qual se propõe essa regionalização do conceito é a problemática que seria restringir o acesso ao Judiciário daquele cidadão que vai questionar as prestações defeituosas que ele recebe diariamente, agravado especialmente na seara consumerista, onde as pessoas têm determinada expectativa com o produto ou serviço e muitas vezes se vêem frustradas ao recebê-lo, por qualquer razão que seja.

O litigante habitual é uma figura indesejada pelo Poder Judiciário porque ele faz a máquina judiciária operar sem que se produza resultado prático, pois o processo dele está fadado ao fracasso, uma vez que, conforme proposta acima explicitada, o feito dele não possui causa de pedir ou defesa fática que embase seu caso.

Derradeiramente, deve se lembrar que esses processos repetitivos devem ser resolvidos com brevidade. Sidnei Beneti[179] rememora que essa brevidade será mais facilmente atingida com a adoção de uma tese jurídica única para os casos repetitivos, o que aquele autor chama de macrolide.

A tese do autor merece, realmente, repercussão. A adoção de uma tese jurídica unificada para os casos repetitivos não só permite solucioná-los mais rapidamente, na medida em que o juiz já sabe qual entendimento terá naquele caso, como também confere maior segurança jurídica para as partes do processo, uma vez que já sabem, razoavelmente, qual entendimento esperar com aquela demanda.

Bem verdade, também estimula a mecanicidade dos provimentos e a ausência de discussão das teses jurídicas. Contudo, esses preços são de pequena monta se comparados com a eficiente prestação jurisdicional que é dada para todos. Até porque, existem meios hábeis para a discussão de teses jurídicas sem que isto importe na demora desnecessária, em atenção subretudo à razoável duração do processo.

---

[179] BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*. São Paulo: Ano 34, n. 170, p. 10-11, abr/2009.

Feitas essas considerações, passa-se a análise dos sistemas que o Código de Processo Civil elenca dentro da resolução de demandas repetitivas. Opta-se apenas pelo Código de Processo Civil pois são os dispositivos mais utilizados, vistos e aplicados hodiernamente pela doutrina e jurisprudência.

Não se nega a existência de demais mecanismos, como as Súmulas Vinculantes, mas também não se objeta o estudo desses nesse trabalho em razão da extensão que o mesmo ganharia, optando-se somente pelos dispostos no Código de Processo Civil, elencados em ordem numérica conforme aparecem no Código. O primeiro desses dispositivos é o art. 285-A do Código.

Trata-se do julgamento imediato de improcedência, o qual possui como requisitos básicos: a) a existência de matéria controvertida unicamente de direito; b) existência de prévia sentença do Juízo onde foi ajuizada a demanda de total improcedência em caso idêntico.

Existem alguns problemas no dispositivo e algumas considerações importantes a serem feitas. Vicente Greco Filho[180] nos lembra que só haverá a formação de matéria controvertida com a citação, ato que integra o réu no pólo passivo, não havendo controvérsia antes desse momento processual.

Assim sendo, a utilização do termo "matéria controvertida" não se mostra adequada, uma vez que a sentença de improcedência do art. 285-A é proferida antes da citação, não havendo integralização do pólo passivo e, consequentemente, formação de matéria controvertida.

Mais acertada a sugestão de Leonardo José Carneiro da Cunha[181], o qual entende que o termo "matéria controvertida" deveria ser substituído por "demanda de massa", uma vez que o que se pretende é evitar a tramitação de um processo desnecessariamente, posto que o Juízo

---

[180] GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 30.
[181] CUNHA, o*p. cit.*, p. 166.

já possui entendimento formado quanto àquela ocasião que está se repetindo, repetição essa que é característica das demandas de massa.

Apenas ressalte-se que é importante que esteja demonstrado a existência de probatório apto a comprovar que o autor da demanda que está para ser extinta via art. 285-A passou pela mesma situação fática dos demais autores que tiveram seus pleitos julgados improcedentes anteriormente. O objetivo é fazer uma gestão de acervo em relação a ações que foram ajuizadas posteriormente.

Portanto, e de suma importância lembrar, que a matéria a ser discutida há de ser exclusivamente de direito, não sendo necessária a produção de qualquer prova adicional. Se for necessário produzir nova prova, o caso não se enquadra nesse dispositivo.

Outra impropriedade importante está no termo casos idênticos. Conforme explicitado acima, sabe-se que quando há identidade de ações através da *tria eadem* proposta por Chiovenda, as soluções a serem dadas são distintas: ou há a coisa julgada ou há a litispendência, conforme o caso.

Novamente, não está o legislador a tratar de causa idênticas, mas sim de demandas de massa, onde há o fato similar e argumentação jurídica, geralmente modificando-se alguns dados das partes. Ocorre notória repetição das situações: fato similar, mesmo fundamento jurídico, mesmos argumentos mas partes distintas. Nesses casos, o art. 285-A também é cabível.

É notória a tentação existente de se dizer que demandas repetitivas são aquelas onde existem mesma causa de pedir, mesmo pedido e identidade de ao menos um dos pólos da demanda. Essa definição, entretanto, aplica de forma equivocada os conceitos de causa de pedir e pedido, pois faz o processualista crer que se trata de um único fato, não de fatos separados.

Uma última nota importante diz respeito à interpretação sistemática do art. 285-A. O dispositivo é claro ao tratar que devem ser sentenças do mesmo Juízo, não de outro. Ademais, ele deve ser empregado de acordo com a jurisprudência do Tribunal local e já prevendo a existência de eventual Súmula Vinculante sobre o assunto.

Assim sendo, não contribui o ato do juiz que aplica o art. 285-A contrário a entendimento já sedimento no Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior, contido em súmula ou jurisprudência dominante. Pelo contrário, atua o juiz contra o objetivo dessa previsão, que é dar uma ferramenta para a gestão de demandas de massa.

Os mesmos comentários também são válidos para o art. 557[182] do Código de Processo Civil, que aplica disposição similar mas em matéria recursal, permitindo ao relator do recurso negar seguimento liminar ao mesmo nos casos ali mencionados.

O art. 476 do Código é próximo dispositivo em comento. Esse traz a possibilidade de qualquer julgador de incitar o chamado incidente de uniformização de jurisprudência, que tem como objetivo mais evidente tornar una a jurisprudência de determinado órgão fracionário com o do restante do Tribunal.

Dentro de tudo que já foi mencionado, esse dispositivo também adota característica importante, pois pode servir muito bem para direcionar os entendimentos existentes do Tribunal com dos órgãos fracionários, evitando as divergências que gastam tanto tempo.

Os próximos dispositivos a serem comentados, os arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil tratam-se dos mecanismos que os Tribunais Superiores têm de fazer o julgamento por amostragem dos recursos à eles dirigidos. Apesar da extensão dos dispositivos legais, o processamento dessa amostragem é simples.

---

[182] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

Perante o Supremo Tribunal Federal, nos recursos extraordinários, o Tribunal de origem selecionará um ou alguns dispositivos representativos da controvérsia ali discutida e remeterão para a Corte Suprema.

Quando chegar na instância máxima, os Ministros farão, inicialmente, o julgamento da existência de repercussão geral, em atendimento ao art. 543-A do Código[183]. Se for negada, os recursos que subiram retornam ao Tribunal e os demais que lá estavam sobrestados serão considerados não admitidos.

Se for reconhecida, passa-se ao julgamento de mérito. Após o julgamento, os recursos são devolvidos ao Tribunal para que os órgãos se manifestem sobre eles, podendo declarar os recursos prejudicados, retratar-se no julgamento ou manter a decisão e admitir o recurso. Neste último caso, o Supremo poderá, liminarmente, cassar ou reformar o acórdão do órgão colegiado de acordo com a nova orientação esposada.

Na prática, o que o art. 543-B faz é dar ao Judiciário a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal julgue apenas alguns recursos repetitivos, gerando uma economia da tramitação dos mesmos, e vinculando o entendimento dos órgãos colegiados de instâncias inferiores ao entendimento da Corte Suprema.

Trabalhando de forma similar, o art. 543-C do Código traz a mesma tônica para os Recursos Especiais. A única diferença aqui presente é a possibilidade do Ministro Relator dos recursos que tiveram seguimento poder realizar o pedido de informações acerca dos processos.

O que parece curioso é a previsão do pedido de informações estar ausente na situação dos recursos extraordinários, mas presente nos recursos especiais. Não haveria, em primeira análise, a necessidade dessa distinção uma vez que o pedido de informações teria utilidade

---

[183] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

tanto em um caso quanto no outro. Por outro lado, não há vedação a formulação de tal pedido, o que facultaria ao Ministro a realização ou não dele, caso entenda necessário.

Uma problemática real jaz na questão da desistência do recurso. Por hipótese, imagine-se um caso de recursos repetitivos onde aquele recorrente cuja impugnação foi escolhida como representativa da controvérsia resolva desistir do recurso após a escolha pelo Tribunal.

Regularmente, haveria a homologação da desistência e o retorno do recurso, mas isso não resolveria a análise da representação e, consequentemente, como serão resolvidos os demais casos. Ademais, seria deveras dispendioso e contraproducente a escolha de novos representativos da controvérsia.

Essa situação ocorreu no Resp 1.058.114[184] do Rio Grande do Sul, julgado em 12/08/2009 de relatoria originária da Min. Nancy Andrighi, posteriormente com relatoria para voto do Min. João Otávio de Noronha.

O caso tratava das comissões de permanência em contratos bancários, situação que já se tornou corriqueira em muitas Varas Cíveis e Juizados Especiais Cíveis Brasil à fora. O que tornou esse processo peculiar, entretanto, foi a formulação de pedido de desistência do Recurso Especial formulado pelo então recorrente no caso, após o recebimento do feito pelo expediente previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil.

O pedido de desistência foi formulado com base no art. 501[185] do diploma processual civil, e gerou uma celeuma a tal ponto de ocorrer a suscitação de uma questão de ordem que foi remetida para julgamento pela Corte Especial.

A tese sustentada pela então relatora, Min. Nancy Andrighi, era de que o art. 543-C possui um cunho notoriamente coletivo que deve preponderar em relação ao particular, e que

---

[184] As informações acerca deste recurso podem ser acessadas no endereço: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1058114&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acesso em 23 mai 2013.

[185] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

pela nova óptica da razoável duração do processo previsto na Constituição Federal seria desarrazoado selecionar novos representativos da causa e, por essa razão, estaria indeferindo a desistência.

Convém aqui relembrar o precedente que foi citado no voto da Ministra consubstanciado no EResp 218.426[186] de São Paulo, julgado em 19/04/2004, relatoria do Min. Vicente Leal, onde houve uma hipótese de pedido desistência do recurso mas que não guarda similitue com a prevista pelo art. 543-C, até porque essa novidade legislativa nem estava presente à época.

No feito paulista, a preocupação da corte esboçada no voto do Min. Ari Pargendler era que o uso sem restrições da desistências dos recursos pudesse gerar precedente apto a permitir que, toda vez que o recorrente estivesse sendo derrotado nas votações dos Ministros, realizasse a desistência do recurso e impedisse que o Superior Tribunal de Justiça realizasse a uniformação da jurisprudência em questões federais. O Tribunal, então, indeferiu a desistência.

Aqui até se poderia argumentar a possibilidade do indeferimento ser dado com base também no art. 17, VI[187] do Código de Processo Civil, uma vez que houve a criação de um incidente de forma infundada, na medida em que já havia votação da maioria dos Ministros e seria desleal, do ponto de vista processual, realizar a desistência nesse momento. Saliente-se, porém, que é uma fundamentação um tanto forçada.

No feito gaúcho o problema é outro, que é o viés coletivo adotado pelo processo quando recepcionado pelo 543-C do Código. Citar o precedente anterior do Min. Vicente Leal serviu apenas como paradigma para viabilizar que a Corte indeferisse a desistência e

---

[186] Maiores informações sobre este recurso em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=218426&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acesso em 23 mai 2013.

[187] BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm> Acesso em 26 jun 2013.

determinasse o prosseguimento do feito. A medida, embora louvável, não se afigura muito técnica, uma vez que a decisão judicial estaria negando vigência a texto direito da lei.

O direito de recurso é uma extensão do direito de ação, calcado no prelado do duplo grau de jurisdição e, como sua geratriz, também é sujeito à condições e a situações onde possa ser ou não manejado, que se trata do momento do conhecimento do recurso, isto é, a análise da presença ou não desses requisitos.

Entretanto, a sua característica essencial é a voluntariedade. A desistência da ação após a citação necessita da anuência do réu pois esse também pode estar interessado na obtenção de uma decisão judicial que reconheça a ausência de direito do autor. No recurso não há esse problema pois já existe uma decisão judicial anterior e que fará coisa julgada se não for impugnada.

Assim sendo, o mero indeferimento do recurso gera a problemática da vinculação, afastando a voluntariedade que lhe é característica e reconhecida pelo próprio Código de Processo Civil no art. 501. Mais acertado seria o reconhecimento da existência de dois procedimentos no caso do art. 543-C do Código. O primeiro seria o recurso em si, vinculando o interesse subjetivo da parte, e o segundo seria a representação da controvérsia com a uniformização dos entendimentos.

Aquele teria caráter pessoal, individual e esse caráter coletivo. Portanto, a desistência afetaria somente o aspecto individual, gerando uma decisão que, naquele processo, não produziria efeitos em razão da desistência. Contudo, a representação da controvérsia seguiria tramitando normalmente e seria lavrado o acórdão para gerar os efeitos esperados do julgamento das demandas repetitivas. A tese já foi esboçada por Leonardo José Carneiro da Cunha[188].

---

[188] CUNHA, *op. cit.*, p. 171-172.

O último dos dispositivos do Código que merece apreciação é o art. 555, §1º do Código de Processo Civil, que permite ao órgão fracionário de um Tribunal a remessa do processo para julgamento para o órgão colegiado especificado no regimento do mesmo. Esse procedimento já vinha sendo adotado pelos Tribunais Superiores antes da previsão legal e, após a inovação, passou a ser permitido para os demais órgãos colegiados.

O objetivo é que o colegiado do Tribunal – em geral chamado Órgão Especial[189] - realize o julgamento do feito para que sejam evitadas as divergências entre os órgãos fracionários. Existe um detalhe importante na aplicação desse artigo: o colegiado realizará o julgamento do feito e não o órgão fracionário.

Assim sendo, se o feito for remetido para o colegiado, haverá o deslocamento da competência para o mesmo e ele julgará o mérito da demanda, ocorrendo a afetação do feito. Difere substancialmente do art. 476 acima tratado pois naquela hipótese o colegiado se manifesta sobre a orientação, mas não realiza o julgamento do feito.

Esse dispositivo possui um caráter mais profilático, devendo ser utilizado antes que haja a difusão da litigância de massas, quando surgir uma causa que potencialmente poderá se tornar um processo de massas. Nada impede, entretanto, sua utilização posterior com objetivo de ordenar as litigância de massas.

E com isso, conclui-se a análise dos dispositivos inerentes ao processo coletivo e aos direitos individuais homogêneos, encerrando a parte analítica da pesquisa e passando agora à sua conclusão.

---

[189] No caso to Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de acordo com o Regimento Interno do mesmo, é competência do Órgão Especial, nos termos do art. 3º, II, h do Regimento. O documento pode ser acessado em: < http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5031dbf8-af75-4cff-b211-0fef7e97774f&groupId=10136> , acesso em 23 mai 2013.

CONCLUSÃO

Feitas as análises supracitadas, restam respondidos alguns questionamentos. Contudo, outros foram levantados ao longo da leitura. Analisar-se-á primeiro as questões respondidas ao longo do trabalho.

Inicialmente, percebe-se que o problema envolvendo litigância de massas, direitos individuais homogêneos e processo coletivo não é algo exclusivo do Brasil. Ao contrário, diversos países mundo afora vêm sofrendo com esta mazela, que torna excepcionalmente difícil a solução de conflitos em tempo hábil.

Existe ainda muita confusão na doutrina sobre o processo coletivo, como este deve ser e sobre quais princípios deve se pautar. Neste aspecto, o presente trabalho se posiciona no sentido da criação de um ramo dentro do direito processual chamado “Direito Processual Coletivo”. Este deve ter seus próprios princípios, podendo ou não ter institutos de outros ramos, mas estes devem ser adaptados à realidade processual coletiva.

Também se percebeu que diversas controvérsias doutrinárias acerca do tema têm condição de serem resolvidas se utilizadas bases claras no desenvolvimento de conceitos e raciocínios. As discussões doutrinárias não revolvem sobre certo ou errado, mas sim sobre quais princípios esta ou aquela corrente adota e na estrutura do raciocínio utilizado para alcançar aquela conclusão.

Em diversas oportunidades, o autor do presente propõe a conciliação entre correntes aparentemente antagônicas e até ousa, em certas ocasiões, a criar sua própria doutrina, para que esta se apresente como uma opção para os estudiosos do ramo, que podem acolhê-la e aperfeiçoá-la ou simplesmente rejeitá-la.

O objetivo destas proposições feitas pelo autor é justamente buscar a evolução das ciências jurídicas, uma vez que a mera glosa e repetição daquilo que já é produzido não contribui para a construção do conhecimento em sede acadêmica.

Ao tratar da litigância de massas, buscou-se uma análise ampla acerca do tema, tentando demonstrar os principais problemas e circunstâncias que servem como geratrizes desta problemática. Evidente, cada uma destas seriam dignas de uma pesquisa talvez até mais extensa que o presente, caso se almejasse a busca de uma solução.

Contudo, conforme já reiterado em diversas ocasiões, o presente não tem a audácia de apresentar as soluções especificadas para cada um dos problemas trazidos. Certamente, seria um desforço hercúleo que demandaria vastíssimas quantidades de tempo e labor e que possivelmente não seria concluído por apenas uma pessoa.

Da análise da legislação, foi possível perceber como o embrião do processo coletivo veio evoluindo e de que forma ele se manifesta nas diversas leis esparsas que atualmente existem no ordenamento jurídico brasileiro. Percebeu-se também que são muitas as legislações sobre o tema, mas não há ainda um código ou lei similar que consiga reunir todas estas sob a égide de uma principiologia própria. A adição das leis é feita por desforço ou doutrinário ou jurisprudencial.

O texto evitou tratar de projetos e discussões muito incipientes devido à sua grande instabilidade, uma vez que por ainda não serem convertidos em leis são passíveis de alterações até estruturais. Ademais, não se pode prever quanto tempo estes projetos levarão até virem a publicação oficial. Discussões desta monta são interessantes para aqueles que compõem as comissões que trabalham nos projetos, mas em trabalhos acadêmicos têm um risco sério de torná-los anacrônicos.

Por fim, analisaram-se os institutos em si que trazem as dificuldades existentes no ordenamento pátrio. Por óbvio, os estudos cingiram-se sobre os aspectos principais de cada

um dos tópicos e buscou prover respostas diretas e objetivas aos problemas trazidos. Novamente, realizar uma análise profunda de todos estes aspectos em um único volume não seria viável, pois se criaria uma obra muito extensa e de leitura complexa.

Encerrando a presente análise, fica a clareza de que a ciência jurídica não é capaz de solucionar, sozinha, todos os seus problemas. O Direito é criado no seio de uma sociedade e voltado para esta, não devendo dela se dissociar, sob pena de se tornar inócuo.

O estudo de disciplinas correlatas, como a sociologia, a filosofia e a antropologia, se afiguram como medidas importantes ao jurista e ao doutrinador, pois lhe dão melhor compreensão acerca da sociedade que os cerca e, principalmente, lhes permite compreender o funcionamento de diversas estruturas sociais e como o Direito deve se posicionar sobre elas.

O foco deste trabalho, por óbvio, foi a análise doutrinária. Em casos pontuais, o recurso à estas disciplinas e à outras fontes do direito, tais como a jurisprudência, se mostram adequadas e saudáveis para a criação de um estudo em sintonia com a sociedade para a qual se escreve.

A doutrina e a jurisprudência possuem papel fundamental na criação e aplicação da ciência jurídica, mas elas precisam estar próximas daquela sociedade onde são produzidas. Caso contrário, cria-se uma separação imensa entre o que se deve fazer e o que se faz, aquela diferença no jargão popular se diz “na teoria é assim, na prática é de outro jeito”.

Derradeiramente, e como pesquisa acadêmica não poderia ser diferente, a presente deve apresentar uma proposta de solução para o dilema inicialmente abordado. Ocorre que apenas uma proposta é insuficiente para conseguir solucionar a dicotomia. Um rio que possui várias nascentes não secará se apenas uma delas for represada.

Ademais, convém dizer que propor soluções para problemas é algo que qualquer pessoa pode fazer. Basta ter tempo para estudar a situação, conhecimento para entender como

ela funciona e determinação para buscar uma saída. A grande dificuldade que se encontra é colocar esta solução em prática.

A litigância de massas tem como gerador diversos aspectos e cuja solução não depende, integralmente, do Direito. Talvez nem venha a partir dele. O consumismo foi um fenômeno que surgiu a partir de uma necessidade econômica, que não está completamente dissociada do Direito, mas que lhe é algo estranho. Possivelmente, a solução virá por outro meio.

Claro, a ciência jurídica não pode ficar parada aguardando esta solução. É necessário agir para conter não só aquele problema mas os outros que vieram por conta do primeiro. A necessidade econômica da sociedade de produção em massa, pesadamente influenciada pelo *American Way of Life* da década de 1950, criou uma mazela jurídica e, talvez mais do que isso, judiciária.

Neste aspecto, é que o presente traz o processo coletivo como a resposta da ciência jurídica para a litigância de massas. Não é a única resposta, e nem pode ser. Os incidentes de resolução repetitiva e o fortalecimento das formas alternativas de solução são outras respostas igualmente fortes. As tentativas de soluções extrajudiciais de conflitos e as iniciativas de conciliação pré-processual também vêm como reações dos juristas.

Nenhuma delas, sozinha, será suficiente para dar conta da enorme litigância. Porém, se aplicadas todas juntas e desenvolvidas conjuntamente, com diálogos entre as fontes e os juristas que nelas trabalham, as chances de sucesso aumentam, pois serão represadas várias nascentes daquele rio imaginário.

Entretanto, o estudo não pode ser exclusivamente jurídico. As ciências sociais também tem um enorme impacto para a sociedade e, consequentemente, para o Direito. Estudos na filosofia, na sociologia, na antropologia e na cultura jurídica são essenciais para corroborar os métodos desenvolvidos pela ciência jurídica e servem para já dar uma previsão de sucesso ou

fracasso destas formas, evitando sua aplicação desnecessária e o dispêndio de recursos em algo que está fadado a falhar.

Portanto, a proposta deste trabalho é o estudo e aprofundamento do direito processual coletivo, a sua sistematização e sua difusão perante operadores do direito e leigos, juízes e jurisdicionados, promotores e defensores. A definição de bases principiológicas claras para o processo coletivo e a criação de uma lei organizada, estruturada, codificada contribuíriam muito para o avanço neste território.

O diálogo com as ciências sociais também se torna essencial. Remover a ciência jurídica deste isolamento que ela mesma fez e permitir a conversa e troca com as outras formas de pensar. Entender a sociedade é parte essencial para que se entenda o Direito e a busca desta discussão se torna também objetivo importante a ser procurado.

Não somente isto, mas buscar as formas não jurisdicionais de enfrentamento do problema. Tentar localizar a razão de porque há uma litigância tão elevada em diversos sistemas e se há alguma relação com os modelos sociais e econômicos adotados por aquela sociedade. Compreender que a estrutura estatal, desde Montesquieu, possui três poderes e que não pode recair somente sobre um deles a solução de um problema tão agigantado.

Procurar entender que a expansão estrutural não pode ser a única saída, em razão de ser muito dispendiosa e limitada, uma vez que não existem recursos infinitos para a gestão da máquina judiciária. Com isso, avançar na eficiência, no aperfeiçoamento e na obtenção de métodos que busquem o melhor resultado pelo menor custo.

Feitas estas propostas, o trabalho se encerra. Deixa-se como último pensamento as palavras ditas por Winston Churchill durante seu governo na Inglaterra engolida pela Segunda Guerra Mundial, aqui em tradução livre pelo autor: “Estou certo neste dia que somos mestres do nosso destino e que a tarefa que foi colocada perante nós não está além de nossa força.

Desde que tenhamos fé na nossa própria causa e uma determinação inconquistável para vencer, a vitória não nos sera negada.”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório de Assagra. *Manual das Ações Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

ANDRADE, Thompson Almeida; SERRA, Rodrigo Valente; SANTOS, Denis Paulo dos. Pobreza nas cidades médias brasileiras. Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/cidadesmediabrasileiras/introducao.pdf>.
BRASIL. Presidência da República. *Pesquisa Nacional sobre os Juizados Especiais Cíveis*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2006.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de, *et al. Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da 'class action' norte-americana. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 101 , n.381, p. 103-119, 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. Assunção de competência e *fast-track* recursal. *Revista de Processo*. São Paulo: Ano 34, n. 170, p. 10-11, abr/2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2010*. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n 125 de 29 nov 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Lei n. 4.215 de 27 abr 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Lei n. 4.717 de 29 jun 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Lei n. 5.869 de 11 jan 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Lei n. 8.078 de 11 set 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 jan 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> . Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.142.630/PR. Rel. Min. Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901028441&dt_publicacao=01/02/2011>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRG no CC 118023/DF. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101530259&dt_publicacao=03/04/2012>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 42. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 32476. Rel. Antônio de Pádua Ribeiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100951805&dt_publicacao=24/02/2003>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1058114. Rel. Min. Nancy Andrighi. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801041445&dt_publicacao=16/11/2010 >. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 218426/SP. Rel. Min. Vicente Leal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200001262971&dt_publicacao=19/04/2004 .>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 107/DF. Rel. Min. Moreira Alves. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24.SCLA.+E+107.NUME.%29+OU+%28MI.ACMS.+ADJ2+107.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b6htbp8>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 20/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%29%2820.NUME.+OU+20.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bq78wsn>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 712/PA. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI+e+antecipa%E7%E3o+e+tutela%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c6gqu58>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%29%28721.NUME.+OU+721.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cwjvsb2>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 625. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 556. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em 26 jun 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 46158/RS. Rel. Min. Aliomar Baleeiro. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=60829.>. Acesso em 26 jun 2013

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Cafitano.Vol. I. Campinas: Bookseller, 1998.

COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Regime Processual das Causas Repetitivas. *Revista de Processo*, São Paulo, Ano 35 n. 179, p. 139-175, jan/2010.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br > .

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a Coisa Julgada Material. Disponível em: <http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008-2009.

GIDI, Antônio Carlos de Oliveira. Legitimación Para Demandar en las Acciones Colectivas. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1706531>.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, in *Estudos de Direito Processual.* Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (coord.). WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; JÚNIOR, Nélson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HENSLER, Deborah R. The Globalization of Mass Litigation. Disponível em: <http://www.rand.org/publications/randreveiw/issues/summer2004/40.html>.

IHERING, Rudolf von. *A Luta pelo Direito.* trad. João de Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

Instituto Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Guia de recolhimento de custas. Disponível em: <http://www.tribunalarbitral.net/custas.asp>.

JELLINEK, Georg. *Sistema de Diritti Pubblici Subjettivi*. Milão: Società Edditice Libraria, 1911.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil:* oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual Civil:* primeira série. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2010.

NERY JR., Nelson (Org.); NERY, Rosa maria de Andrade (Org.). *Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil e Direito à Informação:* Papel do jurista num mundo em crise de valores. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A legitimidade da defensoria pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MARTINS, Guilhmere Magalhães. Algumas Considerações Sobre a Lei da Ação Popular. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acao_popular.pdf>.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo:* uma leitura e releitura do tema. Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf> .

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal 0021582-34.2008.8.19.0014. Rel. Des. Ricardo Silva de Bustamante. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=200905004039>.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=5031dbf8-af75-4cff-b211-0fef7e97774f&groupId=10136>.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João, *et. al.*. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas:* O Caso Português. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SAVIGNY, Friedrich von Carl. *Sistema del Diritto Romano Attuale*. trad. Vittoria Scialosa. Vol. I. §§ 52/53, Turino: Unione Tipografe Editrice, 1886.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A Causa Petendi no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.