

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNO ARAÚJO SOARES VALENTE

O PROCESSO COLETIVO E O DESAFIO DA LITIGÂNCIA MASSIFICADA

BELÉM
2016

BRUNO ARAÚJO SOARES VALENTE

O PROCESSO COLETIVO E O DESAFIO DA LITIGÂNCIA MASSIFICADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito,
do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará
como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.
Orientadora: Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

BELÉM

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Cleide Furtado Nascimento Dantas CRB-2/1476

V154p Valente, Bruno Araújo Soares

O processo coletivo e o desafio da litigância massificada / Bruno Araújo Soares
Valente. – 2016.

210 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Instituto de
Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Pará, Belém, 2016.

Orientadora: Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

1. Direito processual coletivo - Brasil. 2. Demandas de massa. 3. Processos
repetitivos. 4. Pós-modernidade. I. Góes, Gisele Santos Fernandes, *orient.* II. Título.

CDD 23. ed.: 341.460981

BRUNO ARAÚJO SOARES VALENTE

O PROCESSO COLETIVO E O DESAFIO DA LITIGÂNCIA MASSIFICADA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Instituto de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientadora: Dra. Gisele Santos Fernandes Góes.

Banca examinadora

Prof.^a Dra. Gisele Santos Fernandes Góes
Orientadora - PPGD/ICJ/UFPA

Prof. (a)
Examinador(a)

Prof. (a)
Examinador(a)

À minha família, alicerce de tudo e razão para tudo,
principalmente minha esposa Rita, minha filha Luísa, meus
irmãos, minha mãe Lilian e meu pai Jonas (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Aos colegas e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, em especial à minha orientadora Prof.^a Dra. Gisele Góes, pelo período de intenso aprendizado e descobertas.

A toda a equipe da Procuradoria da República no Estado do Pará, em especial do 4º ofício, pelo constante diálogo no enfrentamento dos desafios de nossa atuação, tão útil na identificação do problema e busca por soluções que resultaram neste trabalho.

“Era o relógio de meu avô, e quando o ganhei de meu pai ele disse Estou lhe dando o mausoleu de toda esperança e todo desejo; é extremamente provável que você o use para lograr o *reducto absurdum* de toda experiência humana, que será tão pouco adaptado às suas necessidades individuais quanto foi às dele e às do pai dele. Dou-lhe este relógio não para que você se lembre do tempo, mas para que você possa esquecê-lo por um momento de vez em quando e não gaste todo seu fôlego tentando conquistá-lo. Porque jamais se ganha batalha alguma, ele disse. Nenhuma batalha sequer é lutada. O campo revela ao homem apenas sua própria loucura e desespero, e a vitória é uma ilusão de filósofos e néscios”
(William Faulkner, traduzido por Paulo Henriques Britto).

RESUMO

O trabalho, partindo de um panorama geral dos impactos que as intensas mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas (e que levaram significativa corrente de sociólogos e filósofos a identificar o surgimento de um novo paradigma, o da pós-modernidade) ocasionaram sobre a realidade jurídica, foca sua análise sobre uma delas, qual seja, o da litigância repetitiva ou massificada, defendendo a utilização do denominado processo coletivo como instrumento mais adequado ao enfrentamento dos desafios surgidos. Para isso, procura demonstrar, como premissas teóricas, quais são as noções de sistema e princípios jurídicos mais consentâneas com o atual estágio de desenvolvimento da ciência do direito. Em seguida, após fixar os contornos básicos da noção de processo coletivo com a qual se trabalhará, passa a estudar os aspectos teóricos e práticos do fenômeno da litigância massificada e, por fim, demonstrar as razões pelas quais o processo coletivo consiste no melhor meio para seu processamento, ainda que não esteja sendo este o caminho trilhado pela legislação e jurisprudência nacionais.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Processo coletivo. Demandas de massa. Processos repetitivos.

ABSTRACT

The paper, starting from an overview of the impact that the intense social changes in recent decades (which led significant current sociologists and philosophers to identify the emergence of a new paradigm, named of postmodernity) resulted on the legal reality, focuses its analysis on one of them, namely, the repetitive or mass litigation, defending the use of so-called collective process as the most appropriate instrument to face the challenges that arise. To this end, it seeks to demonstrate, as theoretical premises, which are the system and principle concepts more consistent with the current stage of development of the science of law. Then, after setting the basic contours of the notion of collective process with which to work, going to study the theoretical and practical aspects of mass litigation phenomenon and, finally, demonstrate the reasons why the collective process is the best way to processing, even not being the path taken by national legislation and jurisprudence.

Keywords: Postmodernity. Collective process. Mass demands. Repetitive processes.

LISTA DE SIGLAS

CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
IAD	Índice de Atendimento à Demanda
IBDP	Instituto Brasileiro de Direito Processual
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPC-Jus	Índice de Produtividade Comparada da Justiça
IPM	Índice de Produtividade dos Magistrados
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
LACP	Lei da Ação Civil Pública
LAP	Lei da ação popular
PIB	Produto Interno Bruto
SIESPJ	Sistema Estatístico do Poder Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO PROCESSUAL NA PÓS-MODERNIDADE	16
2.1 O PARADIGMA PÓS-MODERNO: CONTEXTO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS...	16
2.1.1. SURGIMENTO DA MODERNIDADE.....	16
2.1.2. A PÓS-MODERNIDADE.....	20
2.1.2.1. BAUMAN E A MODERNIDADE LÍQUIDA.....	22
2.1.2.2. GIDDENS E O MUNDO PÓS-TRADICIONAL.....	24
2.1.2.3. BOAVENTURA E A PÓS-MODERNIDADE CRÍTICA.....	28
2.2 IMPACTOS SOBRE O DIREITO.....	32
3 O PROCESSO COLETIVO	45
3.1 NOÇÕES DE SISTEMA NO DIREITO.....	47
3.1.1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES.....	47
3.1.2. SISTEMA NO PARADIGMA PRÉ-MODERNO: O SISTEMA EXTERNO.....	52
3.1.3. SISTEMA NO PARADIGMA MODERNO: O SISTEMA INTERNO FECHADO.....	54
3.1.4. SISTEMA NO PARADIGMA PÓS-MODERNO: O SISTEMA INTERNO ABERTO E MÓVEL.....	56
3.2 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS NO DIREITO.....	60
3.2.1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES.....	60
3.2.2. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA PRÉ-MODERNO: PRINCÍPIOS METAFÍSICOS.....	65
3.2.3. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA MODERNO: PRINCÍPIOS SUBSIDIÁRIOS.....	67
3.2.4. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA PÓS-MODERNO: PRINCÍPIOS NORMATIVOS.....	68
3.3 SISTEMA E PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO.....	76
3.3.1. AMPLIAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO.....	76
3.3.2. AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS PARA TUTELA DE DIREITOS SUBJETIVOS.....	79
3.3.3. CLASSIFICAÇÃO.....	80
3.3.4. DIREITO POSITIVO BRASILEIRO.....	94
4 DEMANDAS DE MASSA	107
4.1 CARACTERÍSTICAS.....	108
4.1.1. NUMEROSIDADE.....	109

4.1.2. CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA.....	110
4.1.3. COMUNHÃO DE QUESTÃO JURÍDICA E SIMPLICIDADE FÁTICA.....	112
4.2. IMPACTOS SOBRE O PODER JUDICIÁRIO.....	115
4.3. FATORES RESPONSÁVEIS.....	122
4.4. DOIS MODELOS.....	129
4.4.1. MODELO MOLECULAR.....	130
4.4.2. MODELO ATOMIZADO.....	135
4.4.3. TENDÊNCIAS ATUAIS.....	143
4.4. COMPARAÇÃO.....	150
4.4.1. ECONOMIA PROCESSUAL.....	151
4.4.2. ISONOMIA.....	155
4.4.3. ACESSO À JUSTIÇA.....	160
4.4.4. DIMENSIONAMENTO DOS IMPACTOS.....	163
4.4.5. PARIDADE.....	166
4.4.6. LIBERDADE.....	167
4.5 PRINCIPAIS DESAFIOS	172
4.5.1. LEGITIMIDADE ATIVA.....	172
4.5.2. LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA.....	185
4.5.3. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO.....	195
5 CONCLUSÃO.....	201
REFERÊNCIAS.....	203

1 INTRODUÇÃO

É fenômeno comum na prática judicial contemporânea a existência da denominada litigância de massa, que consiste no fato de uma mesma questão jurídica tornar-se objeto de uma quantidade muito grande de processos distintos, nos quais indivíduos, em situações fáticas igualmente semelhantes, litigam em face de uma mesma pessoa, em geral o Estado ou grandes empresas.

Muito embora o direito brasileiro admita duas técnicas processuais distintas para judicialização de tais demandas massificadas – mediante processos individuais (modelo atomizado) e em um processo coletivo (modelo molecular) – percebe-se que este último modelo não tem tido seu potencial suficientemente explorado, pois várias situações que poderiam ser melhor resolvidas por meio dele acabam sendo submetidas ao Poder Judiciário de forma pulverizada, o que acarreta uma série de problemas, adiante mencionados.

Portanto, pode-se apontar, por ora, que, por processo repetitivo (ou litigância massificada, pois tomar-se-ão ambas as expressões como sinônimas no curso deste trabalho) entende-se a ocorrência em que se percebe que uma mesma questão jurídica afeta, de modo semelhante, grande quantidade de pessoas em situações fáticas equivalentes (ou seja, com pouca ou nenhuma peculiaridade individual), gerando a propositura de volume significativo de demandas individuais em face de um adversário comum.

Muito embora possam ser apontados diversos motivos que contribuem para o problema da lentidão dos processos no Brasil (excesso de recursos, maioria dos quais com efeito suspensivo; cultura jurídica muito formalista *etc.*) um dos fatores que mais contribuem para isso é, inegavelmente, a enorme quantidade de processos em tramitação pelo país. Deste modo, a litigância repetitiva acaba por se constituir em um dos fatores que contribuem para este crônico problema da falta de celeridade.

Por sua vez, a excessiva demora na duração do processo judicial acaba por comprometer, de modo decisivo, sua eficácia, o que faz com que se trate de um instrumento cada vez menos efetivo¹, situação esta que se mostra bastante preocupante, tendo em vista que o processo judicial exerce a imprescindível função de solucionar em caráter definitivo os conflitos de interesse surgidos no meio social, de modo que a falta de sua efetividade prejudica a própria paz social e a busca pelos valores consagrados no ordenamento jurídico.

¹ Considera-se, ao longo do trabalho, como eficácia do processo judicial a sua capacidade de alcançar os resultados a que se propõe (resolver com justiça os conflitos de interesse que lhe são submetidos) dentro de um prazo razoável, independentemente de seus custos, reservando-se o termo eficiência para a relação entre este resultado e os seus respectivos custos; por fim, a expressão efetividade será considerada como a aptidão organizacional para ser eficiente e eficaz ao longo do tempo (COHEN, 2007).

Verifica-se, como consequência disso, uma crise de efetividade na resposta dada pelo Poder Judiciário a este modelo de litigância, o que se mostra representado na excessiva demora para a solução definitiva de tais conflitos de interesses. Este problema, por sua vez, acaba contaminando as demais formas de litigância, já que o excessivo número de demandas decorrentes da litigância massificada compromete a eficácia na máquina judicial como um todo, agravando a crise de efetividade da tutela jurisdicional.

Desta forma, encontrar uma solução mais racional para o problema das demandas repetitivas significa possibilitar não apenas uma solução mais satisfatória para elas, mas também para todos os outros conflitos submetidos à apreciação jurisdicional.

Trata-se, portanto, de problema que, embora individualizado para fins de delimitação do objeto de pesquisa (demandas repetitivas), insere-se em um contexto mais amplo da necessidade de o Poder Judiciário se reformular de modo a oferecer respostas eficazes a novos desafios que têm surgido em decorrência de modificações na nossa própria estrutura social, fazendo com que instrumentos e institutos jurídicos tenham que ser repensados.

Na realidade brasileira atual, o predomínio do modelo atomizado (processos individuais) para as demandas massificadas em detrimento do molecular (processo coletivo), o que decorre de nosso contexto social, representa um grande problema, por pelo menos quatro razões diferentes:

- a) compromete a celeridade processual, em razão do considerável aumento na quantidade de processos em tramitação no país;
- b) gera risco de quebra de isonomia, na medida em que permite que situações rigorosamente idênticas possam vir a ter soluções distintas;
- c) apresenta-se socialmente injusto por excluir os indivíduos que, por terem uma maior dificuldade em acessar o aparato judicial, acabam não demandando em Juízo;
- d) mostra-se menos eficiente, pois não permite uma avaliação mais global dos impactos que podem ser gerados pela decisão a ser tomada;
- e) não satisfaz plenamente a necessidade de paridade de armas, fazendo com que um dos litigantes esteja, em geral, em situação vantajosa perante seu adversário.

Pretende-se defender que uma maior utilização do processo coletivo consiste em uma importante medida para a solução dos problemas gerados pela litigância massificada, consistindo em instrumento mais racional e apto a fornecer respostas melhores em uma série de situações.

No entanto, tendo em vista que estas demandas repetitivas também podem ser judicializadas mediante processos individuais, mostra-se importante verificar a forma pela

qual estas duas formas de judicialização são disciplinadas pelo ordenamento jurídico e, em relação aos processos individuais, quais técnicas têm sido desenvolvidas com o objetivo de enfrentar os desafios gerados pela litigância massificada.

É igualmente relevante a análise acerca das vantagens e desvantagens de cada um destes modelos, pois, se o modelo atomizado permite uma maior liberdade individual e favorece uma melhor adequação à situação concreta, o modelo molecular possibilita uma maior eficiência sob a perspectiva da administração da Justiça como um todo.

A comparação entre as vantagens e desvantagens de cada um dos modelos faz com que se identifique determinadas variáveis que podem ajudar na identificação de qual seja o mais adequado para cada situação, podendo-se mencionar algumas destas possíveis variáveis:

a) numerosidade do grupo envolvido, já que pode tratar-se de situação que envolve desde algumas dezenas (passageiros de um ônibus que sofreram danos decorrentes de um acidente em que ele se envolveu) a milhões (ilegalidade no cálculo utilizado para a fixação das tarifas de energia elétrica em todo o país) de pessoas;

b) homogeneidade das situações, já que as diversas pessoas envolvidas podem encontrar-se em situações fáticas rigorosamente idênticas (consumidores que assinaram um mesmo contrato de adesão com vício de legalidade) ou pode haver distinções, de menor ou maior grau, entre si (trabalhadores que, em medidas diferentes, exercem sua atividade sem contar com os equipamentos de proteção individual adequados);

c) característica da situação, já que se pode tratar de questão cuja análise fática demande dilação probatória (vícios construtivos em unidades residenciais de um mesmo imóvel multifamiliar) ou não (inconstitucionalidade no ato normativo que majorou a alíquota de determinado tributo).

Identificadas, através da análise das variáveis sugeridas, as situações que se mostram mais adequadamente resolvidas por meio do processo coletivo, deve-se ainda analisar alguns desafios que atualmente comprometem a efetividade desta técnica:

a) definição acerca dos entes, públicos e privados, que podem assumir o processo coletivo para a defesa de direitos individuais;

b) questões relativas à coexistência de processos coletivo e individuais e seus respectivos impactos entre si (o que engloba a análise de institutos como os litispendência, conexão e coisa julgada);

c) liquidação e execução da sentença proferida no processo coletivo.

O segundo capítulo será destinado a buscar entender as razões determinantes deste modelo de litigância. Para isso, procurar-se-á fazer uma breve contextualização histórica,

englobando o auge e posterior declínio da ideologia liberal, e uma análise sociológica acerca do mundo atual, que, embora decorrente deste processo, tem apresentado desafios tão complexos que uma série de autores passou a apontar a existência de um novo paradigma, em geral designado por pós-modernidade.

Acredita-se que um estudo das principais características que em geral são apontadas neste novo paradigma – em especial a exacerbação do individualismo e do materialismo – pode ajudar a entender a formação deste fenômeno de litigância de massas, e, conseqüentemente, na busca por formas de se lidar melhor com ele. Não se pode, por outro lado, desconsiderar que, dentro deste fenômeno global, as peculiaridades da realidade nacional, pois o Brasil, na condição de país periférico e colonizado (e que, conseqüentemente, sofre com estas conseqüências sem ter chegado a experimentar totalmente os avanços possibilitados pela modernidade), possui desafios ainda mais complexos.

Ao final do segundo capítulo pretende-se elencar algumas das mais importantes conseqüências que este novo paradigma traz sobre a realidade jurídica. Defende-se que uma delas seja, justamente, o maior desenvolvimento de técnicas processuais aptas a enfrentar esta nova forma de litigância, as quais podem ser agrupadas sob o denominador comum do processo coletivo, não esta a ser melhor desenvolvida na parte final.

No terceiro capítulo, por sua vez, será desenvolvida outra premissa que se considera importante trabalhar, que consiste nas ideias de sistema e princípios jurídicos. Para o enfrentamento dos problemas que serão desenvolvidos no capítulo derradeiro precisar-se-á recorrer a tais noções, pois defender-se-á soluções que, apesar de não se encontrarem explicitamente previstas em regras jurídicas, decorrem de maneira clara do sistema e princípios que regem a matéria, donde ser essencial um prévio desenvolvimento da concepção de tais institutos com as quais se trabalhará.

Em ambos os casos buscar-se-á fazer um paralelo com as noções histórico-sociológicas desenvolvidas no capítulo precedente, de modo a se defender que o atual paradigma pós-moderno também impacta sobre a concepção que se tem atualmente destes dois importantes institutos. Trabalhadas as duas noções, o terceiro capítulo será encerrado com sua análise à luz do direito positivo brasileiro, procurando-se delimitar, a partir das regras que disciplinam o processo coletivo no Brasil, se ele pode ser considerado um sistema próprio e, caso positivo, quais seriam as principais características e princípios que o regem. Nesta ocasião será desenvolvida a ideia de que, sob a denominação comum de processo coletivo, acaba-se por englobar dois fenômenos distintos, um consistente na necessidade de se buscar novas técnicas processuais para tutelar situações que, embora tradicionalmente submetidas à

apreciação judicial, apresentam-se no mundo atual materializadas em demandas repetitivas, e outro consistente na tutela jurisdicional de situações que a concepção tradicional clássica não enquadra na noção de direito subjetivo e, conseqüentemente, exclui da apreciação jurisdicional. Tal esclarecimento mostra-se importante no sentido de delimitar com maior precisão o objeto do presente trabalho, que se concentra sobre o primeiro destes fenômenos.

Por fim, o quarto capítulo será destinado, em um primeiro momento, às principais características que, na prática atual brasileira, assume o fenômeno da litigância de massas, procurando-se identificar algumas variáveis que podem ter reflexos práticos relevantes. Em seguida buscar-se-á analisar, também à luz do direito pátrio, os dois modelos (atomizado e molecular) existentes, com as vantagens e desvantagens de cada um deles, ocasião em que se tentará apontar parâmetros que possam auxiliar na identificação do mais adequado, a depender das variáveis anteriormente estabelecidas. Por fim, serão enfrentados quatro questões que se considera dentre as mais problemáticas no atual modelo brasileiro de tratamento molecular de demandas massificadas, quais sejam, as da legitimidade ativa, relação entre tal demanda e as individuais, coisa julgada e liquidação / execução.

2 O DIREITO PROCESSUAL NA PÓS-MODERNIDADE

O presente capítulo tem por objetivo, a partir de uma contextualização histórica dos precedentes mais recentes que geraram o mundo tal como conhecemos atualmente, analisar suas principais características e os motivos que levaram vários intelectuais a denominá-lo de pós-moderno, realizando-se, em seguida, um apanhado das consequências mais relevantes que esta mudança acarreta sobre a experiência jurídica.

Partindo-se do pressuposto de que o direito pode fornecer instrumentos importantes para se enfrentar os desafios propostos por esta nova realidade, será feito um breve apanhado, que não se pretende exaustivo, de alguns destes possíveis caminhos, enfatizando-se o direito processual, concluindo-se no sentido de que o processo coletivo se insere neste contexto.

2.1 O PARADIGMA PÓS-MODERNO: CONTEXTO HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS

O mundo contemporâneo, não obstante ser uma inegável consequência da dupla revolução² que, no final do século XVIII, representou um profundo rompimento com as ordens econômica e social até então vigentes, inaugurando o que se convencionou chamar de modernidade, apresenta tantas e tão profundas diferenças com a nova realidade então inaugurada que tem se buscado uma nova terminologia para distingui-lo dela.

2.1.1. SURGIMENTO DA MODERNIDADE

A modernidade representou o trunfo do capitalismo liberal burguês sobre o antigo regime, o que ocorreu inicialmente na Europa do final do século XVIII, expandindo-se gradualmente para o restante do mundo.

Em sua gênese, está intimamente relacionada ao anseio de liberdade e à crença na razão. Ainda que as sementes que possibilitaram a eclosão das revoluções francesa e industrial já tivessem sido lançadas há alguns séculos, o mundo em 1780 ainda era essencialmente rural, não diferindo dos séculos anteriores.

A Revolução Industrial encontrou condições propícias para se desenvolver inicialmente na Inglaterra³ - muito embora outros países, em especial a França, estivessem

² Sob tal denominação o historiador inglês refere-se às revoluções francesas e industrial, que remodelaram a economia e política do mundo ocidental, e posteriormente global, dando origem à nova ordem que se seguiu (HOBSBAWM, 1977).

³ A partir de onde iria expandir-se, inicialmente para outros países da Europa Ocidental, Estados Unidos e, já no século XX, o restante do planeta.

mais avançados em termos de desenvolvimento científico e educacional - em razão do liberalismo que lá predominava, com ampla aceitação do lucro privado e desenvolvimento econômico, possibilitando que as inovações tecnológicas que estavam surgindo (as quais, na denominada Primeira Revolução Industrial, eram consideravelmente rudimentares) pudessem ser amplamente utilizadas no desenvolvimento de atividades econômicas e, desta forma, garantindo a produção de produtos manufaturados (essencialmente têxteis neste momento inicial) em uma escala sem precedentes, tornando-a a grande protagonista do comércio global, na qualidade de compradora de bens primários e vendedora de produtos industrializados.

Por sua vez, a Revolução Francesa, de vocação marcantemente ecumênica e universal, também encontrou as condições mais propícias para sua eclosão em uma sociedade que se encontrava sob o governo da mais típica e poderosa das velhas e aristocráticas monarquias absolutistas da Europa Continental, na qual a grande maioria da população se sentia cada vez mais oprimida por uma nobreza onerosa e parasitária, chegando-se ao ápice de descontentamento com a grande crise econômica decorrente dos elevados gastos que o Estado francês precisou realizar para apoiar os norte-americanos na guerra de independência contra a Inglaterra. Tratou-se de um movimento sem líderes e organização, surgindo espontaneamente a partir de uma convergência de interesses em torno da necessidade de se romper com aquela classe governante.

Assim, foram estes dois movimentos que, surgidos quase que simultaneamente na Europa do final do século XVIII que vieram a dar as características da sociedade que se desenvolveria daí por diante. O mundo que emergiu desta dupla revolução era influenciado pela doutrina iluminista e sua crença inabalável no racionalismo, na ciência e no progresso, com a expectativa de que não haveria problema que o ser humano não pudesse superar com o uso de seus talentos e habilidades e que o caminhar da humanidade para o futuro sempre se caracterizaria por uma constante marcha para um mundo melhor; sob o ponto de vista político, consolidou-se o modelo do Estado-nacional⁴ sob um regime legal (mas não necessariamente democrático, pelo menos neste momento inicial) como o mais adequado para possibilitar o desenvolvimento econômico por todos almejado.

Já em meados do século XIX algumas profundas consequências destas mudanças já podiam ser percebidas: sob o ponto de vista demográfico, o mundo em torno da dupla revolução (Europa Ocidental e Estados Unidos) testemunhou uma explosão populacional sem precedentes, variando, a depender do local entre sua duplicação à sua multiplicação por seis;

⁴ Espaço territorial sujeito a um único governo soberano e caracterizado por sua unidade étnico-linguística, formando uma única nação.

as redes de estradas, nestes mesmos locais, cresceram vertiginosamente, possibilitando uma maior e melhor comunicação entre as pessoas, com o desenvolvimento cada vez mais rápido daqueles que viriam a ser os meios de transporte mais característicos do século XIX: o navio a vapor e o trem; conseqüentemente, o volume no comércio e na emigração pôde aumentar em uma escala até então inimaginável, ocasionando, por exemplo, a quadruplicação do comércio internacional entre 1780 e 1850 (HOBSBAWM, 1977).

Este espantoso desenvolvimento de uma pequena parte do mundo acabou tornando-a, muito rapidamente, em uma condição de superioridade inédita em relação ao restante⁵, gerando uma desigualdade cada vez maior entre os diversos países, discrepância esta que apenas aumentou daí por diante. Sob o ponto de vista interno, a dupla revolução, ao quebrar os velhos privilégios hereditários que prevaleciam na sociedade feudal, representou a abertura, ainda que relativa, das carreiras para o talento, possibilitando o triunfo do indivíduo em razão de suas qualidades próprias e afastando-se do estático ideal hierárquico do passado, o que gerou o mito capitalista do *self made men*, o que, se tinha a vantagem de possibilitar a mobilidade social em razão do mérito individual, continuava gerando a exclusão de uma parcela da população, com o agravante de que, agora, os excluídos tinham menos legitimidade para protestar, já que as diferenças decorriam dos próprios méritos individuais.

Mas possivelmente a consequência ideológica mais profunda da dupla revolução foi a gradual secularização das massas⁶, o que representou uma radical mudança, já que, até então, a concepção de mundo que guiava a vida da maior parte das pessoas era ditada pelas religiões existentes, o que, no mundo ocidental, significava dizer o Cristianismo. O mundo do século XIX experimentou um processo de gradual e até o momento irreversível abandono de religiosidade⁷ e crescimento do agnosticismo e ateísmo, que pareciam mais compatíveis com a crença no desenvolvimento científico que passou a ser disseminada.

Além das três principais consequências mencionadas acima, verifica-se que o mundo inaugurado pela dupla revolução foi, desde a sua gênese, um paradoxo, na medida em que, a pretexto de inaugurar uma nova ordem mais justa e isonômica, acabou gerando uma sociedade ainda mais desigual do que a anterior, com uma mudança apenas em relação ao critério responsável pela definição desta desigualdade, o que acabou por gerar insatisfação nas grandes massas que, utilizadas pela burguesia para pôr em prática a dupla revolução, continuaram excluídas e marginalizadas. Tais insatisfações, que geraram novas ondas

⁵ Até a Revolução Industrial, por exemplo, o ocidente importava mais do que exportava para o oriente; o fluxo a partir de então inverteu-se.

⁶ As elites há muito já apresentavam tal característica.

⁷ O que não significa que tenha havido retração de todas as religiões neste período, já que algumas religiões protestantes e, principalmente, o Islamismo, apresentaram um acentuado processo de crescimento.

revolucionárias em toda a Europa⁸, acabaram por sucumbir ao triunfo do capitalismo, perdendo sua força na medida em que este permitiu, nos países desenvolvidos, uma gradual melhora na qualidade de vida geral das massas trabalhadoras.

Com o mundo se aproximando do final do século XIX, houve relevantes mudanças na economia capitalista. Ao mesmo tempo em que se aprofundou o nível tecnológico da produção industrial, houve um considerável aumento na produção voltada ao consumo doméstico, inaugurando a era da produção de massa. Por outro lado, o quase total monopólio inglês sobre a industrialização começou a ser quebrado com o desenvolvimento de outras economias (principalmente a americana e a alemã), fazendo com que o mundo deixasse a fase do liberalismo burguês para inaugurar uma era de competição internacional entre as principais economias capitalistas, que iniciaram uma verdadeira corrida imperialista (HOBSBAWM, 1996).

O mundo do final do século XIX já podia ser considerado genuinamente global, já que praticamente todas as suas partes já haviam sido exploradas e mapeadas. Era também muito mais densamente povoado, com aproximadamente o dobro da população que havia cem anos antes. Contudo, embora se tratasse de mundo demograficamente maior e geograficamente menor, caminhava cada vez mais para a divisão, com o crescimento do abismo que separava suas partes desenvolvidas das atrasadas (HOBSBAWM, 1988), embora todas estivessem unidas na adoção do modelo da nação-Estado liberal-constitucional, o qual, se não tinha muito espaço na teoria pura do capitalismo liberal, passou a ser mais presente na nova fase imperialista, sobretudo para adotar políticas protecionistas.

No âmbito internacional, a ordem que se configurava com a existência de grandes potências coloniais concorrendo entre si, emergiu das guerras mundiais como um mundo dominado por uma única potência global, os Estados Unidos, muito embora o decorrer do século XX viesse a atenuar sua distância em relação às demais. O pós-guerra foi também caracterizado pelo desfazimento formal dos impérios coloniais (muito embora as regiões colonizadas continuassem a ser dependentes, na prática, das grandes potências) e pelo surgimento dos regimes comunistas, que, até o terceiro quartel do século XX se colocaram como uma alternativa real ao modelo capitalista, fazendo o mundo experimentar uma ordem dual, de grande rivalidade entre as duas potências do período, que restou conhecida como Guerra Fria.

A nova ordem econômica mundial, sob a liderança dos Estados Unidos, se pretendia

⁸ Estas ondas revolucionárias, contudo, jamais chegaram a triunfar, ou pelo menos triunfar de forma duradoura, conforme se verifica no exemplo da Primavera dos Povos ocorrida em 1848.

cada vez mais globalizada e baseada novamente nos valores liberais, conforme se pode exemplificar com o surgimento de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Este processo acabou culminando em uma situação de absoluta transnacionalização do capital, em que este deixa de estar vinculado a economias nacionais e passa a transitar livremente pelo globo em busca das condições mais favoráveis possíveis, conforme se exemplifica pelo surgimento de vários paraísos fiscais (HOBSBAWM, 1995).

Em relação aos movimentos proletariados, os avanços materiais possibilitados pelo período de prosperidade acarretaram sua gradual desmobilização através do declínio da convivência social. A instituição familiar passou a enfrentar um inegável período de crise, conforme se verifica nas decrescentes taxas de natalidade e de casamentos e aumento na quantidade de pessoas vivendo sozinhas e de divórcios. De uma forma geral, pode-se identificar tal movimento como o do triunfo do indivíduo sobre a sociedade, com os rompimentos dos vínculos sociais que guiavam a vida até então (HOBSBAWM, 1995), ocasionando o declínio dos laços de solidariedade que guiavam a vida em sociedade e as instituições que os mantinham, como a família e a igreja, em um aparentemente irreversível processo de desintegração dos sistemas de valores e costumes que desde tempos imemoriais regiam a vida dos homens.

2.1.2. A PÓS-MODERNIDADE

Verifica-se, portanto, que o mundo inaugurado a partir da supremacia da ideologia burguesa definitivamente mudou, processo este que tem sido objeto de estudos em diferentes segmentos, em especial da sociologia e da filosofia.

Desta forma, têm os autores falado, de modo geral, em um mundo pós-moderno, não obstante encontre-se por vezes referências a terminologias, tais como capitalismo tardio, “sociedade de risco”, hipermodernidade, modernidade líquida, “segunda modernidade” e “sobremodernidade”.

Tampouco se nota um consenso entre os principais autores que têm escrito sobre a pós-modernidade acerca de vários aspectos importantes, tais como seu marco inicial⁹, relação

⁹ Embora de uma maneira geral indique-se algum momento do século XX, este momento costuma variar a depender do autor, sendo mais frequentes as referências que buscam identificá-lo com o término de alguma das grandes guerras mundiais, as revoltas estudantis que eclodiram em 1968 em Paris, ou mesmo a queda do muro de Berlim.

com a ordem moderna precedente¹⁰, carga valorativa¹¹ e principais características. Não obstante os riscos decorrentes desta falta de consenso, ainda assim mostra-se possível utilizar a expressão pós-modernidade para designar um claro processo de mudanças sociais ocorrido no decorrer do século passado (BITTAR, 2014).

Parece incontroversa, contudo, a conclusão no sentido de que a realidade que vivemos nos dias atuais claramente distingue-se do mundo moderno criado a partir do rompimento da velha ordem e calcado na crença sobre a racionalidade, o progresso e a ciência.

Conforme sintetizado por Bittar (2014, p. 116):

Percebe-se que se pode extrair a seguinte reflexão deste quadro teórico: a) há um consenso quando a mudança em curso, não importa se se trate de mudanças que acirram as características da modernidade em direção a uma cultura excessivamente moderna (tese da hipermodernidade) ou se trate de mudanças que suplantam a modernidade a partir de novos parâmetros (tese da pós-modernidade); b) há um consenso quanto à indeterminação destes tempos [...]; c) há um consenso quanto ao fato de que a pesquisa sobre os tempos presentes, e sobre a história da vida contemporânea recente, ainda está em pleno processamento [...]; d) há uma confusão enorme entre autores modernos e pós-modernos entre o que se deseja que as coisas sejam (modernas ou pós-modernas) e entre o que as coisas realmente são (modernas ou pós-modernas).

Pode-se acrescentar ainda como outro ponto consensual a conclusão no sentido da insuficiência das respostas dadas pelas crenças modernas aos desafios surgidos na realidade atual, não mais passíveis de explicação através dos métodos lógico-rationais das ciências tal como tradicionalmente concebidos. É certo, portanto, que o atual momento é marcadamente transitivo, no sentido de se constituir como um período de transição no qual grandes verdades até então tidas por absolutas passam a ser questionadas, vindo mesmo a desaparecer.

Vale ressaltar, por outro lado, que não se pode realizar uma rígida delimitação entre modernidade e pós-modernidade como se tratassem de dois períodos históricos sucessivos, já que consistem, na verdade, em sistemas de pensamento, que, ainda que tenham surgido em contextos históricos distintos, acabam se penetrando e influenciando mutuamente.

Sem a pretensão de se esgotar um tema tão complexo, serão brevemente apresentadas três concepções deste paradigma atual que, embora se distingam entre si em alguns pontos, permitem que se identifique as principais características deste momento, o que será de grande importância para o estudo de suas principais repercussões sobre o mundo jurídico, no tópico seguinte.

¹⁰ Alguns autores a consideram como um aprofundamento da própria modernidade, enquanto outros a têm como uma ordem que se contrapõe a ela.

¹¹ Alguns autores são otimistas quanto à realidade pós-moderna, enquanto outros consideram um fenômeno negativo.

2.1.2.1. BAUMAN E A MODERNIDADE LÍQUIDA

Ao explicar a razão pela qual adota o nome de modernidade líquida ou fluida para se referir aos tempos atuais, o sociólogo polonês Zygmunt Bauman aponta que os fluidos (gases e líquidos), diferentemente dos sólidos, não são capazes de suportar uma força tangencial quando imóveis, sofrendo, em tais situações, uma constante mudança de forma. Diversamente dos sólidos, portanto, os fluidos não permanecem fixados dentro de um determinado espaço, já que seu formato mudado a todo momento conforme as circunstâncias, de modo que, para eles, o que importa é o tempo (pois em um intervalo de poucos momentos podem passar a se apresentar sob um formato inteiramente distinto), muito mais do que o espaço (o qual, afinal de contas, nunca é ocupado da mesma maneira por mais do que um breve instante). Justamente em razão disso é que os fluidos apresentam, como principal característica, a capacidade de se mover com facilidade, rapidamente contornando obstáculos que eventualmente surjam em seu caminho, sendo invariavelmente associados às ideias de leveza, ausência de peso e inconstância (BAUMAN, 2001).

Os principais sólidos derretidos a partir da dupla revolução que deu origem à ordem moderna consistiram nos velhos laços costumeiros que ligavam as pessoas por vínculos tradicionais de lealdade, os quais foram substituídos por relações econômicas formalizadas em contratos escritos celebrados entre as partes.

Portanto, Bauman (2001) identifica, no paradigma pós-moderno, o momento no qual finalmente ocorre o rompimento com sólidos de qualquer natureza, inaugurando uma era de fluidez (modernidade líquida), com acentuada tendência de flexibilização dos mais variados vínculos e relações, o que, se por um lado atende aos interesses do grande capital (que possui cada vez menos amarras e controle sobre si), faz com que os indivíduos, de modo geral, fiquem em uma situação cada vez maior de insegurança.

Esta fluidez do mundo atual está claramente relacionada ao processo de globalização, que, ao contrário do que normalmente se acha, não afeta de modo igual todas as pessoas, já que apenas uma parte da população de fato consegue ter acesso aos benefícios e vantagens possibilitados por ela. Pois, se de um lado os negócios, as finanças, o comércio e as informações passam a tomar cada vez mais uma escala planetária, corre em paralelo um processo pelo qual as pessoas que se encontram excluídas deste mundo tornam-se cada vez mais fixas em um espaço. Este é justamente, na visão do renomado sociólogo, o principal fator de discriminação que, nos dias atuais, distingue a elite das classes menos favorecidas em um mundo cada vez mais fluido: a capacidade de mobilização. Havendo, na vida atual, cada

vez mais a necessidade de se movimentar, estão em situação claramente vantajosa aqueles que contam com tais possibilidades, os “globais”, ficando os “locais” privados desta realidade.

Isso apenas se tornou possível a partir do momento em que o desenvolvimento tecnológico permitiu ao ser humano a possibilidade de se locomover de modo desatrelado ao seu próprio corpo, fazendo com que a distância percorrida em uma unidade de tempo dependesse mais do meio tecnológico que estivesse a seu dispor e, conseqüentemente, dos recursos materiais disponíveis para usufruí-lo, o que possibilitou o aprofundamento sem precedentes da distinção de velocidades de movimento a depender do acesso a meios mais eficientes de transporte, tornando a mobilidade a principal ferramenta do poder e da dominação. A mudança para a modernidade líquida não só manteve como aprofundou as distinções surgidas na etapa anterior, pois o acesso à instantaneidade é diferenciado, com o agravante de que as diferentes classes não mais estão mutuamente engajadas, havendo, pelo contrário uma marcante tendência no sentido do desengajamento.

Além dos avanços tecnológicos nos meios de transporte, surgiram ainda mecanismos que possibilitaram o transporte de informações independentemente do seu portador, gerando o estado atual em que um dado pode ser transmitido ao mundo inteiro de forma instantânea, fazendo com que se fale no “fim da geografia”. O processo de segregação / exclusão no mundo globalizado, portanto, ocorre em termos espaciais, o que acaba por implicar uma ruptura na comunicação entre as “elites extraterritoriais”, cada vez mais globais, e o restante da população, cada vez mais localizada.

Este acentuado e irreversível processo de globalização acaba por gerar impactos profundos e sem precedentes sobre a estrutura do Estado-nação. A velocidade cada vez maior com que as forças econômicas conseguem se mover e colocam sempre em posição de vantagem em relação a qualquer Estado, que, por sua própria natureza, é sempre territorial, sendo mesmo contraditória a ideia de um controle por parte de algum governo nacional sobre os fluxos financeiros em um mundo no qual o capital deixa de ter um domicílio fixo. Neste sentido, a ideia de globalização busca justamente traduzir este caráter de indeterminação dos processos mundiais em curso, ligando-se muito mais aos seus efeitos, não planejados e imprevistos, do que a iniciativas e empreendimentos globais.

Trata-se, por esta perspectiva, de noção diametralmente oposta à ideia de universalização, que significava a pretensão de se produzir uma verdadeira ordem universal, expandindo o Estado-nação a uma escala planetária, o que ocorreria com a reunião das várias ordens locais dentro de um único Estado territorial. Ocorre que esta tarefa de ordenar pressupõe tal concentração de esforços e organização que apenas pode ser conseguida

mediante a atuação do aparelho estatal, que, como visto, encontra-se em franco processo de declínio, já que as bases de sustentação de sua soberania – autossuficiência militar, econômica e cultural – mostram-se a cada dia mais enfraquecidas. Pode-se, portanto, resumir a tendência atual em um “afrouxamento dos freios” (BAUMAN, 1999, p. 76).

2.1.2.2. GIDDENS E O MUNDO PÓS-TRADICIONAL

Diferentemente de Bauman, o sociólogo britânico Anthony Giddens não vê o período atual como um rompimento com a modernidade, deixando claro que, por modernidade, refere-se a um movimento cuja origem pode ser muito bem situada no tempo e espaço, a Europa do século XVIII, embora tenha vindo a se tornar global. Considera que a modernidade, esta sim, se constituiu em uma ruptura (ou descontinuidade) em relação ao período anterior, sendo o momento atual uma consequência da incidência das próprias características desta modernidade, razão pela qual o denomina também de alta modernidade, reconhecendo claras diferenças em relação à modernidade inicial, como, por exemplo, o fato de se estar migrando de um sistema manuseado em manufaturas para um sistema baseado na informação (GIDDENS, 1991).

Não obstante, o autor, reconhecendo que o tempo em que se vive atualmente possui uma visível disparidade em relação ao passado, aponta duas características importantes normalmente associadas a estas mudanças e ao que em geral se denomina de pós-modernidade: a sensação de que nada pode ser conhecido com alguma certeza e a de que a história é destituída de qualquer teleologia (GIDDENS, 2001). Note-se que tais características opõem-se frontalmente às ideias de ciência e progresso que fundaram a ordem moderna.

Portanto, ainda que caracterize o período atual como uma modernidade ampliada, reconhece que se trata de uma época de evidente transição, o que se aplica não apenas ao ocidente, mas ao mundo como um todo, e que não pode ser explicado pelo simples fator de se tratar da finalização de um século (GIDDENS, 2012). A modernidade mostra-se como uma consequência de dois fenômenos que embora relacionados (até mesmo porque se desenvolveram de forma concomitante), podem ser isolados entre si: o capitalismo e o industrialismo. Sendo o primeiro um sistema de produção de mercadorias baseado na propriedade privada do capital e no trabalho enquanto mercadoria e o segundo a possibilidade de se utilizar fontes inanimadas de energia material na produção de bens, permitindo um grande aumento em sua escala, verifica-se que a soma de ambos acabou permitindo a eclosão da Revolução Industrial.

Se a modernidade pode ser vista como consequência do capitalismo e industrialismo, ela é, por sua vez, causa de um outro, qual seja, o da globalização, ao permitir que, pela primeira vez, o planeta todo possa ter ficado interligado. Isso gerou uma extraordinária concentração de poder econômico em torno das grandes corporações, com a possibilidade de influenciar o sistema político dos mais diversos países de sua área de atuação, sendo sintomático o fato de que por vezes o orçamento destas corporações ultrapassa o de vários países. No entanto a ordem atual ainda é caracterizada pelo monopólio dos meios de violência em uma certa localidade em favor dos Estados, que são os únicos constituídos como corporações militares e que são estabelecidos como entidades políticas que governam um determinado território.

Ponto importante na doutrina do referido autor consiste na noção de mecanismos de desencaixe, entendendo-se como tais os meios que permitem que relações sociais sejam deslocadas do contexto de interação local e reestruturadas sob bases indefinidas (ou muito dificilmente definíveis) em termos espaço-temporais (GIDDENS, 2001). Os dois principais exemplos de mecanismos de desencaixe apresentados pelo autor consistem no que ele denomina de sistemas peritos e fichas simbólicas.

Por sistemas peritos entende-se sistemas que, muito embora façam parte da vida cotidiana da maioria das pessoas e usados de forma corriqueira, envolvem um conhecimento especializado detido por poucos, de modo que a grande maioria das pessoas os utiliza sem conhecer os aspectos que envolvem o seu funcionamento. Viajar de avião ou se comunicar por telefone, por exemplo, consistem em atos comuns na rotina da vida moderna, realizados diariamente por milhões de pessoas, embora a grande maioria deste universo não seja capaz de explicar as bases teóricas que permitam o funcionamento destes dois mecanismos. Já as fichas simbólicas consistem em convenções adotadas pela sociedade como modo de tornar mais fácil o funcionamento da vida em geral e que dependem principalmente da aceitação das pessoas em geral para que possam continuar operando. O dinheiro consiste no principal exemplo atual de fichas simbólicas.

Tanto as fichas simbólicas quanto os sistemas peritos dependem, para sua operação, da confiança das pessoas, a qual, na modernidade, assume contornos marcadamente distintos daqueles que a caracterizavam em épocas pré-modernas, em que ela decorria do aprofundamento das relações interpessoais que se desenvolviam em uma determinada localidade. Confiar em sistemas peritos e fichas simbólicas (ou seja, em coisas sobre as quais nosso conhecimento é muito limitado e superficial), aproxima-se, em certo sentido, de um verdadeiro “ato de fé”, mas esta fé é depositada na correção de determinados princípios e

conhecimentos e não no caráter e probidade de outras pessoas (GIDDENS, 1991).

Esta mudança no caráter da confiança na modernidade é representada pela importante distinção entre compromissos com rosto e compromissos sem rosto (GIDDENS, 1991). Os primeiros são os que advêm de relações interpessoais estabelecidas no mesmo contexto espaço-temporal, que possibilita a formação de laços cultivados ao longo do tempo, sendo, portanto, característicos do período pré-moderno. Os segundos, por sua vez, consistem no desenvolvimento da fé nos sistemas peritos e fichas simbólicas, operando no contexto de rompimento com o tempo e com o espaço possibilitado pelas novas condições da modernidade. Portanto, enquanto no período pré-moderno a confiabilidade se estabelecia sobre relações cultivadas entre indivíduos que se conhecem e têm uma convivência, a confiabilidade nos sistemas abstratos, característica da era moderna, não pressupõe qualquer contato pessoal com os indivíduos responsáveis por tais sistemas.

O autor aponta quatro contextos de confiança que se destacam na pré-modernidade (GIDDENS, 1991): a) relações de parentesco; b) comunidade local; c) cosmologias religiosas; d) tradição. Trata-se de quatro contextos que passaram a entrar em um inegável declínio com a chegada da modernidade e sua fé inabalável na razão e no progresso. São cada vez mais comuns os processos de desintegração familiar ou mesmo os indivíduos que optam por desenvolver sua existência sem a formação de uma família, ao menos em seu sentido estrito; a comunidade local mostra-se como um lugar em rápido processo de desaparecimento em tempos em que os meios de transporte e comunicação integraram o mundo inteiro em tempo real; o mundo está cada vez mais secularizado; e as antigas tradições parecem fazer cada vez menos sentido, encontrando-se em um rápido processo de desuso. Modernidade esta que, por sua vez, promove uma mudança destes contextos de confiança para os sistemas abstratos, com mecanismos de reencaixe nos quais relações pessoais (amizade, sexuais *etc.*) surgem como meios de estabilizar laços sociais.

Ocorre que, como apontado pelo autor, tendo em vista a necessidade das pessoas de permanecer de algum modo com reminiscências dos compromissos com rosto, estes mecanismos de desencaixe acabam sendo suavizados com a utilização de instrumentos e/ou técnicas que permitem um retorno ao contexto de copresença. É o que ele denomina de processo de reencaixe. Portanto, os compromissos com rosto não ficam abolidos na modernidade, apenas ganhando novos contornos, conforme se verifica em seu exemplo mais comum, qual seja, a desatenção civil, que consiste na forma como as pessoas costumam reagir ao cruzar com estranhos nas ruas, lançando um breve olhar de reconhecimento e em seguida desviando-o, como forma de expressar falta de hostilidade (GIDDENS, 1991).

Além dos mecanismos de desencaixe, outro ponto destacado pelo autor como característico da vida moderna consiste em sua reflexividade, que consiste na possibilidade de se rever constantemente as práticas e hábitos que a compõem à luz do conhecimento gerado a partir de sua própria ocorrência, em um ciclo de autorreflexão contínuo e extremo.

Trata-se de uma perspectiva que acabou se revelando bastante perturbadora, revelando o completo fracasso da promessa de estabilidade presente na consolidação da ciência e da razão como meios principais de orientação da vida e que cumpririam o papel de salvar a humanidade da instabilidade e ignorância gerados pelas antigas tradições baseadas em meras superstições. Descobriu-se, portanto, que o conhecimento científico-racional, longe de trazer esta estabilidade, tornou as práticas da vida cada vez mais instáveis e incertas.

Portanto, a reflexividade da modernidade, ao gerar um contínuo autoconhecimento sistemático, não permite a estabilização do conhecimento perito, tornando problemática sua aplicação sobre a ação leiga. Este caráter circular que o conhecimento social acaba adquirindo, em razão de sua reflexividade, faz com que seja reforçado o caráter errático da modernidade, somando-se, neste sentido, a um outro fator que, sob a denominação de consequências involuntárias, engloba duas possíveis vulnerabilidades às quais os sistemas abstratos encontram-se sujeitos, quais sejam, os defeitos do projeto e as falhas do operador (GIDDENS, 1991).

A predominância dos sistemas abstratos e a reflexividade acabam fazendo, portanto, que a sociedade atual se apresente substancialmente distinta da que inaugurou a modernidade, e o autor aponta esta distinção ao se referir à atual como sociedade pós-tradicional (GIDDENS, 2012), indicando que a modernidade, por si só, não importou um absoluto rompimento com as antigas tradições, o que tem se verificado contemporaneamente. Este abandono das tradições teria sido possibilitado pelo duplo processo de difusão extensiva das instituições modernas (globalização) e a própria radicalização, em si, do processo de modernização.

Pode-se definir a tradição como o reflexo que a repetição de uma prática que remonta a um passado longínquo tem sobre o presente e o futuro, condicionando as ações dos indivíduos. Não basta entretanto, a mera repetição de uma determinada prática, já que a formação de uma tradição envolve um aspecto de memória coletiva e um aspecto ritualístico que o autor denomina de “noção formular de verdade”. Tanto é que, conforme aponta o autor, a gradual perda desses aspectos ritualísticos durante a modernidade faz com que, nela, a repetição das práticas esteja mais ligada ao suprimento de necessidades emocionais, aproximando-se mais da compulsão em vez da tradição. Neste sentido, vale ressaltar que,

enquanto as tradições contavam, no seio de cada sociedade, com seus respectivos guardiões, esta figura passou a ser aos poucos substituídas pelos especialistas na modernidade (GIDDENS, 2012). Ocorre que, enquanto a pré-modernidade se caracterizava por uma divisão rígida, na qual a função de guardião da tradição era ocupada por poucos indivíduos com exclusividade e em contraposição à maioria que permanecia alheia, a sociedade extremamente especializada da modernidade faz com que praticamente todos sejam especialistas em pelo menos uma área e, ao mesmo tempo, leigos em relação à grande maioria do conhecimento existente.

2.1.2.3. BOAVENTURA E A PÓS-MODERNIDADE CRÍTICA

O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos também se dedica ao estudo das características deste momento atual pelo qual passa a humanidade e, tal qual Bauman e Giddens, constata que a sociedade atual distingue-se em vários pontos importantes da que deu origem ao período moderno de nossa história. Partindo da constatação de que a modernidade falhou em cumprir a maior parte de suas promessas (o século XX foi marcado por guerras e violações de direitos humanos como nenhuma época anterior havia testemunhado, sem contar o aumento vertiginoso nas desigualdades sociais, seja entre países desenvolvidos e atrasados, seja entre as pessoas ricas e pobres), o autor busca analisar o motivo pelo qual, não obstante isso, mostra-se tão difícil construir uma teoria crítica atualmente, entendendo por crítica qualquer teoria que não se limita a analisar a realidade existente, buscando alternativas a ela. Ele considera esta dificuldade o problema mais intrigante que as ciências sociais enfrentam hoje (SANTOS, 2011). Propõe, portanto, uma sociologia crítica em contraposição à sociologia convencional, seja a positivista ou a antipositivista.

Refletindo sobre as possíveis causas deste problema, o autor verifica que a maior parte das teorias críticas em voga (como o marxismo, por exemplo) tratam a sociedade como uma totalidade, o que implica a necessidade de uma forma de conhecimento total, um princípio único de transformação social e um agente coletivo, igualmente único, capaz de realizar a transformação. Ocorre que, conforme aponta, o conhecimento totalizante é o da ordem sobre o caos, o que se mostra característico da sociologia funcionalista, que tem por objetivo a regulação social, no que se contrapõe à sociologia crítica, que pretende a emancipação social. Os tempos atuais, diagnóstica, se caracterizam pela desordem tanto da regulação quanto da emancipação social, dando origem a sociedades que são, simultaneamente, autoritárias e libertárias. Portanto, pretende se diferenciar das demais teorias críticas ao não adotar uma

estratégia totalizante, já que, sendo várias as formas de opressão existentes no mundo atual, várias também devem ser as lutas de resistência contra elas, o que enfatiza a importância de se desenvolver formas que permitam um diálogo entre estas diversas lutas de resistência, ou, para usar sua expressão, uma teoria de tradução (SANTOS, 2011).

Em suma, as dificuldades para a construção de uma teoria crítica estão relacionadas ao fato de que a modernidade criou problemas para os quais ela própria não tem soluções, o que pode gerar posturas distintas: a de que o fato de não haver solução significa que, na verdade não há problemas (pós-modernidade reconfortante) e a de que o fato de não haver soluções na própria modernidade significa que estas devem ser buscadas sob uma nova perspectiva (pós-modernidade inquietante, ou de oposição). O autor adota a segunda postura, concluindo que o fato de estarmos em uma situação na qual as soluções para problemas gerados por uma realidade devam ser buscadas em uma nova perspectiva caracteriza o tempo atual como de uma transição paradigmática¹², necessitando da construção de uma teoria crítica pós-moderna. Em um segundo momento o autor chegou a adaptar em parte sua posição ao considerar mais adequada para descrever sua proposta emancipatória a expressão pós-colonial em vez de pós-moderno, procurando, com isso, enfatizar a situação da parte do mundo que esteve na periferia do processo da modernidade, inicialmente na condição de colônia e no momento atual como países de terceiro mundo ou subdesenvolvidos, pois, embora o capitalismo e o colonialismo tenham ocorrido concomitantemente na modernidade, são fenômenos distintos e que podem também apresentar-se isoladamente (SANTOS, 2012).

Na construção de sua teoria crítica, o autor prioriza a análise de duas instituições fundamentais na sociedade moderna: a ciência e o direito. Tais instituições deixaram, na sociedade atual, de fazer o papel de espelhos (ou seja, refletir as identificações dominantes na respectiva sociedade) e passaram a ser estátuas (ou seja, passaram a elas próprias determinar os traços e características da respectiva sociedade, que deve portanto refleti-las em vez de se ver nelas refletida) (SANTOS, 2011). Com o desenvolvimento do projeto da modernidade, a ciência e o direito passaram a assumir cada vez mais o papel de realizar a gestão dos excessos e défices decorrentes das contradições inerentes a ele, que foram considerados como desvios fortuitos e temporários. Neste sentido, a ciência moderna foi transformada em uma instância suprema e hegemônica, impondo-se sobre outras lógicas emancipatórias. Para ajudá-la na gestão reconstrutiva dos excessos e défices, o direito teve que sacrificar sua racionalidade

¹² Trata-se de fenômeno análogo ao que se deu por ocasião do surgimento do paradigma sócio-cultural da modernidade, que precedeu o surgimento do modo de produção capitalista, de forma que o aparecimento do atual paradigma terá consequências importantes para o desenvolvimento do capitalismo, embora elas ainda não possam ser determinadas.

moral-prática de modo a adaptá-la à racionalidade cognitivo-instrumental dela, gerando a despolitização jurídica do conflito social e, conseqüentemente, a despolitização científica da vida social.

O modelo de racionalidade científica que veio a se tornar mundialmente hegemônico tem sua origem na Europa do século XVI, quando surgiu para fazer frente às outras duas formas de conhecimento então existentes: o senso comum e os estudos humanísticos. O modelo científico é um modelo global e, portanto, totalitário, negando o caráter racional às demais formas de conhecimento. Recebe forte influência da matemática e, embora tenha se aplicado inicialmente nas denominadas ciências naturais, também passou a ser aplicado em relação às chamadas ciências sociais. Não obstante, são claros os sinais de que tal modelo se encontra atualmente em crise, permitindo-se que se anteveja o surgimento de um novo paradigma, o qual deve se basear nas representações mais inacabadas da modernidade: o princípio da comunidade (domínio da regulação) e a racionalidade estético-expressiva (domínio da emancipação), que, devem, portanto, receber um maior peso através de uma ação de desequilíbrio dinâmico.

Assim como ocorre em relação à ciência, o autor enfatiza também a necessidade de se buscar uma concepção pós-moderna do direito, já que ele, na modernidade, acaba por exercer o papel de assegurador da ordem capitalista e instrumento de legitimação do Estado, passando por um processo no qual se tornou, cada vez mais, estatal e científico. Tal quadro cria a necessidade de se repensar o direito, de modo a promover uma transição societal análoga à transição epistemológica apontada para a ciência. Embora a crise epistemológica (da ciência moderna) seja mais visível do que a crítica societal (do mundo capitalista), esta também se constitui em um processo irreversível, o que requer uma reflexão acerca do papel do direito. O autor inicia esta reflexão propondo a ideia de que, na realidade, o Estado nunca deteve o monopólio do direito, uma vez, ao lado do direito estatal, existe tanto um direito supra-estatal quanto uma série de direitos intra-estatais.

Isso leva à conclusão de que: a) existe no mundo uma experiência social muito mais rica do que o que está contido na ciência moderna; b) que tal riqueza está sendo desperdiçada em razão da hegemonia do paradigma científico; c) para se combater esse desperdício não basta propor um novo modelo de ciência, sendo necessária uma nova forma de racionalidade, a que ele denomina de racionalidade cosmopolita, em contraposição à racionalidade indolente, que é a dominada pelo paradigma científico e que permite o desperdício de experiência, e que se caracteriza por expandir o presente e contrair o futuro (invertendo as tendências que caracterizam a racionalidade indolente), o que deverá ser feito, respectivamente, através de

uma sociologia das ausências e de uma sociologia das emergências.

O autor identifica seis espaços estruturais dentro da sociedade capitalista, cada qual constituído por uma forma específica de poder, direito e epistemologia, de modo que pode falar nos espaços doméstico (patriarcado como forma de poder, direito doméstico como forma de direito e cultura familiar como forma epistemológica), de produção (exploração como forma de poder, direito da produção como forma jurídica e produtivismo como forma epistemológica), de mercado (fetichismo das mercadorias como forma de poder, direito da troca como forma de direito e consumismo individualista como forma epistemológica), da comunidade (diferenciação desigual como forma de poder, direito da comunidade como forma jurídica e conhecimento local como forma epistemológica), da cidadania (dominação como forma de poder, direito estatal como forma jurídica e nacionalismo como forma epistemológica) e mundial (troca desigual como forma de poder, direito sistêmico como forma jurídica e ciência como forma epistemológica).

Estas diferentes formas de direito e poder, estruturalmente autônomas e não hierarquizadas entre si, dificilmente atuam isoladamente, aparecendo via de regra em constelações. O paradigma moderno, ao considerar como poder e direito apenas uma destas dimensões (a da cidadania) e ignorar as demais, acaba por permitir que estas possam agir de forma despótica, o que acarreta o comprometimento do vestígio democrático existente na única dimensão reconhecida (baseada nas regras que constituem uma democracia representativa).

Muito embora a luta emancipatória pareça inverossímil no paradigma atual, o caminho possível passa pela necessidade de se reinventar um mapa emancipatório e uma subjetividade capaz de operá-lo. Para isso, devem ser utilizadas duas formas de conhecimento bastante marginalizadas pela modernidade: a utopia e a retórica.

A já referida mudança de perspectiva da análise do autor, optando por estruturar sua teoria em torno do pós-colonialismo, implicou uma maior ênfase no espaço em que ele ocorre, ou seja, o espaço mundial. Ao analisar seu surgimento, introduz-se inicialmente o conceito de descoberta, cuja ideia já traz dentro de si um cunho imperial, na medida em que se trata de uma relação na qual, não obstante seu caráter recíproco uma das partes é considerada descobridora e outra descoberta, o que já se mostra como consequência de uma relação de poder que foi estabelecida, caracterizando-se, portanto, como descoberta colonial, fenômeno que foi característico de toda a modernidade, na qual a civilização europeia acabou por descobrir o restante do mundo, dando origem a três principais descobertas: a) a do Oriente (lugar da alteridade, tratando-se da civilização alternativa ao Ocidente e que foi substituída

por ele no papel de centro do mundo); b) a do selvagem (lugar da inferioridade e que vale pela coisas úteis que possam fornecer; c) a da natureza (lugar da exterioridade, que, assim como o selvagem, é tratada como ameaça e como recurso). Traço comum a todas as formas de descoberta imperial é o fato de não reconhecer igualdade nos diferentes e, por conseguinte, não tratar com dignidade os que são descobertos.

O mundo inaugurado a partir das descobertas imperiais caracteriza-se, portanto, por um modelo de globalização hegemônica, a qual se deve contrapor uma globalização contra-hegemônica. Neste sentido, ao tratar de forma específica do processo de globalização, esclarece que, na realidade, deve-se falar de processos de globalização, assim denominados: localismo globalizado; globalismo localizado; cosmopolitismo insurgente e subalterno; patrimônio comum da humanidade.

Os dois primeiros processos constituem o modo de globalização hegemônica ou neoliberal, também denominada globalização de cima para baixo. Localismo globalizado é o processo pelo qual um determinado fenômeno, que nasceu local, estende-se a todo o globo. Por sua vez, globalismo localizado consiste justamente nos impactos, em termos globais, de um fenômeno global. Trata-se de processo maléfico aos países periféricos, que sofrem os impactos negativos dos localismos globalizados, razão pela qual surgem processos de resistência a tal modelo.

Estas resistências formam a globalização contra-hegemônica, alternativa ou a partir de baixo, composta pelos dois últimos processos acima mencionados. O cosmopolitismo subalterno insurgente consiste justamente transnacionalmente organizada aos localismos globalizados e globalismos localizados. Já patrimônio comum da humanidade, por sua vez, consiste na luta transnacional por valores globais, como a sustentabilidade do planeta e a proteção à camada de ozônio.

2.2 IMPACTOS SOBRE O DIREITO

Um dos traços que bem caracteriza o paradigma atual consiste na crescente tendência de desestruturação dos tradicionais vínculos sociais, acarretando um processo de privatização dos diversos aspectos da vida, o que, por sua vez, reforça uma forte tendência individualista e o conseqüente estranhamento no trato com pessoas desconhecidas, dificultando a formação de novas relações sociais e fazendo aumentar o sentimento de medo, gerando uma busca por isolamento físico e fazendo com que os tradicionais laços de solidariedade que formavam as relações de confiança a partir de contatos interpessoais entrem em decadência e,

consequentemente, com a gradual perda dos valores tradicionalmente cultivados.

Referida tendência pode ser explicada pelas grandes transformações sociais pelas quais a sociedade brasileira passou na segunda metade do século passado, em especial pelos acentuados processos de industrialização e urbanização, que, conforme apontado por Lopes (FARIA, 1994), acabaram por dissolver os mecanismos tradicionais de controle social, tornando o processo judicial (Poder Judiciário) o principal instrumento de controle e regulação dos diversos conflitos.

Este aspecto, por sua vez, se une à instabilidade gerada pelo caráter reflexivo da modernidade, o que faz com que fatos passem e deixem de ser considerados verdadeiros com uma grande velocidade, e, consequentemente, que as pessoas nunca possam estar realmente seguras sobre os alicerces em que baseiam sua vida, o que gera um estado de permanente ansiedade e as impede de usufruir de um estado de autêntica tranquilidade.

Soma-se a isso o fato de que o atual estágio de desenvolvimento do capitalismo faz com que vivamos cada vez mais em uma sociedade massificada, na qual as diversas relações jurídicas tendem a se repetir em uma escala cada vez mais extensa, fazendo com que uma questão (validade de uma cláusula contratual, por exemplo) repercuta simultaneamente sobre uma enorme quantidade de situações.

Além disso, deve-se ressaltar que, sob a perspectiva jurídica, a ordem constitucional atual caracteriza-se por representar o auge no reconhecimento de direitos e garantias, tanto individuais quanto coletivos, os quais se encontram previstos expressamente no direito positivo de maneira bastante intensa, valendo ressaltar, que, no caso do Brasil, a Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer a previsão de vários direitos até então não reconhecidos em nossa ordem jurídica, como por exemplo o direito ao meio ambiente equilibrado e a um sistema público de saúde universal e gratuito.

Tais características (perda dos vínculos tradicionais, caráter reflexivo, massificação das relações e previsão de novos direitos) são as principais responsáveis pelo fenômeno de explosão de litigiosidade (FARIA, 1994, 1996) que atualmente se testemunha, no qual uma quantidade de demandas cada vez maior chega ao Poder Judiciário, que se transforma, desta forma, no principal destinatário de uma imensa quantidade de expectativas e pretensões.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se nota que o Poder Judiciário ganha uma importância cada vez maior neste novo momento, percebe-se que este simplesmente não consegue se desincumbir satisfatoriamente dos novos desafios que lhe são lançados, o que está diretamente ligado a outra característica do paradigma atual, qual seja, o processo irreversível de globalização. Não se pode considerar que o processo de globalização seja um

processo surgido historicamente no paradigma pós-moderno, já que, de certa forma, pode-se identificá-lo já a partir da formação de grandes impérios em que partes do planeta desconhecidas entre si passaram a gradualmente se ligar (FARIA, 1996); no entanto, referido processo intensifica-se de maneira vertiginosa mais recentemente em razão do extraordinário desenvolvimento dos meios de transporte e comunicação, fazendo com que o mundo possa estar efetivamente interligado de uma maneira inédita e irreversível.

Trata-se de fenômeno diretamente relacionado ao desenvolvimento do capitalismo (JULIOS-CAMPUZANO, 2004), que encontra condições de expansão bastante acentuada em razão das possibilidades geradas em um planeta totalmente interligado, no qual os recursos financeiros (agora na forma de meras informações eletrônicas) se deslocam instantaneamente por todo o planeta, de maneira cada vez mais livre e desembaraçada.

Não obstante estar, em sua gênese, ligada à expansão capitalista, é possível identificar, na realidade, uma série de dimensões nesta acentuação do processo de globalização testemunhada desde meados do século XX, que apresentam uma certa cronologia histórica (FARIÑAS DULCE, 2004): em primeiro lugar em meados do século XX, incidiu no âmbito das telecomunicações e informática; em um segundo momento manifestou-se como globalização econômica e financeira (neoliberalismo); em um terceiro momento verifica-se seu viés cultural, com a padronização de uma série de modelos de comportamento; por fim, repercute no âmbito jurídico, com a necessidade do desenvolvimento de um direito global.

Este fortalecimento das forças econômicas repercute de forma imediata sobre as noções tradicionais de nação, Estado e soberania (FARIA, 1996), que foram desenvolvidas dentro de um contexto completamente diverso e não se mostram adequadas para a realidade atual. No paradigma estabelecido a partir da modernidade a nação (que originalmente significava apenas um conjunto de pessoas ligadas por traços culturais, como o idioma) passa a ter uma conotação política, sendo considerada fonte da soberania, a qual, por sua vez, é considerada como a característica fundamental de qualquer Estado, consistente na possibilidade de exercer pleno domínio (o qual veio a ser relativizado com o desenvolvimento da doutrina dos direitos fundamentais) sobre a população existente em seu território, o que é feito mediante a criação de normas jurídicas positivadas, em um processo de inegável centralização de poder.

Ocorre que no atual mundo globalizado, com a desterritorialização do poder, os Estados veem-se cada vez mais limitados e impossibilitados de agir sobre a atividade econômica, colocando-se em cheque a própria concepção acerca de sua soberania, já que deixa de se tornar o centro das principais decisões com repercussão sobre a vida da maioria

das pessoas, espaço este que passa a ser preenchido pelo mercado, gerando o que alguns cientistas têm denominado de crise de governabilidade ou ingovernabilidade sistêmica, que se caracteriza como verdadeira situação-limite enfrentada pelo Estado contemporâneo.

Faria (2002) identifica quatro importantes características deste atual momento de capitalismo globalizado: a) o caráter paradoxal das inovações científico-tecnológicas, fazendo com que o aumento na sua velocidade gere uma maior possibilidade de resultados não pretendidos; b) redução da margem de autonomia das políticas macroeconômicas nacionais, já que os Estados tendem a se tornar cada vez mais dependentes do capital internacional, muitas vezes abrindo mão de gerir sua própria política monetária; c) aumento do alcance e velocidade do processo de diferenciação socioeconômica, fazendo com que o direito tenha uma dificuldade cada vez maior em acompanhar a crescente complexidade e especialização técnicas que caracterizam o período atual; d) fragmentação da produção, tornando o processo produtivo cada vez mais flexível e adaptável.

Por sua vez, Roth (*apud* FARIA, 2015), ao se referir às duas formas até o momento assumidas pelo Estado Moderno (Estado Liberal e Estado Social), identifica uma crise de regulação neste último já que seus mecanismos econômicos, sociais e jurídicos de regulação já não mais funcionam, causada pela perda de soberania e autonomia dos Estados Nacionais, decorrente de quatro grandes rupturas trazidas pelo fenômeno da globalização, quais sejam: a capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial; a mundialização da economia; a internacionalização do Estado e o desenvolvimento do direito internacional.

Ora, sendo o direito uma emanção da própria soberania estatal, a relativização desta repercute sobre ele, que, vendo-se incapaz de exercer as funções para as quais existe (solucionar os conflitos de interesse surgidos no âmbito da sociedade), acaba entrando em um estado de crise, que também pode ser considerado como um esgotamento paradigmático (FARIA, 1996), já que suas técnicas tradicionais, concebidas para um momento histórico caracterizado por outros tipos de conflito, não conseguem fornecer uma resposta adequada. Mostra-se acertada, portanto, a conclusão de que:

Dessa feita, a fragilidade do Estado em frente das mudanças econômicas globais atinge diretamente o núcleo de suas funções como Estado Assistencial e gera uma crise na capacidade de proteger e garantir os direitos fundamentais, sociais e difusos. Em outras palavras, o modelo econômico transnacional acaba por gerar a dependência dos Estados sobre as instâncias econômicas internacionais e sobre as forças do mercado global e, nesse sentido, o Estado perde grande parte da capacidade de controlar suas iniciativas de governo e os seus programas políticos (DIAS, 2010, p. 63).

Referida crise ocorre exatamente em um momento no qual, conforme já mencionado acima, verifica-se uma busca cada vez maior pelo Poder Judiciário como instância necessária à garantia dos direitos existentes, ainda mais em um momento no qual a atual Constituição Federal se caracterizou por prever uma grande quantidade de direitos, muitos deles de forma inédita, tornando o Poder Judiciário destinatário preferencial de uma grande demanda social que pretende a efetivação destes textos normativos.

Esta situação de crise de ingovernabilidade sistêmica pela qual vem passando o Estado contemporâneo, ao repercutir sobre o direito se traduz em fenômenos conhecidos como inflação legislativa, “juridificação” e trilema regulatório (FARIA, 1996), que podem ser vistos como sintomas de uma grave crise de eficácia pela qual passa o direito, na medida em que suas regras não apenas encontram-se de mais difícil identificação em face de sua crescente complexidade (sentido dogmático), como também mostram-se de penetração cada vez mais difícil na realidade socioeconômica (sentido sociológico).

Neste sentido, a inflação legislativa consiste na proliferação das denominadas “leis circunstanciais”, criadas com o objetivo de fornecer respostas imediatas a situações peculiares e temporárias, gerando um excesso de produção legislativa que acaba comprometendo a coerência do sistema jurídico como um todo. Tal quadro, por sua vez, se agrava pelo uso, cada vez mais disseminado, de normas de textura mais aberta e cláusulas gerais, necessárias para que se possa fazer frente à crescente complexidade da realidade fática a ser regulada.

Referido cenário favorece sobremaneira um maior protagonismo judicial nos conflitos de direito, já que, se a solução muitas vezes já não pode ser extraída de maneira tão clara do texto legal (seja pelo excesso de leis que compromete a coerência do sistema, seja pela utilização cada vez maior de normas de textura aberta), amplia-se a margem de manobra do julgador, que passa a contar com poderes mais amplos para julgar os casos concretos que lhe são submetidos. Em última instância, tal quadro acaba gerando uma verdadeira desvalorização do direito positivo, com a conseqüente perda da segurança jurídica que ele visa a fornecer.

Complementarmente à inflação legislativa dá-se a denominada “juridificação”, que abarca o fenômeno da explosão de litígios judiciais, o que agrava a crise de eficácia que assola o Poder Judiciário na medida em que este se vê cada vez mais impossibilitado de fornecer respostas satisfatórias às expectativas e demandas geradas na sociedade, deixando de cumprir sua função de solucionar satisfatoriamente os conflitos sociais.

Por fim, denomina-se “trilema regulatório” o conjunto de três dilemas apresentados por Teubner (*apud* FARIA, 2015) como decorrentes do envolvimento do direito positivo na

crise do Estado Social, consistentes: a) na progressiva indiferença entre o direito e a sociedade (já que cada sistema social tende a reagir apenas a suas próprias regras); b) pela tentativa de colonização da sociedade por parte do direito (pois o direito positivo parece inclinado a destruir a identidade das relações básicas que constituem os sistemas sociais); c) pela crescente desintegração do direito por parte da sociedade (na medida em que o direito positivo parece cada vez menos capaz de desempenhar seus próprios programas em relação a outros sistemas sociais).

Portanto, percebe-se que o direito torna-se cada vez menos capaz de dar conta dos novos conflitos que vêm surgindo, os quais demandam soluções mais rápidas e flexíveis, além de adaptadas à grande complexidade e especialidade técnicas que caracterizam o mundo atual.

Suas normas tradicionalmente padronizadoras, editadas com base nos princípios da impessoalidade, da generalidade, da abstração e do rigor semântico e organizadas sob a forma de um sistema unitário, lógico, fechado, hierarquizado, coerente e postulado como isento de lacunas e antinomias, são singelas demais tanto para apreender quanto para dar conta de uma pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais funcionalmente diferenciadas. Seu formalismo excessivo tende a impedir a visão da complexidade socioeconômica e a percepção da crescente singularidade dos conflitos, em contextos marcados por mudanças muito rápidas e, por vezes, radicais. Seus princípios gerais, suas regras e seus procedimentos já não conseguem regular, disciplinar e controlar, guardando a devida coerência sistêmica, fatos multifacetados e heterogêneos, acarretando com isso graves distorções nos preços e reduzindo a eficiência na alocação de recursos. E muitas de suas prescrições apresentadas em sanções de caráter punitivo-repressivo, bem como aplicadas por tribunais submetidos a ritos processuais excessivamente detalhistas e bastante morosos, são incompatíveis com as exigências de rapidez, agilidade, flexibilidade e adaptabilidade dos novos paradigmas de produção e dos novos padrões de funcionamento do comércio mundial e de um sistema financeiro globalizado (FARIA, 2002, p. 76).

Esta incapacidade de o direito cumprir satisfatoriamente seu papel no mundo atual, resolvendo de modo célere e efetivo os conflitos surgidos, revela-se ainda mais grave quando se leva em consideração o fato de que a pós-modernidade tem como uma de suas principais características a compressão espaço-temporal, marcada pela possibilidade de comunicação global instantânea e transporte global em velocidade sem precedentes, levando a se falar em um verdadeiro “fim da geografia” e à desnecessidade de ocupação efetiva de territórios como elemento necessário à sua efetiva dominação, devendo-se levar em consideração que se trata de processo ao qual os seres humanos não têm acesso igualitário, tendo em vista que os meios tecnológicos para tanto encontram-se mais facilmente disponíveis aos que possuem recursos materiais suficientes, tratando-se, portanto, de época marcada pela instantaneidade com que se consegue transpor os espaços, o que faz com que o tempo do direito encontre-se em um

descompasso cada vez maior em comparação com o tempo da vida.

Neste sentido, mostra-se bastante precisa a observação feita por Lopes (FARIA, 1994) no sentido de que referido problema está em grande medida relacionado a características ainda dominantes em nossa cultura jurídica, quais sejam: utilitarismo (crença de que todas as relações jurídicas podem ser resolvidas com conversão em dinheiro, com prejuízo para a busca da solução específica), individualismo (que faz com que se valorize o direito individual acima do direito da comunidade), atomismo (fazendo com que, ao se focar apenas no caso concreto e individual, não se consiga lidar adequadamente com as questões estruturais anteriores aos litígios trazidos) e formalismo (apego excessivo a formalidades e pouca utilização da oralidade no decorrer dos processos judiciais).

Portanto, pode-se apontar que a realidade atual se caracteriza por uma verdadeira crise de efetividade do direito, gerada por um esgotamento paradigmático, justamente em um momento no qual ele passa a ter uma relevância maior por conta do fenômeno de explosão de litigiosidade, fazendo com que a sociedade tenha que buscar meios que permitam que seus conflitos sejam efetivamente solucionados, já que confia cada vez menos que a solução de seus problemas possa ser alcançada por meio do processo judicial.

Ao refletir sobre as mais recentes tendências do direito, Faria (2011) identifica duas estratégias que vêm sendo utilizadas contemporaneamente pelos Estados para enfrentar esta crise de eficácia pela qual passa o direito: a) a primeira, denominada de desjuridificação, consiste em uma revisão das políticas legislativas tradicionais, com diminuição da regulamentação pelos meios tradicionais (leis em sentido estrito); b) a segunda, que chama de procedimentalização, está relacionada a estímulos cada vez maiores para que as partes envolvidas em um litígio consigam obter uma solução consensual, via autocomposição.

Conforme muito bem sintetizado por Campilongo (2011, p. 156), “o direito pós-moderno será, provavelmente, mais leve, mais complexo e mais aberto, segundo Arnaud. Estaria em curso de estabilização uma nova concepção de regra do direito: negociada, flexível, consensual, pragmática.”

A seguir, serão apontadas, de modo sintético, as principais repercussões destas mudanças sobre o direito, ou seja, quais são as discussões que são travadas em decorrência desta verdadeira mudança paradigmática. Tendo em vista que se trata de fenômeno com múltiplas repercussões, optou-se por dividir este breve panorama em três momentos, falando-se em primeiro lugar sobre as repercussões sobre a teoria do direito, em seguida sobre a dogmática jurídica e, em um terceiro momento, sobre o direito processual. Alguns destes pontos serão analisados com maior profundidade no capítulo seguinte.

No tocante às repercussões sobre a teoria do direito, pode-se destacar as seguintes:

a) Monismo X pluralismo jurídico: Tendo em vista a insuficiência nas respostas oferecidas pelo Poder Judiciário às demandas que lhe são trazidas e sua dificuldade em fazer frente à crescente complexidade da nova ordem econômica e social, cresce cada vez mais a tendência no sentido de se desvincular o direito do Estado, passando-se a considerar o direito estatal como apenas mais uma das possíveis modalidades de produção jurídica, o que entra em conflito frontal com a concepção, característica da modernidade, que vê a produção jurídica como consequência indissociável do exercício de soberania e, portanto, não concebendo um direito não-estatal, considerado verdadeira contradição entre termos. Exemplo desta nova tendência consiste na já mencionada doutrina de Santos (2011), que considera o espaço da cidadania (onde se desenvolve o direito estatal) um dos seis espaços que compõem nossa realidade, os quais interagem entre si das mais diversas formas. Portanto, o crescimento das doutrinas de pluralismo jurídico mostra-se como uma das mais fortes tendências do atual momento, o que reflete a gradual perda de centralidade do Estado como principal fonte de influência na vida das pessoas.

b) Direito como ciência X prudência: Outra característica que passa a ser colocada cada vez mais em cheque no atual momento consiste no caráter científico que a modernidade procurou ressaltar no fenômeno jurídico, como forma de lhe garantir maior respeitabilidade, até mesmo porque a hegemonia da racionalidade científica consiste em uma das características mais marcantes da modernidade. É fácil perceber, do que já foi exposto, que o positivismo jurídico foi a escola de direito que melhor atendeu aos anseios do poder moderno, marcando inclusive o momento a partir do qual o direito foi aceito como uma verdadeira ciência, já que demonstrada a possibilidade de aplicação de um método científico sobre seu objeto, perfazendo, desta forma, o cumprimento de outro paradigma da modernidade, qual seja, o da crença inabalável no método científico baseado na racionalidade. O novo paradigma, portanto, busca o retorno ao aspecto argumentativo do direito.

c) Regras X princípios: abandono da noção de que a lei é a única, ou, no mínimo, principal fonte do direito, e, conseqüentemente de que a regra consiste na forma por excelência de exteriorização da norma jurídica, para se passar a reconhecer a força normativa dos princípios, ainda que se tratem de modalidades de norma que se comportam de forma diferente das regras, por possuírem características próprias, o que, se por um lado ajuda na busca por soluções que possam melhor perfazer o ideal de justiça que deve ser perseguido pelo direito e na eliminação do excesso de discricionariedade judicial para casos não previstos expressamente em normas legais, por outro inspira preocupação no sentido de evitar que sua

utilização abusiva acabe por incentivar o que busca combater o decisionismo judicial. Tendo em vista a relevância deste ponto para o desenvolvimento do trabalho, ele será melhor detalhado no capítulo seguinte, no qual se buscará fazer um esboço do sistema e princípios que regem o processo coletivo no Brasil.

d) Sistemática X tópica: o paradigma moderno buscou desenvolver o aspecto sistemático do direito, dando-lhe a feição de um conjunto harmônico e completo de normas jurídicas, impressão esta que acabou sendo desfeita com a grande complexidade que caracteriza a pós-modernidade, fazendo com que o direito seja ora incompleto (quando não consegue acompanhar as várias especificidades decorrentes deste momento de superespecialização) ora incoerente (quando, para tentar acompanhar a nova realidade, se inflaciona de tal forma que não mais consegue evitar as contradições). Em ambos os casos, coloca-se em cheque as concepções até então prevalecentes de sistema jurídico, ganhando força o estudo da tópica, segundo a qual o direito deve ser obtido a partir da análise dos casos concretos. Assim como mencionado em relação ao item anterior, trata-se de assunto que será melhor aprofundado no capítulo seguinte, tendo vista sua importância para a apresentação do processo coletivo brasileiro.

e) Legalidade X constitucionalidade: superação da doutrina da “supremacia do Parlamento”, segundo a qual a atividade legislativa era livre e soberana, podendo regulamentar os diversos aspectos da vida da forma como melhor entendesse, não se vinculando a limites materiais de qualquer natureza, noção esta que entra em declínio a partir do momento em que se passa a reconhecer a força normativa da Constituição, que passa a se constituir autêntico limite material ao poder de legislar, gerando, conseqüentemente, a possibilidade de o Judiciário auferir a compatibilidade ou não com a Constituição da produção do legislador; assim como já advertido em relação à dicotomia regras X princípios, esta mudança de paradigma requer cuidado, já que sua aplicação sem a existência de uma técnica adequada pode favorecer práticas voluntaristas no âmbito do Poder Judiciário, atualmente verifica-se no Brasil uma forte tendência no sentido da valorização dos precedentes como forma de se aumentar a previsibilidade e segurança jurídica ameaçadas por práticas desvirtuadas do novo paradigma.

f) Tripartição X freios e contrapesos: abandono de uma divisão rígida de funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, passando-se a entender que, muito embora cada um tenha sua vocação própria e, portanto, uma função exercida de forma preponderante, a necessidade de haver um sistema que permita um controle recíproco entre eles faz com que cada um possa exercer, ao lado de sua atribuição padrão, funções atípicas; tal tendência pode

ser percebida, por exemplo, no gradual avanço do Poder Judiciário no sentido de conhecer temas novos, principalmente os relacionados à aplicação de políticas públicas, fazendo surgir discussões baseadas em postulados como os da reserva do possível e do mínimo existencial como forma de se buscar parâmetros que possam balizar esta intervenção.

h) Eficácia X validade: a instância da validade da norma jurídica deixa de ser o principal foco da preocupação jurídica, fazendo com o que o aspecto de sua eficácia, após ganhar autonomia (pois era antes considerado como um indício da validade), passe a se constituir na dimensão mais importante do fenômeno jurídico, que passa a estar mais relacionado à esfera do “é” do que a do “deve ser”.

Já no âmbito da dogmática jurídica, os seguintes pontos mostram-se como principais:

a) Codificações X microsistemas: substituição das grandes codificações, com pretensão de regulamentar de forma exaustiva e detalhada todos os aspectos de uma determinada parcela da realidade, formando um bloco coerente e sem lacunas, pelo atual movimento no sentido de se regulamentar aspectos mais específicos de uma forma direcionada, no que tem se convencionado denominar de microsistemas, o que representa uma grande mudança de técnica legislativa, com o gradual abandono daquela consagrada no paradigma moderno, já que se mostra menos adequada à complexidade que caracteriza o mundo atualmente; é importante frisar, por outro lado, que este abandono dificilmente será total, pois, se é verdade que a técnica da codificação mostra-se inadequada para determinados fenômenos mais específicos, não parece pertinente que se abra mão por completo dos importantes ganhos trazidos por ela; ao que tudo indica, o ordenamento jurídico deve ser formado a partir de ambos os modelos, que se complementam.

b) Individual X coletivo: deixa-se de conceber os conflitos jurídicos exclusivamente sob o formato de litígios entre direitos individuais de duas pessoas distintas para se reconhecer a possibilidade de situações nas quais estão em jogo direitos que pertencem, de modo divisível ou não, a toda uma coletividade, o que implica a necessidade de existirem técnicas processuais adequadas à resolução desta nova categoria de litigiosidade. Uma melhor análise da questão revelará que se pode identificar dois processos distintos, embora de certa forma concomitantes: um pelo qual situações que, por envolverem interesses de toda uma coletividade, não eram consideradas como direitos e, portanto, estavam fora da esfera de interferência do Judiciário, e que, em razão de uma reformulação da noção de direito subjetivo, atualmente se consideram passíveis de tutela judicial; um segundo através do qual situações que, embora se enquadrem na noção tradicional de direitos subjetivos, apresentam-se atualmente sob a forma de uma litigância massificada, demandando o surgimento de

técnicas processuais aptas a lhes garantir soluções céleres e isonômicas. Tendo em vista que o trabalho a partir dos capítulos seguintes se concentrará no processo coletivo, este ponto será abordado com mais detalhes posteriormente.

c) Lei e ordem X garantismo: seguindo a tendência oposta ao direito em geral, que é no sentido de seu enfraquecimento, o direito penal vem se caracterizando pela existência de relevantes forças a favor de sua consolidação como instrumento voltado prioritariamente à imposição da ordem vigente, perdendo relevância o seu papel no sentido de garantir a observância dos direitos fundamentais em favor de todos os seres humanos. Trata-se de movimento de reação a uma percepção cada vez mais visível da violência urbana, ocasionando o agravamento das desigualdades socioeconômicas, que se tornam cada vez maiores.

Pode-se identificar, a partir das principais características da sociedade pós-moderna, e levando-se em consideração suas repercussões mais gerais na teoria e dogmática jurídicas, os aspectos relativos ao direito processual mais diretamente impactados pelas referidas mudanças, o que pode ser identificado inclusive como tendência marcadamente presente nas mais recentes reformas pelas quais a legislação processual passou:

a) Poderes do juiz: em uma sociedade que enfrente um claro processo de agravamento das desigualdades sociais, mostra-se ainda mais relevante que os órgãos do Poder Judiciário sejam dotados de um maior poder na condução do processo, já que se trata de uma forma de diminuir ou suavizar os impactos, sobre o processo, das diferenças sociais e econômicas existentes. Assim, é importante que se supere a visão, de cunho mais liberal, que reduz o juiz a um papel mais passivo, procurando dar ênfase aos princípios da inércia e dispositivo. Deve-se, para isso, ter em mente que um papel mais ativo de forma alguma significa, necessariamente, um comprometimento de sua imparcialidade, na medida em que a necessidade de fundamentação racional de suas decisões e a possibilidade de revisão por outros órgãos jurisdicionais são suficientes para permitir que o exercício de tal postura não acarrete um risco relevante de que haja tratamento privilegiado a uma das partes em detrimento de outra. Uma postura tradicional apenas servirá, portanto, para agravar desigualdades já existentes, consolidando injustiças e impedindo a efetiva aplicação dos valores protegidos pela ordem constitucional à qual o juiz está vinculado a que deve, acima de tudo, proteger e promover.

b) Efetividade do processo: o agravamento das desigualdades sociais é reforçado pela facilidade com que o poder econômico consegue escapar dos controles estatais. Neste sentido, a atividade jurisdicional, na qualidade de uma das atividades exercidas pelo Poder Público

que podem representar atos de controle sobre pessoas e empresas, mostra-se diretamente afetada, pois a referida tendência acaba por comprometer a efetividade do processo, na medida em que se permite que as pessoas que tenham acesso a profissionais mais qualificados possam manejar uma série de manobras com o objetivo de procrastinar, ou mesmo evitar, o cumprimento de obrigações devidas. Não é à toa que esta tem se constituído em uma das principais prioridades da atividade do legislador e doutrinador do direito processual dos últimos tempos, tendo sido várias as reformas pelas quais recentemente passou a legislação processual brasileira com o propósito principal de fazer com que o referido instrumento consiga fazer prevalecer, de modo célere e efetivo, as normas jurídicas de direito material que regem os conflitos judicializados, o que deve ocorrer em face de todas as pessoas independentemente de seu poder econômico.

c) Judicialização de políticas públicas: em um mundo no qual a política parece cada vez mais se afastar das questões mais importantes, que ficam à mercê das forças e poderes econômicos, cresce, na mesma proporção, a necessidade de uma intervenção judicial sobre assuntos nos quais tradicionalmente não se imiscuia. A percepção geral é no sentido de uma grande discrepância entre os direitos constitucionalmente garantidos e o que na prática é realizado pelo Poder Público, gerando um problema sistemático que pode comprometer a eficácia do ordenamento jurídico como um todo, que é colocado em descrédito. Esta lacuna existente em razão da omissão estatal gera um sentimento de grande insatisfação na população, que passa a recorrer com frequência cada vez maior ao Judiciário, que teve seus poderes sobremaneira reforçados a partir do declínio da doutrina da “soberania do Parlamento”, com o objetivo de obter, em tal instância, a garantia do atendimento de suas expectativas, gerando um processo de progressiva mudança no entendimento quanto ao mecanismo da divisão de poderes e mesmo em relação à esfera do mérito do ato administrativo, sempre com a tendência de ampliação do espaço passível de intervenção jurisdicional.

d) Tutelas de urgência: sob esta denominação costuma-se incluir a tutela antecipada e tutela cautelar, que, embora em tese se distingam pelo caráter satisfativo da primeira e instrumental na segunda, são muitas vezes colocadas em grande grau de proximidade, havendo inclusive regra expressa que permite a fungibilidade entre ambas. Trata-se de tutelas jurisdicionais voltadas a efetivar medidas antes do término da atividade processual, momento tido como ideal para a verdadeira prestação jurisdicional, posto que alcançado depois de decorridas as atividades instrutória e postulatória, havendo condições ideais para se proferir um provimento suficientemente seguro e embasado. Nesta lógica, portanto, as medidas

tomadas antes deste momento ideal são consideradas excepcionais, devendo haver, para que possam ser tomadas, uma situação que igualmente fuja da normalidade, razão pela qual é utilizada a própria denominação de tutela de urgência. Contudo, em um mundo pós-moderno, no qual o tempo foi muitas vezes reduzido ao instante de um momento, a “sentença transitada em julgado” mostra-se como um ser quase mítico, já que os vários anos em geral necessários à sua obtenção afiguram-se como um futuro situado a quase uma eternidade de distância. Deste modo, aguardar este momento para que uma medida justa seja de fato efetivada significa, na realidade, não tutelar o direito material lesado. Portanto, cada vez mais o que importa é a forma como as situações são disciplinadas no decorrer do próprio processo, perdendo relevância a tutela jurisdicional a ser proferida após a formação da coisa julgada material. Nesta realidade, ganham notável importância as tutelas de urgência, que devem a cada dia desvencilhar-se deste caráter de excepcionalidade, convertendo-se em um mecanismo que permita tutelar, no decorrer do processo, a parte cujo direito mostra-se, a cada momento, mais provável na comparação com a situação de seu adversário.

e) Processo coletivo: a redução do tempo à duração do instante permitiu que as distâncias pudessem ser facilmente transportadas, ocasionando a perda de importância do espaço e o denominado “fim da geografia”. Uma das consequências disso foi a de que, ao se aproximar as distâncias e tornar o mundo menor, possibilitou-se que os atos humanos em geral pudessem gerar repercussão sobre um território muito maior, multiplicando-se, em razão disso, a possibilidade do surgimento de um litígio envolvendo, simultaneamente, o interesse de uma grande quantidade de pessoas. As técnicas processuais tradicionais para lidar com lides subjetivamente complexas – litisconsórcio e intervenção de terceiros – mostraram-se claramente insuficientes para enfrentar este novo grau de complexidade, favorecendo o desenvolvimento do processo coletivo, no qual não mais se faz necessário que cada pessoa esteja individualmente representada para que seus direitos possam ser decididos. A partir do capítulo seguinte o trabalho focará nesta repercussão processual do paradigma pós-moderno, explicando-se de que forma poderá auxiliar nas lutas decorrentes deste novo momento.

3 O PROCESSO COLETIVO

Após a apresentação das principais características do mundo pós-moderno atualmente vivenciado pela humanidade, foram vistas as principais repercussões desta mudança de realidade sobre o campo jurídico e, mais especificamente, o do direito processual, concluindo-se que uma delas se constitui no fenômeno segundo o qual se tornam cada vez mais frequentes a existência de litígios judiciais envolvendo interesses de grande impacto social, quer por se tratar de um bem jurídico de titularidade coletiva, quer por se tratar de direitos subjetivos que, embora individuais, apresentam-se, simultaneamente, em uma grande quantidade de situações paralelas.

Tratam-se de fenômenos que, embora distintos, estão indubitavelmente relacionados, de modo que se pode abarcá-los sob a denominação comum de processo coletivo, fazendo-se as eventuais ressalvas nas situações que se refiram a apenas uma de suas possíveis modalidades.

Fica, então, convencionado que a denominação processo coletivo irá se referir à categoria mais ampla, que compreende tanto a tutela de direitos coletivos quanto a tutela coletiva de direitos¹³.

A primeira modalidade refere-se, portanto, à situação em que se busca tutelar direitos que pertencem, de modo indivisível, a toda uma coletividade, seja ela determinável ou não. A primeira hipótese recebe, em nossa legislação, a denominação de interesses coletivos (art. 81, II), enquanto a segunda é chamada de interesses difusos (art. 81, I) (BRASIL, 1990).

Por sua vez, a segunda modalidade compreende as situações nas quais uma grande quantidade de pessoas são titulares de direitos que, embora individuais e divisíveis (ou seja, passíveis de exercício, separado, por apenas uma ou algumas das pessoas envolvidas), parecem ser melhor tutelados de modo conjunto, já que as situações fáticas são similares e o regime jurídico é idêntico, sendo denominados, em nosso direito positivo, de interesses individuais homogêneos (art. 81, III) (BRASIL, 1990).

Diferentemente dos interesses difusos e coletivos, que, em razão de sua indivisibilidade, são, necessariamente, tutelados sempre para toda a coletividade envolvida, os individuais homogêneos, por serem em sua essência divisíveis, podem, em princípio, receber duas técnicas diferentes de tutela, quais sejam, a do processo coletivo e a do processo individual.

Nesta última hipótese talvez se mostre mais adequado, inclusive, a utilização de

¹³ Trata-se de nomenclatura utilizada por Zavascki (2011) na obra Processo Coletivo.

denominação própria em razão das várias peculiaridades existentes, tratando-se do que parte da doutrina já vem denominando de processo repetitivo, sendo esta área objeto da maioria das mais recentes inovações realizadas na legislação processual, com o objetivo sempre de conferir racionalidade e celeridade ao tratamento de uma quantidade extraordinária de demandas que, embora similares, são apresentadas individualmente.

Apesar de se tratarem de duas técnicas (processo coletivo e processo repetitivo) admitidas em nossa ordem jurídica para o tratamento dos interesses individuais homogêneos, e de cada uma possuir pontos positivos e negativos, defende-se que a primeira alternativa é claramente a melhor e mais adequada ao nosso ordenamento constitucional e anseios sociais, sendo o processo repetitivo uma opção a ser desestimulada e, em alguns casos, vedada. Deste modo, um processo civil adequado à realidade pós-moderna é aquele que busque cada vez mais a primeira solução em detrimento da segunda. Esta atuação mostra-se imprescindível já que a tendência da dinâmica social pós-moderna é, conforme já visto, exatamente no sentido do processo repetitivo, ante sua característica individualizante, cabendo ao Poder Público agir de modo ativo para reverter tal tendência.

Neste sentido, as recentes inovações legislativas que buscam conferir um tratamento mais adequado e racional aos processos repetitivos são insuficientes na medida em que tentam solucionar uma distorção já instalada, o que muitas vezes não será possível, devendo-se, portanto, evitar a instalação destas situações indesejadas, fazendo-se com que tais litígios cheguem ao Poder Judiciário, desde sua fase cognitiva, como processo coletivo.

Tais temas serão melhor desenvolvidos e aprofundados no quarto capítulo deste trabalho, servindo a presente notícia apenas a título introdutório no sentido de se apresentar, em linhas gerais, o problema do processo coletivo na pós-modernidade.

Este problema será desenvolvido abaixo em três etapas. Na primeira será feita uma abordagem metodológica, no sentido de se estudar a concepção sistemática de direito¹⁴ e sua eventual compatibilidade com o paradigma pós-moderno e o raciocínio tópico. A segunda analisará uma das categorias jurídicas possivelmente integrantes de um sistema jurídico, qual seja, a dos princípios¹⁵. Por fim, a terceira etapa abordará o processo coletivo tal como previsto no direito positivo brasileiro, ocasião na qual se avaliará de que formas as noções vistas nos pontos anteriores se aplicam a ele.

Esclareça-se desde logo que o objetivo da abordagem que seguirá é o de fornecer as

¹⁴ Neste sentido, é interessante observar que a grande maioria dos autores do processo coletivo refira-se, invariavelmente, a um microssistema do processo coletivo.

¹⁵ Trata-se de categoria cuja utilização na prática judiciária teve maior aumento nas últimas décadas, o que acaba gerando, em algumas situações, usos distorcidos.

noções acerca de sistema e princípios com as quais se trabalhará, tratando-se, portanto, da fixação de premissas necessárias ao desenvolvimento do estudo. Não se pretende, portanto, a realização de uma análise completa e exaustiva dos institutos a serem discutidos, o que transbordaria do objeto de pesquisa estabelecido.

3.1 NOÇÕES DE SISTEMA NO DIREITO

Não se pretende realizar um estudo completo acerca do instituto do sistema jurídico, o que demandaria um trabalho específico, mas apenas fornecer algumas noções básicas que servirão como premissas ao desenvolvimento deste trabalho.

3.1.1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

Quando se fala em sistematizar um determinado conhecimento procura-se, com isso, fazer com que ele se apresente de uma forma mais organizada, de modo a que possa ser melhor apreendido por parte de seus destinatários, tratando-se, portanto, de tema ligado ao problema do conhecimento. Para este objetivo, é necessário que a matéria se apresente do modo mais claro possível, devendo seguir os preceitos da lógica formal para que se possa facilitar a melhor compreensão do conteúdo apresentado.

Esta é a noção de sistema presente, por exemplo, no trabalho do organizador de uma enciclopédia, que, ante a necessidade de apresentar ao leitor um vastíssimo universo de informação, precisa encontrar critérios que permitam que ela seja organizada de modo a fazer com que, com base em critérios lógicos, qualquer pessoa possa, com a maior facilidade possível, encontrar o conteúdo que busca.

Esta aceção corresponde ao que, daqui por diante, será denominado de sistema externo. Quando se fala em sistema externo, portanto, refere-se a algo que pode ser aplicado indiferentemente a qualquer ramo científico, vez que a necessidade de uma exposição racionalmente organizada de seu respectivo conteúdo é inerente ao próprio conhecimento científico¹⁶, sendo os vínculos lógico-rationais aqui tratados comuns, portanto, a todos os seus ramos.

Além desta atividade, pode-se considerar como sistema a própria estrutura de um objeto a ser estudado, da forma como já se apresenta ao pesquisador, que, partindo de uma

¹⁶ Não se pode deixar de mencionar, por outro lado, que o paradigma pós-moderno estudado no item anterior acabou colocando em cheque a concepção clássica de ciência, fundada no raciocínio lógico-formal. As repercussões disso nos estudos sobre o sistema serão abordadas adiante.

realidade já dada, buscará estudá-la com o objetivo de descobrir a forma como se relacionam os seus diversos elementos.

Trata-se, por exemplo, da tarefa empreendida pelo biólogo que, buscando entender a forma como funcionam os organismos vivos, observa seu funcionamento na prática para, a partir das observações realizadas, concluir quais são as substâncias e processos que permitem que ele se mantenha vivo e se desenvolva.

É a tal trabalho que se remeterá quando se utilizar a terminologia de sistema interno, o qual, diferentemente do externo, apresenta-se de diferentes modos em cada ramo científico. Embora toda ciência possua um objeto de estudo e, portanto, um sistema interno, este irá variar de acordo com a natureza e estrutura deste objeto. Deste modo, não mais se poderá falar de um sistema interno invariavelmente aplicado ao conhecimento científico em geral, mas sim a um sistema interno da biologia, da química, da engenharia e assim por diante.

Tanto o sistema externo quanto o interno possuem uma estrutura, que consiste no nexo que une seus diversos elementos constitutivos, a qual, no primeiro caso, será sempre a mesma (vínculos de natureza lógico-formal) e, no segundo, variará de acordo com o objeto da ciência.

Por fim, muitas vezes, no âmbito jurídico, utiliza-se o termo sistema para se referir a um conjunto de normas que possuem em comum o fato de integrarem o direito positivo de um país ou pertencer a uma determinada tradição jurídica, sem que haja, necessariamente, vínculos entre elas que as reúnam em torno de um elemento unificador comum.

É neste sentido que se fala, por exemplo, em sistema jurídico brasileiro, sistema jurídico de *common law* e outros. Não se trata, a rigor de um sistema, quer em sua concepção externa ou interna, sendo, portanto, uma utilização atécnica do termo, que, portanto, deve preferencialmente ser evitada, com a substituição de termo mais apropriado, tal como ordenamento jurídico.

Muito embora estas acepções tenham sido, ao longo da história, muitas vezes utilizadas sob critérios distintos, no sentido aqui apresentado é possível dizer que o sistema surgiu inicialmente enquanto sistema externo, passando-se, posteriormente, à delimitação e estudo dos sistemas internos das diversas ciências¹⁷.

A distinção já explicada entre sistema externo e interno encontra, todavia, algumas peculiaridades quando se passa a estudar de modo específico o sistema jurídico, fazendo com que ela seja de certa forma atenuada, já que, no direito, o objeto da ciência (normas jurídicas),

¹⁷ Usando os termos em sentido diverso e apontando a precedência do sistema interno, ver Kretschmann (2006, p. 61).

tanto quanto os instrumentos usados pelo cientista (proposições jurídicas) se constituem em manifestações da mesma natureza, qual seja, de expressões linguísticas.

Ainda assim é possível diferenciar ambas as categorias.

Em nível de linguagem ordinária, o sistema é definido como uma totalidade coordenada de elementos [...]. No caso do sistema externo, a totalidade são as proposições jurídicas que descrevem determinado ordenamento jurídico; o nexos que une essas proposições é um nexos lógico; os elementos dos quais é formado o sistema externo são proposições descritivas. No caso do sistema interno, a totalidade são as normas jurídicas de determinado ordenamento; o nexos que as une é um nexos especificamente jurídico (este não é o momento de examinar qual é esse nexos); os elementos dos quais é formado o sistema interno são proposições prescritivas (LOSANO, 2008, p. 219).

No primeiro caso, que se situa no âmbito da ciência do direito, a estrutura jurídica consiste no ponto de chegada da atividade do jurista, sendo também denominada de *terminus ad quem* ou sistema para dizer o direito, enquanto que o segundo, consistente no direito propriamente dito, a estrutura será o ponto de partida para a sua atividade, sendo, por isso, também chamada de *terminus a quo* ou sistema para fazer o direito.

Em outras palavras, o jurista, partindo das normas existentes e dos vínculos jurídicos existentes entre elas, trata do processo que culmina com a formação dos institutos jurídicos, o que ocorre com finalidades práticas. Por sua vez, o filósofo do direito parte destes institutos para, com base em seus nexos lógicos, unificá-los sob uma determinada doutrina.

A menção a um sistema jurídico remete imediatamente ao direito privado e à tradição de *civil law*, o que pode ser explicado pelo movimento das grandes codificações ocorrido na Europa Continental a partir do século XIX, que se constitui na mais evidente forma de conhecimento jurídico sistematizado¹⁸. No entanto, conforme já advertido anteriormente, a existência de sistema interno é inerente ao objeto de qualquer ciência, havendo, portanto, sistema jurídico, ainda que menos rigoroso, no direito público e na tradição da *common law*.

Em outro oposto, surge a tópica jurídica como possível alternativa metodológica ao direito no momento da pós-modernidade. Trata-se, na realidade, de técnica que remonta à Grécia Antiga, concebida por Aristóteles¹⁹, recebendo, ainda, desenvolvimentos na Roma Antiga, através de Cícero²⁰, e no século XVIII através da obra de Gian Batista Vico²¹.

¹⁸ Muito embora, conforme observa Kretschmann (2006), os conceitos de compilação, codificação e sistema não se confundam, sendo o primeiro um mero agrupamento de normas, o segundo um agrupamento sob alguma ordem e o terceiro como um verdadeiro ideal de unidade ordenada e coerente.

¹⁹ Na realidade a prática é anterior a Aristóteles, que aprofundou seus estudos e forneceu o nome pelo qual restou conhecida.

²⁰ Na realidade as contribuições de Cícero ficaram adstritas aos seus aspectos pragmáticos, sem um desenvolvimento filosófico da matéria.

²¹ Vico define a tópica como o método antigo, em contraposição à ciência, que considerava como método novo e, embora apontasse este como mais preciso, concluía que o primeiro acabava sendo mais vantajoso por

Mais recentemente, o jurista alemão Theodor Viehweg (1979), em sua obra *Tópica e Jurisprudência*, cuja primeira edição é de 1953, deu nova ênfase a seu estudo, reforçando o caráter problemático e argumentativo do direito²². Procurou, desta forma, uma resposta diferente ao dilema gerado pela grande complexidade do mundo contemporâneo: não sendo possível a elaboração de um sistema capaz de acompanhá-la, deve-se voltar a atenção para o desenvolvimento de técnicas que permitam encontrar a solução justa a cada caso concreto.

A tópica mostra-se, portanto, situada na linha da dialética, que, por sua vez, encontra-se na base da antiga noção de prudência, que os gregos contrapunham à ciência, que se valia da analítica. Em razão disso, acabou entrando em declínio com o advento da modernidade, que se caracterizou pelo primado do saber teórico sobre o prático (KRETSCHMANN, 2006).

Para isso, o aplicador do direito deve partir dos denominados tópicos (ou *topoi*), que consistem em máximas de experiência consagradas no seio social, dotadas de reconhecida força persuasiva, e que podem apresentar a solução adequada aos diferentes casos. Como não se trata de um método que se caracterize pelo rigor, não raramente pode-se deparar com situações nas quais mais de uma máxima pareçam aplicar-se à situação examinada, ocasião em que se deverá valer de recursos argumentativos para a definição de qual enquadramento deverá prevalecer.

Nedel (2006) considera ser este o caminho mais adequado para o paradigma pós-moderno, embora ressaltando a necessidade de adaptar a doutrina de Viehweg de modo a livrá-la de fundamentos metafísicos, o que seria obtido mediante a incorporação dos aportes teóricos trazidos por Heidegger e Gadamer, que permitiram que a linguagem deixasse de ser vista como uma terceira coisa interposta entre sujeito e objeto e passasse a ser condição de possibilidade:

Portanto, em sintonia com o ritmo existencial da vida humana, cuja essência também marcada pela contingencialidade aleatória, contradiz a pretensão lógica do determinismo dogmático-sistemático o pensamento tópico nos ensina que, no enfrentamento com a realidade problemática da vida, não existe um método seguro para a resolução das aporias que os problemas representam; no entanto, podemos e devemos lançar mão dos tesouros culturais da tradição, para, com base neles, promover, crítico-alternativamente, a resolução racional das situações aporético-problemáticas (NEDEL, 2006, p. 221).

Não obstante a imprescindibilidade de se levar em consideração o caráter problemático do direito, não se pode, por outro lado, prescindir das vantagens possibilitadas pela sistematização do conhecimento. Pode-se, nesta questão, vislumbrar um choque entre os

permitir um maior desenvolvimento humano.

²² Posteriormente desenvolvido por outros autores, tais como Perelman, Habermas, Alexy e Atienza, no que se convencionou chamar de nova retórica, ganhando contribuições ainda de Boaventura de Sousa Santos e sua novíssima retórica.

valores da justiça (que seria melhor realizada a partir da construção que dê a solução pensada especificamente para o caso concreto) e da segurança (que seria favorecida quando se torna possível extrair a decisão a partir de um sistema geral, conferindo previsibilidade e segurança jurídica).

Uma solução intermediária, que procure satisfazer, de modo equilibrado ambos os valores, passa pela questão de se definir a possibilidade de se compatibilizar tópica e sistemática.

Nedel (2006, p. 201) nega tal possibilidade:

Levando em consideração o respeitável esforço de Canaris, que busca conciliar as duas alternativas no plano de uma mútua complementação, pensamos que, na realização concreta do direito, em que o verdadeiro sentido do jurídico pode ou não se manifestar, as diferenças entre ambas as perspectivas assumem uma dimensão dicotômica que nos leva a concordar com Castanheira Neves, quando afirma que entre elas é necessário optar.

No mesmo sentido parece ser o pensamento de Hartmann (*apud* VIEHWEG, 1979), que contrapunha o modo de pensar sistemático no qual se procede a partir do todo, do modo de pensar problemático, que se inicia a partir de problemas concretos.

Por outro lado, tal conciliação parece ser admitida por Perelman (*apud* NEDEL, 2006). Vale ressaltar também que Ferraz Júnior (1979), no prefácio à edição brasileira de *Tópica e Jurisprudência*, adverte que:

A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles. Assim, num campo teórico como o jurídico, pensar topicamente significa manter princípios, conceitos, postulados, com um caráter problemático, na medida em que jamais perdem sua qualidade de tentativa (FERRAZ JÚNIOR, 1979, p. 3)²³.

Não se tratando, portanto, de métodos distintos, não parecer haver, entre a sistemática (método) e a tópica (modo de raciocínio) uma incompatibilidade ontológica²⁴, o que tampouco significa que automaticamente se adiram. Em outras palavras, o raciocínio tópico parece ser compatível a depender do modelo de sistema metodologicamente adotado.

Ao se analisar historicamente as concepções doutrinárias a respeito da noção de sistema pode-se agrupá-las em três grandes momentos (LOSANO, 2008, 2010), os quais podem ser associados aos três paradigmas sociológicos estabelecidos no início deste capítulo

²³ No mesmo sentido, Viehweg (1979).

²⁴ Ver, ainda, Lotufo (2006).

(pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade).

Não se pretende aqui sugerir que haja uma adequação completa e automática entre os três paradigmas sociológicos e os três estágios do desenvolvimento da teoria dos sistemas identificados, mas apenas que existe uma preponderância decorrente de um maior grau de afinidade teórica.

Assim, defende-se que, em linhas gerais: a) o paradigma pré-moderno identifica-se com a noção de um sistema externo; b) o paradigma moderno identifica-se com a noção de um sistema interno, porém fechado; c) o paradigma pós-moderno identifica-se com a noção de um sistema interno, aberto e móvel.

3.1.2. SISTEMA NO PARADIGMA PRÉ-MODERNO: O SISTEMA EXTERNO

O desenvolvimento do sistema externo a partir do século XVI culminou na noção, defendida por Descartes, de uma ciência universal²⁵ que poderia explicar, ordenar e quantificar todo e qualquer conteúdo através da utilização de um método único, que, no início ligado à matemática, gradualmente passa a se deslocar rumo à metafísica. Embora não se tenha chegado a tal modelo de ciência, as tentativas acabaram por ajudar no desenvolvimento da concepção de sistema, que possuía cunho nitidamente interdisciplinar.

Já no século XVII, Johann Alsted passou a fazer uma classificação entre sentido objetivo e subjetivo, que de certa forma compreendia a classificação já apontada entre sistema interno e externo, sendo considerado pelo autor como verdadeiro sistema o subjetivo / externo. A distinção entre sistemas externo e interno aparece com maior nitidez já no século XVIII, nas lições de Johan Walch.

Nesta linha, papel de destaque foi exercido pelo filósofo alemão Christian Wolff, que, profundamente influenciado pelas ciências matemáticas, utilizava o termo sistema em uma acepção mais ampla, em que era sinônimo de teoria filosófica, e uma mais estrita, que consistia na construção que seguisse o método por ele proposto, baseado em um método rigoroso no qual os elementos de um sistema deveriam estar ligados por conexões lógicas de modo que, partindo de premissas já provadas (e, portanto, certas e imutáveis), fosse possível chegar às soluções adequadas através da correta utilização do raciocínio dedutivo.

Referida concepção foi desenvolvida por seu discípulo Johann Lambert, que, diferentemente de seu mestre, não demonstrava a preocupação de construir um sistema, a partir das premissas estabelecidas, que de fato abrangesse a totalidade do conhecimento

²⁵ *Mathesis universalis*.

existente, concentrando-se em estudá-lo enquanto método capaz de ser utilizado para explicar qualquer ciência ou mesmo parte de uma.

Contribuições importantes são ainda também fornecidas por Immanuel Kant, que, partindo da mesma concepção de sistema, assentou a noção de que a sistematicidade consiste em uma característica inerente à própria noção de cientificidade e de que o conjunto de proposições logicamente ligadas que formam o sistema devem também estar unidas em torno de um princípio comum.

Pode-se identificar ainda uma última etapa no desenvolvimento do conceito de sistema externo decorrente do pensamento de Carl Reinhold que, embora aderindo à lição de Kant acerca da necessidade de fundar o sistema sobre uma única ideia, defendeu que este elemento unificador não estaria relacionado a uma finalidade visada, mas sim às causas que deram origem ao surgimento do sistema, possibilitando, desta forma, um sistema que verdadeiramente pudesse ser aplicado a todas as ciências.

Deste modo, conclui-se que o desenvolvimento do sistema jurídico externo, iniciado por Wolff, atinge seu formato definitivo com Reinhold, tratando-se de inegável conquista do pensamento científico moderno ocidental, com profunda repercussão sobre o conhecimento científico em geral.

A pesquisa realizada por Losano (2008) não constatou nenhum exemplo de desenvolvimento de um sistema jurídico puramente externo, já que os juristas acabam invariavelmente por inserir elementos de conteúdo jurídico nas noções de sistema por eles desenvolvidas, que, deste modo, perdem seu caráter puramente lógico-formal, o que se dá até mesmo em correntes que se pretendem totalmente puras, como o normativismo de Hans Kelsen. Conclui-se, diante disso, que a exposição acerca dos sistemas externos acaba sendo melhor realizada no âmbito da própria filosofia.

Por sua vez, os sistemas jurídicos internos ainda não haviam sido desenvolvidos até o momento aqui tratado, pois, não obstante as ressalvas feitas no parágrafo anterior, os primeiros juristas que buscaram desenvolver uma concepção sistemática acabaram por chegar a resultados que melhor se enquadrariam como sistemas externos²⁶, inicialmente ligados a uma dogmática jurídica, passando, em um segundo momento, à fase da construção jurídica. Pode-se mencionar como exemplos destas primeiras teorias de um sistema jurídico externo as formuladas por Gustav Hugo, Anton Thibaut, Georg Heise e Friedrich Savigny, integrantes da denominada escola histórica do direito.

²⁶ Classificam-se como sistemas externos por não terem como objeto central a estrutura jurídica, embora tenham acabado por inserir elementos de conteúdo jurídico, fazendo com que não pudessem ser considerados puramente externos.

Para que seja possível, portanto, um sistema jurídico interno como ponto de partida da atividade descritiva do jurista, é necessário que se parta de determinadas premissas (LOSANO, 2010): a) o objeto, ordenamento jurídico, deve estar disposto segundo uma certa ordem; b) tal objeto deve, ainda, distinguir-se da ciência que o descreve; c) as partes que constituem referido objeto devem estar ligadas por nexos específicos.

3.1.3. SISTEMA NO PARADIGMA MODERNO: O SISTEMA INTERNO FECHADO

As primeiras tentativas no sentido de se construir um verdadeiro sistema jurídico interno devem ser atribuídas a Christian Friedrich Mühlenbruch, August Wilhelm Heffter e Georg Wilhelm Wetzell (LOSANO, 2010), ganhando reforço considerável, ainda no início do século XX, com a obra de Rudolf Stammler, que demonstrou a possibilidade de um sistema específico do direito e aplicável a todas as suas áreas, independentemente do conteúdo específico das respectivas normas positivas, tendo como principais características a unidade, a estruturação e a completude.

Tal evolução encontra não apenas continuidade, mas o atingimento de seu verdadeiro ápice, na obra do jurista austríaco Hans Kelsen, em especial em sua teoria pura do direito, que se consolidou como a doutrina jurídica mais influente de todo o século XX, mantendo-se, ainda nos tempos atuais, de grande relevância.

Para que se possa melhor compreender a doutrina de Kelsen (*apud* LOSANO, 2010) é importante, inicialmente, ter em mente o contexto histórico no qual surgiu: o início do século XX começa a apresentar sinais de uma verdadeira crise nos valores tradicionais²⁷, gerando, neste momento inicial, um aumento do relativismo, o que se mostra representado tanto pela democracia liberal (que se baseia na formação das maiorias circunstanciais e, portanto, na relatividade dos valores) quanto pelo positivismo jurídico (que enfatiza justamente a necessidade de respeito ao definido por tais maiorias circunstanciais, independentemente de seu conteúdo).

Não obstante a existência de subdivisões e correntes internas, pode-se, a grosso modo, identificar as seguintes características fundamentais do positivismo jurídico: a) rejeição à metafísica com a consequente separação radical entre direito e moral; b) o direito é apenas aquele constante nas normas positivas, que devem ser incondicionalmente obedecidas, inclusive pelos juízes no exercício de sua jurisdição.

²⁷ Vale ressaltar que o aprofundamento deste processo, no decorrer do século, acabou por dar origem, como já visto, à verdadeira ruptura de paradigma representada pela pós-modernidade.

Kelsen (*apud* LOSANO, 2010) trouxe importantes desenvolvimentos ao positivismo jurídico ao conceber o sistema jurídico como um sistema unitário, constituído por normas jurídicas organizadas de forma escalonada de modo que as inferiores encontram seu fundamento de validade nas superiores até se chegar à norma fundamental, que, estando fora do direito positivo, consiste em norma meramente pressuposta, ou seja, imaginada pelo legislador. Trata-se de modelo com estrutura piramidal, em que as normas jurídicas são organizadas hierarquicamente através de nexos de delegação de validade.

Na fase pós-moderna, as transformações sociais pelas quais o mundo passava indicavam não ser mais possível prever todos os problemas a serem decididos pelo direito de forma antecipada, inviabilizando, assim, as pretensões das grandes codificações e colocando em cheque a própria sobrevivência do método sistemático como método adequado para a explicação do fenómeno jurídico.

Houve um importante reflexo destas mudanças sobre a prática jurídica: cada vez mais os juízes passaram a se libertar das amarras estabelecidas pelas legislações, que praticamente não deixavam espaço para sua atividade criativa, limitando-os a meros aplicadores das normas, para passar a, eles próprios, definirem o conteúdo das soluções a serem conferidas aos casos concretos apresentados, tendo em vista que a evolução legislativa não mais conseguia acompanhar o aumento de complexidade das relações fáticas, aumentando consideravelmente o número de casos sem uma solução expressa e especificamente prevista em lei²⁸.

Tal movimento acabou por gerar uma importante corrente que posteriormente se bifurcou em uma modalidade mais moderada, a jurisprudência dos interesses, e outra mais radical, o movimento do direito livre, ambas concordando no sentido de criticar o monopólio legislativo na produção de normas jurídicas e defender a atividade criativa do juiz.

Ambas as correntes mostravam-se contrárias ao método sistemático, por considerar que representava uma indesejada restrição à atividade jurisdicional, indo na contramão do objetivo pretendido no sentido de conferir uma maior liberdade da ação para o órgão julgador. Preferia, portanto, a justiça, possibilitada pela flexibilidade do julgamento individual, em detrimento da segurança oferecida por um sistema mais rígido.

Os traumas gerados pela Segunda Guerra Mundial mostraram reflexos no campo jurídico, em que se buscou uma maior aproximação com os valores, seja através de adaptações ao positivismo, retorno ao jusnaturalismo ou mesmo uma maior influência do

²⁸ Deve ser feita ressalva ao sistema jurídico da *common law* em que, tradicionalmente, os juízes sempre possuíam poderes mais amplos para solucionar os litígios, sendo a lei uma fonte jurídica subsidiária.

modelo anglo-americano²⁹. Houve claras consequências ainda nos estudos sobre os sistemas, já que se passou a fugir das concepções puramente formais para modelos que permitissem a entrada de valores nos sistemas, a tal ponto de se questionar se é adequado continuar denominando sistema concepções tão distantes das originais (LOSANO, 2010).

3.1.4. SISTEMA NO PARADIGMA PÓS-MODERNO: O SISTEMA INTERNO ABERTO E MÓVEL

Na segunda metade do século XX surgiram duas concepções de sistemas que rapidamente se colocaram entre as mais influentes para o direito ocidental, já que ambas buscaram uma resposta à insuficiência do sistema fechado para lidar com a complexidade social, uma buscando ressaltar sua mobilidade outra sua abertura.

Neste sentido, importante contribuição foi trazida pela teoria do sistema móvel de Wilburg, que foi desenvolvida com uma preocupação eminentemente prática no sentido de solucionar problemas gerados pela ocorrência de lacunas na legislação de direito privado então vigente na Áustria (LOSANO, 2010). O método proposto era de natureza indutiva, consistindo em comparar a forma como um determinado instituto é tratado pelos vários ordenamentos vigentes, de modo a extrair uma série de princípios que passam por uma seleção preliminar pelo legislador, que realiza uma escolha, chegando ao rol dos que ficam disponíveis ao juiz, que deverá, no caso concreto, e de acordo com uma discricionariedade guiada, aplicar o que se mostrar mais adequado.

Com isso, procura se contrapor ao método usado na maioria das legislações, consistente em prever uma regra geral cercada de exceções, permitindo que haja a possibilidade de se chegar, dentro de um rol prefixado, ao conjunto de princípios que resolverá qualquer caso concreto com que se depare. Embora concebido inicialmente como solução de uma questão específica (responsabilidade civil), trata-se de método com potencial para ser replicado em outros ramos. Por fim, vale ressaltar que o método proposto deve ser aplicado apenas em casos específicos que não se mostrem satisfatoriamente resolvidos mediante a aplicação da legislação em vigor, o que não ocorrerá na grande maioria dos casos.

O autor buscava, desta forma, chegar a uma resposta adequada ao problema da incompletude do ordenamento jurídico, garantindo-se certo grau de segurança jurídica, ou,

²⁹ Importante consequência deste movimento consiste no surgimento da jurisprudência dos valores que se apresenta como um aperfeiçoamento da jurisprudência dos interesses ao permitir, nos casos em que não seja possível identificar os interesses que moveram as decisões do legislador, que a solução seja encontrada a partir da análise dos valores protegidos socialmente, diferenciando-se do jusnaturalismo por não defender a existência de um valor supremo e absoluto, mas sim de um mosaico difusamente existente na sociedade.

dito de outra forma, alcançar um ponto de equilíbrio entre os valores envolvidos:

A antítese entre o sistema tradicional e a tendência para a livre aplicação do direito constitui um profundo e sério problema. À ciência jurídica compete, na minha opinião, a tarefa de a superar por via de uma conformação mais móvel ou flexível do direito, e de desenvolver, sempre que o tráfico jurídico não exija regras ou preceitos formais – como acontece no direito registral e no direito cambial –, normas mais elásticas do que as existentes. Mostra-se, pois, necessário libertar a estrutura do direito civil, em muitas das suas áreas, de uma certa rigidez (WILBURG, 2000, p. 7).

Segundo a teoria do sistema móvel, os ordenamentos jurídicos são, em geral, compostos por duas partes: uma naturalmente móvel, consistente nas cláusulas gerais, e outra rígida, que são previsões mais específicas e direcionadas. A aplicação do método sugerido ocorrerá naturalmente na primeira hipótese, podendo também se estender à segunda quando o resultado alcançado pelo método tradicional mostrar-se inadequado.

O sistema aberto de Canaris, por sua vez, embora nitidamente influenciado pela doutrina clássica, demonstra uma preocupação prioritária com o campo da aplicação do direito, enquadrando-se como uma modalidade de sistema interno. Tal como Wilburg (2000), parte do direito positivo (no caso, o direito privado alemão), buscando alcançar a ordem e unidade (mas não a completude, ante sua natureza aberta) do sistema através do respeito aos valores fixados pelo legislador que se mantêm externos ao sistema.

Assumem destaque, no sistema aberto, os princípios gerais de direito (que, por sua vez, refletem os valores externos ao ordenamento), sendo que, enquanto alguns deles valem para o ordenamento como um todo, outros se aplicam a apenas parte dele, dando origem à formação de subsistemas com principiologia própria. A partir dos princípios encontram-se, sucessivamente, os institutos, conceitos e normas jurídicas, concluindo-se que os primeiros se constituem nos mais adequados componentes de um sistema (LOSANO, 2010).

Diferentemente de Wilburg (2000), que concebeu uma teoria voltada à formação de um sistema mediante a adoção de determinada técnica legislativa, Canaris (2012) defende que o direito possui a organização sistemática como característica intrínseca de sua natureza, vinculando o julgador, que deve descobri-la a partir da análise das normas em vigor, e o próprio legislador, que fica impedido de aprovar leis que contrariem os valores em que se fundam o sistema³⁰, as quais devem ser consideradas inconstitucionais por ofensa ao princípio da isonomia.

O sistema possui duas características básicas: ordenação interior e unidade de sentido.

³⁰ Tais características acabaram por gerar críticas no sentido de considerar a teoria de Canaris positivista e conservadora, além de gerar uma séria dificuldade no tocante a como se diferenciar uma norma inválida, por contrariar o sistema, de uma que surge para ocasionar sua evolução.

Na realidade, mais do que características consistem em exigências inerentes à própria ideia de direito. Da primeira se extrai a necessidade de uma adequação racional e valorativa, fundada no próprio princípio da igualdade. Já a segunda busca evitar que haja uma dispersão nos diversos valores existentes, garantindo que todos permaneçam vinculados em torno de algum elemento aglutinador.

Partindo destas premissas, o autor indica, em primeiro lugar, que o sistema deve necessariamente configurar-se como uma ordem axiológica ou teleológica (preenchendo o requisito da adequação valorativa), rechaçando, desta forma, a ideia de um sistema meramente lógico-formal, e que esta ordem deve ser constituída por princípios gerais de direito (preenchendo o requisito da unidade interna), rechaçando, desta forma, a utilização de outros elementos, tais como valores, normas, conceitos e institutos jurídicos.

Embora as características da mobilidade e abertura do sistema não se confundam (CANARIS, 2012), deve-se ressaltar que consistem em estratégias diferentes para enfrentar o problema da incompletude do ordenamento jurídico e que não são incompatíveis entre si, nada impedindo que sejam aplicadas de forma harmônica. Ambas, portanto, apresentam propostas para solucionar a insuficiência verificada nos anteriores modelos de sistema fechados, que haviam atingido seu desenvolvimento mais completo na teoria pura do direito de Hans Kelsen. Pode-se, portanto, abarcar ambas as abordagens sob a denominação comum de “novo pensamento sistemático” (LOTUFO, 2006, p. 5).

Conforme já visto anteriormente, o presente trabalho defende um papel ativo do direito na pós-modernidade, entendendo ser crucial a promoção de determinados valores em um momento em que a sociedade vive, justamente, uma crise de valores, razão pela qual se afastará destas concepções³¹.

A razão, portanto, parece estar com Losano (2010), ao apontar a existência de importantes pontos de conexão entre a tópica de Viehweg, o sistema móvel de Wilburg e o sistema aberto de Canaris, ainda que não tenham sido reconhecidas pelos próprios autores envolvidos³².

De fato, tratam-se de teorias que desenvolvem, cada qual à sua maneira, três instrumentos distintos para se lidar com a insuficiência do sistema clássico, nada obstando que tais técnicas comuniquem-se entre si, posto que não precisam estar hierarquicamente organizadas, mas sim auxiliando-se na solução deste importante desafio.

³¹ No mesmo sentido, Nedel (2006).

³² Cronologicamente a obra de Wilburg precede às demais; Viehweg, que veio a seguir, expressamente se referiu a ela, na qual enxergou uma aplicação do próprio pensamento tópico; a obra de Canaris, que veio na sequência, ao mesmo tempo em que reconheceu a realização de um verdadeiro sistema por parte de Wilburg, criticou o pensamento tópico de Viehweg.

[...] a tópica permite retirar o caso específico do magma de cada um dos problemas concretos e referi-lo a algumas ideias compartilhadas pela maioria (os *topoi*); o sistema aberto de Canaris consolida essas primeiras especificações com um vínculo aos valores (os princípios extraídos do direito positivo); o sistema móvel de Wilburg propõe, também, em alguns setores específicos do direito, uma formulação explícita desses princípios (ou forças) que possa ser utilizada pelo legislador e assim transformada em direito positivo. Por sua vez, os princípios ancorados no direito positivo poderão depois ser mudados ou enriquecidos num análogo processo iterativo, no qual será novamente a tópica que oferecerá o motivo inicial (LOSANO, 2010, p. 348-349).

O próprio Viehweg (1979) identifica pelo menos três pontos em que se verifica forte influência da tópica sobre os sistemas nos campos da interpretação do direito (eliminando contradições que possam eventualmente surgir dentro do sistema), sua aplicação (para resolver os problemas decorrentes de lacunas), o uso da linguagem natural (já que ela está constantemente se atualizando).

Canaris (2012), por sua vez, situa sua teoria do sistema aberto em um meio-termo entre o sistema fechado e a tópica, consideradas como soluções extremas, que, no primeiro caso, privilegia exageradamente a segurança jurídica, e, no segundo, mostra uma preocupação exclusiva com a justiça do caso concreto, de modo a se alcançar um ponto de equilíbrio entre ambos os valores, o que, não por acaso, também foi objeto das preocupações de Wilburg (2000).

Conclui-se, portanto, que o método sistemático não pode ser totalmente abandonado, posto que ele é importante para assegurar a isonomia de tratamento. No entanto, a grande complexidade que caracteriza o paradigma pós-moderno tornou insuficientes as concepções de sistema fechado até então existentes. Muito embora tenha havido uma reformulação para, com o aporte de outras ciências, se formular sistemas fechados adaptados a esta grande complexidade, tal solução também é insuficiente na medida em que retira a carga valorativa do direito, devendo-se lembrar que o atual período é marcado justamente por uma crise de valores.

As concepções que compõem a denominada nova sistemática, quais sejam, o sistema aberto de Canaris (2012) e o móvel de Wilburg (2000) mostram-se como soluções adequadas a este atual momento, as quais, contudo, não são incompatíveis com o raciocínio tópico-problemático reabilitado em nossa tradição a partir da obra de Viehweg (1979).

O conceito de princípios jurídicos, que exerce papel fundamental nas teorias de Wilburg (2000) e Canaris (2012) e que se diferencia em aspectos importantes dos *topoi* trabalhados por Viehweg (1979), merece, neste momento, um melhor desenvolvimento, no

tópico seguinte, antes que se possa, no fechamento do capítulo, aplicar as ideias desenvolvidas ao direito processual coletivo brasileiro.

3.2 NOÇÕES DE PRINCÍPIOS NO DIREITO

Assim como feito no tópico anterior, deve-se advertir que o objetivo não é o de se realizar um estudo exaustivo acerca dos princípios jurídicos, o que demandaria um espaço muito maior, mas sim o de consolidar algumas noções básicas que servirão de premissas para o desenvolvimento deste trabalho.

3.2.1. ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

Qualquer conhecimento, assim como possui uma estrutura inerente à sua existência, para ser construído necessita partir de determinados pontos, que servirão de premissas a partir das quais se poderá desenvolver o estudo do respectivo objeto, chegando às respostas necessárias. Tais pontos constituem-se, justamente, nos princípios.

Proveniente do latim *principium*, a expressão sempre foi usada para designar o local ou o momento de origem de alguma coisa. Na linguagem científica, em especial na das ciências exatas, passou a ser empregada para denominar determinadas proposições cuja veracidade era incontroversa e que, em razão disso, serviam como premissas para a realização de construções mais complexas.

Ao ser transposta para as ciências humanas, em especial o direito, a referida expressão passou por um processo de transformação semântica, passando a designar não aquilo que é (real), mas o que deve ser (ideal), referindo-se, portanto, a objetivos considerados prioritários dentro de uma determinada realidade cultural (RAMOS, 2012).

Mostra-se acertado, em sua simplicidade, o conceito de princípio jurídico formulado por Ramos (2012, p. 25):

Tenho assim o conceito de que princípio jurídico é um valor estabelecido pela lógica e pela racionalidade, que nos conduz, quando confrontados com a realidade, na direção daquilo que deve ser, como as placas de trânsito que indicam o caminho para chegarmos ao destino proposto. É, em outras palavras, uma diretriz genérica com a função intrínseca de nortear o entendimento, a escolha, a decisão, que devemos adotar em face de uma situação específica.

É no mesmo sentido o conceito apresentado por Espíndola (2002, p. 53):

Pode-se concluir que a ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Controverte a doutrina acerca da necessidade da relação entre os princípios jurídicos e o ordenamento positivo, podendo-se identificar, a grosso modo, três grandes tendências: a) a de que os princípios independem por completo do ordenamento jurídico; b) a de que eles são extraídos a partir do ordenamento, ainda que não estejam expressamente tipificados como tais; c) a de que eles devem estar indicados de modo específico como princípios em uma norma positiva.

Este trabalho adotará a segunda concepção por entender que se mostra como a mais adequada ao não desprezar por completo o direito positivado e nem, por outro lado, implicar uma rigidez excessiva que acabe por prejudicar os fins visados.

Outro ponto controverso reside na relação entre princípios gerais do direito e os princípios constitucionais, havendo, por um lado, aqueles que, tal como Bonavides (2012), entendem que os segundos representam uma nova roupagem dos primeiros, havendo, portanto, identidade entre as duas noções, e aqueles que, tal como Ramos (2012), defendem que os princípios gerais do direito remanescem como categoria autônoma em face dos princípios constitucionais.

Tendo em vista a concepção aqui adotada no sentido de se defender que os princípios devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico, ambas as expressões serão usadas como sinônimas, pois não se concebe a existência de uma categoria que esteja alheia ao ordenamento jurídico.

Um terceiro esclarecimento preliminar é no sentido de que o presente trabalho adota a noção de princípios jurídicos como espécie, ao lado das regras, de norma jurídica, o que significa, portanto, reconhecer seu caráter normativo³³, o que nem sempre foi aceito, conforme será melhor detalhado no ponto seguinte.

Ao se realizar um levantamento doutrinário acerca do assunto, pode-se identificar seis principais sentidos nos quais o termo princípio é utilizado (BONAVIDES, 2012): a) normas dotadas de alto grau de generalidade; b) normas com alto grau de indeterminação; c) normas de caráter programático; d) normas com posição hierárquica mais elevada; e) normas que desempenham uma função fundamental no ordenamento jurídico; f) normas dirigidas aos órgãos de aplicação.

³³ O caráter normativo implica o reconhecimento das características da generalidade, abstração, caráter prescritivo, imperatividade, natureza sancionatória, bilateralidade, heteronomia e coercibilidade.

Ramos (2012) identifica os seguintes elementos identificadores dos princípios jurídicos: respaldo ontológico (pois surgem a partir de noções consagradas socialmente acerca daquilo que é justo), conteúdo deontológico (já que contêm determinações voltadas às pessoas), relevância axiológica (na medida em que consagram os valores considerados mais importantes em uma realidade social), produto sociológico (por decorrerem da necessidade de organização dos seres humanos em sociedade) e aspecto teleológico (porque visam a promoção de determinadas finalidades).

Vale ressaltar ainda que a doutrina costuma indicar as seguintes funções dos princípios jurídicos: fundamentadora ou informativa (voltada à atividade de criação de normas jurídicas, possuindo dimensões diretiva, que contempla a obrigação positiva de legislar para a realização de determinado princípio, limitativa, que contém obrigação negativa consistente em não legislar no sentido contrário a algum princípio e derogatória, que gera a perda de eficácia de legislação que vá no sentido contrário à realização de um princípio); interpretativa (o objetivo é o de fornecer parâmetros ao aplicador / intérprete quando se depara com situação não prevista expressamente no ordenamento jurídico, como forma de evitar julgamentos excessivamente subjetivos); supletiva ou subsidiária (trata-se da função atribuída pela concepção mais tradicional, segundo a qual os princípios devem ser procurados apenas nos casos de falta de regra).

Para uma delimitação mais precisa do instituto, mostra-se importante indicar, brevemente, a forma como ele se diferencia de categorias jurídicas semelhantes:

a) regras: trata-se da distinção mais importante, na medida em que os princípios possuam uma importante característica em comum com as regras no sentido de se constituírem como as suas categorias de normas jurídicas que formam um ordenamento³⁴. Em um primeiro momento o critério utilizado para distingui-los era meramente quantitativo, constituindo a denominada demarcação frágil, em que se entendia que ambos possuíam natureza semelhante, diferenciando-se apenas em razão do maior ou menor grau de determinado critério, que poderia ser, por exemplo, a precisão, a discricionariedade ou a generalidade; em um segundo momento, principalmente com a doutrina de Dworkin e Alexy³⁵, passou-se a entender que a diferença não era meramente quantitativa, mas sim qualitativa, constituindo a denominada demarcação forte, segundo a qual existe diferença na própria estrutura lógica de ambos (ÁVILA, 2004; NEVES, 2014), a qual se manifesta pelo

³⁴ Trata-se da posição majoritária na doutrina, e aqui adotada, não obstante haja interessantes construções no sentido de incluir outras espécies dentro do gênero de normas jurídicas, tais como os postulados (ÁVILA, 2004) e os valores (GARCÍA DE ENTERRÍA *apud* ÁVILA, 2004).

³⁵ Ver item 3.2.4.

fato de as regras apenas poderem ser cumpridas ou descumpridas enquanto os princípios admitem diversos graus de atendimento e ainda pelo fato de os conflitos entre regras serem resolvidos com a eliminação do ordenamento de uma delas (já que ele ficaria incongruente com a existência simultânea de regras contraditórias entre si), ao passo que, em relação aos princípios, não se pode falar de conflitos rigorosamente, mas sim de meras colisões, que se manifestam em casos concretos, e que são resolvidas com a ponderação das circunstâncias específicas, quando se avaliará qual, naquele caso, deverá preponderar. Mais recentemente têm surgido novas concepções que, apontando falhas nos ensinamentos de Dworkin e Alexy, defendem outros critérios para a distinção entre regras e princípios³⁶; não se identifica nelas, entretanto, uma terceira etapa no processo da relação entre as duas espécies normativas, já que mantêm a defesa de uma distinção qualitativa.

b) valores: muito embora os princípios possuam uma inegável carga axiológica, eles se diferenciam dos valores por seu caráter deôntico; ou seja, pelo fato de se constituírem em um mandamento em determinado sentido, indicando algum caminho que deve ser seguido. Os valores, embora inspirem o surgimento dos princípios, por não possuírem esta natureza não podem ser considerados como normas jurídicas³⁷.

c) postulados: tratam-se de convenções básicas que têm a finalidade de permitir uma melhor aplicação das regras jurídicas e, conseqüentemente, a preservação da integridade do sistema como um todo, derivando da própria lógica e devendo preceder à própria atividade interpretativa das normas. Diferenciam-se dos princípios, portanto³⁸, por não representarem opções axiológicas, guardando com eles relação de complementariedade, e, além disso, em razão dos seguintes critérios: por orientarem a aplicação de outras normas (enquanto os princípios e regras são as próprias normas a serem aplicadas); por terem como destinatários os aplicadores do direito (enquanto as normas são destinadas ao Poder Público e à população em geral); por não entrarem em conflito e colisão com as normas (as quais podem colidir entre si, diferenciando-se apenas quanto ao modo de solução). Os postulados podem também ser chamados de metanormas ou normas de segundo grau. Constituem-se em condições essenciais de possibilidade de interpretação das normas jurídicas (ÁVILA, 2004). Em interessante estudo acerca do tema, Ávila (2004) identifica as seguintes modalidades de

³⁶ Por exemplo, podem ser mencionados os ensinamentos de Neves (2014), que defende a existência de uma relação circular entre ambos, na qual os princípios são mecanismos reflexivos em relação às regras, que servem como condições de aplicação dos primeiros, e de Ávila (2004), segundo o qual uma mesma norma pode se apresentar ora como princípio ora como regra, a depender da forma como for utilizada.

³⁷ Ver adiante, que a distinção foi enfrentada por Alexy (2014) ao construir sua teoria dos princípios; adota-se aqui os ensinamentos do jurista alemão.

³⁸ Embora não raramente sejam incluídos por boa parte da doutrina no rol dos princípios jurídicos.

postulados: postulados hermenêuticos (hierarquia e coerência substancial); postulados normativos inespecíficos (ponderação, concordância prática e proibição de excesso); postulados normativos específicos (igualdade, razoabilidade e proporcionalidade).

d) critérios: constituem-se em um fundamento ou base para a tomada de alguma decisão, indicando, no âmbito jurídico, os parâmetros que o intérprete / aplicador deve seguir por ocasião do processo de concretização da norma (RAMOS, 2012), podendo-se falar, por exemplo, em critérios de exegese (gramatical, lógico, sistemático...), de solução de conflitos de regras e antinomias (hierárquico, cronológico, especialização...), determinativos de competência (em razão da pessoa, em razão da matéria, em razão do valor...), de valoração da prova (persuasão racional, prova legal, íntima convicção...) e muitos outros. As diferenças apontadas em relação aos postulados podem, via de regra, ser indicadas no tocante aos critérios, os quais, no entanto, possuem um escopo mais amplo por não se constituírem em uma condição de possibilidade da atividade hermenêutica.

e) outras distinções: embora menos relevantes, pode-se ainda apontar as seguintes distinções: axiomas (pois, diferentemente dos princípios, que possuam carga axiológica, são obtidos através de processos puramente lógicos); brocardos jurídicos (já que se trata de categoria ampla e indefinida, que pode em alguns casos referir-se a princípios, mas também a outros institutos, como critérios e postulados); *topoi* (aqui a distinção parece ser mais funcional do que ontológica, já que os *topoi* pressupõem uma técnica de solução voltada exclusivamente ao caso concreto, enquanto que os princípios são utilizados como elementos de um sistema jurídico)³⁹; teorias e doutrinas (que, por se constituírem em um agrupamento de proposições conceituais que se dispõem a apontar soluções para um problema prático, funcionam como ponto de chegada de um determinado sistema, ao contrário dos princípios, que são seu ponto de partida); *standarts* (já que servem como auxílio para a solução de questões de fato, por buscarem o modo como as coisas normalmente acontecem, diferentemente dos princípios, que buscam dirimir as questões de direito); políticas / diretrizes (que se refeririam a objetivos coletivos, ao contrário dos princípios, que estariam ligados a direitos individuais)⁴⁰; preceitos fundamentais (já que não se trata de categoria presente na doutrina tradicional, tendo sido mencionada no texto constitucional brasileiro – art. 102, §1º, ao tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental – e até hoje não definida com precisão pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal).

³⁹ Conforme visto no item anterior, não há uma incompatibilidade inerente às noções de sistema e tópica, já que a depender das respectivas concepções, podem apresentar-se como processos complementares e compatíveis, como ocorre na concepção aberta e móvel de sistema.

⁴⁰ Trata-se de distinção defendida por Dworkin, mas que não é aceita por parte da doutrina, como, por exemplo, por Alexy, e inclusive não é adotada pelo presente trabalho, conforme se verá mais adiante.

Ao se analisar historicamente as concepções doutrinárias a respeito dos princípios jurídicos pode-se agrupá-las em três grandes momentos (ESPÍNDOLA, 2002; NEVES, 2014; RAMOS, 2012), os quais, assim como se viu no tocante às noções de sistema jurídico, podem ser associados aos três paradigmas sociológicos estabelecidos no início deste capítulo (pré-modernidade, modernidade e pós-modernidade). Deve-se repetir aqui a ressalva no sentido de que não se trata de identificação completa e automática, mas sim na percepção de tendências preponderantes.

Assim, defende-se que, em linhas gerais: a) o paradigma pré-moderno identifica-se com a noção de princípios metafísicos; b) o paradigma moderno identifica-se com a noção de princípios subsidiários; c) o paradigma pós-moderno identifica-se com a noção de princípios como normas jurídicas.

3.2.2. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA PRÉ-MODERNO: PRINCÍPIOS METAFÍSICOS

Na fase pré-moderna verifica-se o predomínio da concepção jusnaturalista no sentido de considerar que os princípios estavam situados em uma esfera abstrata e metafísica, estando associados ao ideal de justiça inspirador do direito, mas, por seu caráter excessivamente abstrato, não eram considerados como normas jurídicas, podendo-se identificá-los, portanto, com o direito natural (enquanto que as regras eram relativas ao direito positivo). Ou seja, não obstante seu desenvolvimento teórico, não se verificou aplicabilidade prática.

A primeira – a mais antiga e tradicional – é a fase jusnaturalista; aqui, os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça (BONAVIDES, 2012, p. 268-269).

De fato, a ideia da distinção entre um direito natural e um direito positivo remontam à Antiguidade Clássica, estando presente em Platão e Aristóteles (*apud* BOBBIO, 1995), os quais apontavam dois fatores de diferenciação: enquanto o direito natural é válido universalmente, o positivo vigora apenas nas sociedades que o adotaram; enquanto o direito natural independe do juízo de valor subjetivo das pessoas, o direito positivo busca refleti-los. Tal dicotomia foi mantida no direito romano, nos denominados *jus gentium* e *jus civile*, acrescentando-se dois novos critérios de distinção: enquanto o direito natural é imutável, o positivo varia ao longo do tempo; enquanto o direito natural se refere ao que é bom, o positivo preocupa-se com o que é útil.

No direito medieval passa a haver a expressa referência ao direito positivo (*jus*

positivum) no sentido aqui mencionado (BOBBIO, 1995), destacando-se o fato dele ser proveniente da vontade humana, em contraposição ao direito natural, que decorria diretamente de uma origem superior⁴¹, culminando, nos séculos XVII e XVIII, no movimento jusnaturalista, que se centrava justamente na referida dicotomia e que trouxe um novo critério distintivo, desta vez tomando por base a forma como os destinatários tomam conhecimento das respectivas normas: enquanto no direito natural isso se dá através do próprio exercício da razão, no direito positivo tal ocorre a partir de um ato de vontade do legislador.

Embora com pontuais e importantes diferenças em seus principais autores, a doutrina jusnaturalista que se desenvolveu no período caracterizava-se por conceber uma situação originária em que não havia poder político formalmente constituído, denominado estado de natureza, da qual os homens voluntariamente optaram por sair, mediante a celebração de um pacto social com o objetivo de constituir um estado (ou sociedade) civil por imaginar que, nele, poderiam gozar de uma vida melhor, abrindo mão de determinados direitos para garantir outros. Em razão disso os autores jusnaturalistas são também denominados de contratualistas.

Não obstante estes traços em comum, verifica-se diferenças entre os principais autores de tal corrente acerca de uma série de aspectos: característica do estado de natureza (barbárie para Hobbes, felicidade para Rousseau, relativa tranquilidade para Locke *etc.*), modelo ideal de sociedade civil (monarquia parlamentar para Locke, Estado absolutista para Hobbes, democracia para Rousseau, Estado limitado para Montesquieu *etc.*), direitos dos quais os indivíduos não abrem mão e que precisam ser preservados na sociedade civil (vida para Hobbes, propriedade para Locke, liberdade para Rousseau e Spinoza *etc.*), entre outros.

É exatamente o último aspecto acima apontado que constitui a noção de direito natural (ou seja, direito que qualquer indivíduo possui, independentemente de previsão do ordenamento positivo, contra o Estado) do qual decorrem os princípios de direito na doutrina jusnaturalista.

Traço fundamental deste período é o de que, ao contrário do que ocorria na Antiguidade Clássica, o direito natural passou a ser considerado hierarquicamente superior ao positivo, já que tinha como origem uma vontade divina. Contudo, não obstante esta diferença de grau, ambos continuavam sendo considerados como manifestações jurídicas.

Neste sentido, os princípios gerais de direito eram concebidos como axiomas jurídicos; ou seja, normas decorrentes diretamente da própria razão e, enquanto tais, universais, traduzindo, portanto, um ideal de justiça que deveria ser comum a toda a

⁴¹ Esta origem superior direito antigo havia sido a natureza, no direito medieval passara a ser deus e, na etapa seguinte, marcada pela tendência antropocêntrica iluminista, seria a própria razão humana.

humanidade, o que caiu em descrédito pela constatação de que os próprios autores de tal escola não terem chegado a um consenso entre si acerca do conteúdo dos princípios gerais.

No âmbito doutrinário, a derrocada da doutrina jusnaturalista iniciou-se a partir das críticas formuladas, no início do século XIX, pela denominada “escola histórica do direito”⁴², que buscava demonstrar o caráter histórico, e portanto positivo, daquilo que era tido como um direito natural e, portanto, universal e imutável. Referido movimento baseava-se em duas importantes premissas: a) rejeição a uma concepção universal da natureza humana; b) rejeição a uma concepção racional da história.

3.2.3. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA MODERNO: PRINCÍPIOS SUBSIDIÁRIOS

Na fase moderna constata-se, tal como visto em relação aos sistemas, a prevalência da doutrina positivista, que reduzindo o direito às normas legais e extremando-o da moral, relegava aos princípios uma função supletiva, no sentido de se constituírem em meios subsidiários ao qual o aplicador deveria recorrer no caso de lacuna do direito, o que representava a continuidade do pensamento segundo o qual os princípios não se constituíam como verdadeiras normas jurídicas.

Rompendo com a tradicional dicotomia entre direito positivo e natural, o positivismo jurídico reconhecia apenas a primeira modalidade como fenômeno verdadeiramente jurídico (BOBBIO, 1995), associando-a exclusivamente ao direito produzido pelo poder estatal⁴³, já que o próprio movimento positivista encontra-se intimamente ligado ao surgimento do Estado moderno⁴⁴.

Não obstante o positivismo jurídico estar historicamente vinculado ao século XIX, pode-se identificar tentativas de monopolização do direito pelo poder estatal desde a compilação de Justiniano (o já mencionado *corpus iuris civilis*), tendo sofrido solução da continuidade com a dissolução do Império Romano e pulverização do poder político na Europa Ocidental da Alta Idade Média, passando o direito romano a ser visto como uma espécie de direito natural, aplicável aos povos em geral, nos quais era denominado de *jus commune*. Com a centralização do poder político nos Estados modernos (inicialmente

⁴² É interessante notar que, tal como visto em relação à teoria dos sistemas, a escola histórica, embora tenha sido a responsável pelo sepultamento da etapa pré-moderna (caráter metafísico no caso dos princípios e concepção externa, no caso dos sistemas), acabou não dando as bases que originaram a etapa seguinte (subsidiariedade no caso dos princípios e concepção interna, no caso dos sistemas).

⁴³ Diferentemente da concepção de direito positivo defendida pelos teóricos jusnaturalistas, que enquadravam nesta categoria as normas decorrentes de outras fontes, como a família e a comunidade internacional.

⁴⁴ O próprio termo “Estado” foi introduzido neste período para diferenciá-lo de todas as formas de organização política anteriores, podendo até mesmo ser considerado redundante falar em “Estado moderno”.

absolutistas, evoluindo em seguida ao formato liberal), passa-se, cada vez mais, a identificar direito com direito positivo.

Também no início do século XIX surge um novo marco da história das codificações jurídicas ocidentais, ao qual a escola histórica fortemente se opôs, qual seja, o código napoleônico, que, decorrente do pensamento iluminista do século anterior, pretendia reunir todo o direito natural em normas positivadas, exercendo imensa influência sobre o direito ocidental (com exceção dos países ligados à tradição do *common law*) dali por diante.

Portanto, o momento positivista é marcado por restringir a noção de norma jurídica à de norma positiva, ou regra, não concebendo a possibilidade de ela possuir uma origem alheia à produção estatal, o que está em consonância, portanto, com a noção de sistema fechado, que também caracteriza o período, já que ele não admite a entrada de outros padrões.

3.2.4. PRINCÍPIOS NO PARADIGMA PÓS-MODERNO: PRINCÍPIOS NORMATIVOS

Na fase pós-moderna apresenta-se a um novo pensamento, que se caracteriza por reconhecer caráter normativo aos princípios que, juntamente com as regras, passam a se constituir como elementos básicos dos sistemas jurídicos. Ainda que haja grandes controvérsias sobre os critérios adequados para diferenciar ambas as modalidades, eventual hierarquia entre elas e forma como se relacionam, o fato é que se pode englobar esta variedade de posicionamentos sob um denominador comum, já que todos partem do pressuposto de que os princípios se constituem em autênticas normas jurídicas, afastando-se, com isso, de uma concepção positivista.

Tal movimento é acompanhado também por um deslocamento do âmbito principal de estudo dos princípios jurídicos, que, se até então encontravam-se muito ligados ao direito privado, passam a ser compreendidos principalmente a partir do direito público, qual seja o constitucional, marcando a passagem dos princípios gerais do direito para a dos princípios constitucionais, o que decorreu, também, do processo de reconhecimento do caráter normativo das Constituições que marcou o início do século passado.

Trata-se de fenômeno que se deu de forma paralela ao já visto em relação à noção de sistema jurídico: a necessidade de um maior aporte axiológico no direito verificada após a Segunda Guerra Mundial, se de um lado possibilitou a abertura do sistema, por outro contribuiu para a normatividade dos princípios, fazendo com que ambos passassem gradualmente do direito civil, onde surgiram, para o constitucional, transformado agora em palco central do direito.

Portanto, se a concepção aberta de sistema permite que se possa falar em uma nova fase denominada de novo pensamento sistemático, a necessidade de se lidar com normas jurídicas de estrutura radicalmente distinta do que até então predominava, possibilitou também o surgimento de uma nova hermenêutica, que, baseada na nova abordagem filosófica surgida com o denominado giro linguístico⁴⁵, procura conferir os aportes necessários a uma interpretação / aplicação adequada destas novas normas jurídicas.

Pode-se apontar o jurista francês Jean Boulanger como o pioneiro na identificação do caráter normativo dos princípios jurídicos e, embora tenha identificado a falta de uma teoria mais completa a respeito de tal instituto, já indicava que ele possuía uma diferença em relação às regras, relativa à sua própria natureza. Pode-se identificar outros aportes teóricos importantes advindos, em um primeiro momento, Gutzwiller (que reconheceu uma importância criadora nos princípios) e Goldschmidt (que reconheceu a impossibilidade da existência de um direito sem princípios); e, em uma segunda etapa, de Larenz (com sua concepção de princípios abertos, considerando como tais os previstos no texto constitucional e, como tais, dotados de juridicidade) e Esser (com sua concepção de princípios informativos, tidos como aqueles que, por se incorporarem a uma instituição, acabam por obter uma eficácia positiva). Por fim, uma derradeira etapa no caminho da consolidação do caráter normativo dos princípios pode ser identificada na obra do jurista italiano Vezio Crisafulli, que, admitindo a possibilidade da existência tanto de princípios expressos como implícitos, defendia sua dupla eficácia (imediata e mediata) e, desta forma, sua precedência sobre as normas (BONAVIDES, 2012).

Na segunda metade do século XX surgiram duas concepções de princípios que rapidamente se colocaram entre as mais influentes para o direito ocidental, uma delas proveniente da tradição anglo-saxônica da *common law* e outra surgida no âmbito do direito continental europeu da *civil law*. Não obstante as importantes divergências que guardam entre si, podem ser identificados pontos relevantes em comum, ligados principalmente ao fato de representarem estratégias de superação do positivismo jurídico.

Dworkin, em artigos que passou a publicar na segunda metade da década de 60⁴⁶, formulou uma contundente crítica ao positivismo jurídico tomando por base a doutrina de seu maior expoente então, Herbert Hart, em especial as teses por ele desenvolvidas em sua obra “o conceito de direito”, que alcançara, nos anos anteriores, forte influência na filosofia

⁴⁵ Pode-se, a grosso modo, defini-lo como o movimento filosófico que, rompendo com uma tradição que remontava à Antiguidade Clássica, deixou de atribuir à linguagem uma função meramente designativa de uma realidade externa e anterior para considerá-la como constitutiva da própria realidade, na medida em que considera que o mundo existe apenas e no limite em que possa ser enunciado através da linguagem.

⁴⁶ Os quais ajudaram a formar o primeiro livro que publicou, *Levando direitos a sério*, de 1969.

jurídica.

Dworkin (2014) inicia sua famosa crítica indicando a existência de duas espécies de controvérsias jurídicas: uma, que denomina meramente técnica, na qual as partes estão concordes quanto às premissas conceituais envolvidas na questão, e a segunda, que chama de conceituais, para as quais as técnicas usuais de solução decorrentes do método positivista mostram-se insuficientes, já que se tratam de questões que envolvem conceitos morais e não apenas legais.

A abordagem positivista, que extremava a moral do direito e vinculava este apenas com as regras jurídicas previstas expressamente nas respectivas leis⁴⁷, era obrigada a responder pela ausência de uma resposta jurídica a tais situações, as quais, portanto, deveriam ser criadas pelo juiz no uso de seu poder discricionário ao apreciar o caso concreto. O jurista norte-americano apontou a inadequação de uma solução desta natureza, na medida em que não garante a tomada de decisões justas, desenvolvendo, a partir daí, sua doutrina no sentido de que qualquer caso, por mais inusitado que seja, sempre possui uma resposta certa extraível dos respectivos princípios jurídicos, que, portanto, ostentam caráter de obrigatoriedade perante o juiz, fazendo com que uma das partes sempre tenha um direito subjetivo ao julgamento que lhe deve ser favorável.

Então, no sentido diametralmente oposto à tese da discricionariedade, Dworkin introduz sobretudo o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes ao sistema jurídico. Os princípios vinculariam os juízes naqueles casos em que as regras não fossem suficientes para a solução do caso (NEVES, 2014, p. 52).

Portanto, o ponto chave de sua teoria consiste justamente na existência de outros padrões jurídicos além das regras, em especial os princípios e as políticas⁴⁸, os quais se mostram mais adequados para permitir que se encontre a solução daqueles casos mais complexos, não previstos de forma direta nas regras positivas. Políticas são consideradas os padrões que estabelecem objetivos econômicos, sociais ou políticos a serem alcançados pela comunidade, ao passo que princípios são os padrões que descrevem direitos e decorrem de uma exigência de moralidade e justiça para um determinado indivíduo (DWORKIN, 2014). As decisões judiciais, mesmo naqueles casos de maior complexidade, devem ser tomadas com base em argumentos de princípios, nunca de políticas (DWORKIN, 2014), já que, neste caso, mostrar-se-iam procedentes as possíveis objeções no sentido de que uma decisão não amparada no direito positivo legislado padeceria de falta de legitimação democrática.

⁴⁷ Ou seja, aquelas identificadas a partir das regras de reconhecimento de Hart, que Dworkin (2014) denominava de “teste de *pedigree*”.

⁴⁸ No original, *policies*, aparecendo em algumas traduções também como diretrizes.

Os princípios diferenciam-se das regras em razão de um aspecto qualitativo, de natureza lógica, já que, em primeiro lugar, enquanto estas se aplicam à maneira do tudo-ou-nada⁴⁹, eles não trazem previsão de consequências jurídicas automáticas decorrentes das respectivas hipóteses de incidência; em segundo lugar, porque os princípios possuem uma dimensão de peso, ou importância, que as regras não têm, já que elas são apenas funcionalmente importantes.

Além disso, não se poderia conceber uma única regra de reconhecimento capaz de permitir a identificação dos princípios jurídicos, tal como Hart (1994) faz em relação às regras, o que, tendo em vista a constatação de que tais princípios de fato compõem o ordenamento jurídico e auxiliam na resolução de uma série de casos, em especial os de maior dificuldade, leva à conclusão de que a referida regra deve ser abandonada por sua patente inadequação.

Um dos maiores óbices que se poderia impor à teoria dos princípios constituída por Dworkin (2005) consiste em uma possível deficiência democrática, na medida em que permite que funcionários públicos não eleitos pelo povo, os juízes, acabem agindo como verdadeiros legisladores e até mesmo sobrepondo-se a eles. Fervoroso defensor do *judicial review*, Dworkin (2005) rejeita esta possibilidade ao demonstrar que, além de impossível um possível resgate da intenção dos legisladores, não há razões plausíveis para se entender que uma decisão legislativa sobre direitos seria mais correta do que uma originada da via judicial, havendo, por outro lado, razões para crer na hipótese contrária, tendo em vista que o ambiente jurisdicional parece mais propício à defesa de direitos contramajoritários por se mostrar menos propenso à pressão popular. Portanto, a possibilidade de o Poder Judiciário proferir julgamentos políticos, longe de atentar contra a democracia, se constitui em um de seus principais instrumentos, pois viabilizar a criação de um espaço público no qual questões de grande relevância social possam ser debatidas e deliberadas com transparência e ampla participação popular.

Cerca de quinze anos após a difusão das ideias de Dworkin, o jurista alemão Robert Alexy publicou, em 1985, seu segundo livro, Teoria dos Direitos Fundamentais, na qual forneceu outra teoria dos princípios que alcançou grande influência sobre o mundo ocidental no final do século XX⁵⁰.

Portanto, em Alexy, como em Dworkin, a teoria dos princípios encontra-se inserida na

⁴⁹ Embora uma regra possa ter exceções, Dworkin (2014) ressalta que a formulação correta e completa de uma regra já deve trazer consigo as exceções previstas.

⁵⁰ Na referida obra o autor aprofundou e alterou, em parte, as ideias desenvolvidas em seu artigo “sobre o conceito de princípio jurídico”, de 1979.

discussão mais ampla de uma teoria dos direitos fundamentais. A teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por ele consiste em uma teoria jurídica e que tem por objeto determinados direitos positivados na ordem constitucional alemã, constituindo-se, portanto, em uma teoria dogmática (ALEXY, 2014b).

O autor identifica três dimensões da dogmática jurídica: a analítica, que busca analisar os conceitos fundamentais de vários elementos da ciência do direito; a empírica, que se preocupa com a identificação do direito positivo válido e da respectiva argumentação jurídica; e a normativa, que se ocupa de como o direito é aplicado nos casos concretos. Ao longo da história verificam-se variações no peso dado a cada uma destas dimensões e esta distribuição que em boa medida delimita as fronteiras da esfera jurídica.

Preende, ainda, que sua teoria dos direitos fundamentais seja uma teoria integradora, no sentido de, além de abranger as três dimensões acima referidas reunir várias teorias de direitos fundamentais, o que não significa um acúmulo desorganizado de conteúdo ou a necessidade de uma teoria excessivamente ampla. Uma teoria que se restringisse a uma única tese básica, denominada pelo autor de unipolar, seria insuficiente a uma compreensão adequada da complexidade do fenômeno dos direitos fundamentais; no extremo oposto, pode-se falar em teoria combinada quando se procura uma junção assistemática de conhecimentos. O ideal é que se consiga um modelo capaz de apresentar de modo organizado os diversos pontos de vista, o que se dá mediante uma teoria integradora.

Após definir os contornos básicos de sua teoria dos direitos fundamentais, o autor passa a tratar do conceito de normas jurídicas, esclarecendo, desde o início, que, embora não se possa falar de um direito sem a respectiva norma, a recíproca não é verdadeira, visto que esta pode ter outros conteúdos (ALEXY, 2014b). Reconhecendo a grande polêmica que existe em torno do conceito de norma, Alexy (2014b) opta pelo semântico, que, diferenciando-a do respectivo enunciado normativo, identifica-se com modalidades básicas deônticas do dever, da proibição e da permissão. Ainda que o respectivo enunciado não se apresente sob a forma deôntica, ele pode ser reduzido a ela, visto que a respectiva norma possui tal atributo. Não se confundem com as normas e os respectivos enunciados normativos os enunciados sobre a validade de uma norma e os atos de sua respectiva criação.

Para se definir, dentre as normas jurídicas, quais são as de direito fundamental, podem ser utilizados critérios materiais, estruturais e formais, acontecendo frequentemente de mais de um destes critérios serem combinados. Alexy (2014b) adota um critério formal (localização das normas no capítulo de direitos fundamentais da Constituição alemã), com uma breve ressalva (inclusão de normas constantes em outros capítulos do texto constitucional).

A sua teoria dos princípios é inserida no momento em que começa a realizar a análise da estrutura das normas de direito fundamentais, já que defende que a classificação mais importante, quanto a tal aspecto, é justamente a que divide as normas entre regras e princípios, embora reconhecendo a falta de um critério muito preciso para a realização desta diferenciação.

Alexy (2014b), tal como Dworkin, defende um critério qualitativo para a diferenciação entre princípios e regras, considerando os primeiros como mandados de otimização, ou seja, determinações para que determinados objetivos sejam satisfeitos na maior medida possível⁵¹, não contendo um mandamento definitivo, mas sim *prima facie*, enquanto as regras não admitem um estágio intermediário, podendo apenas ser satisfeitas ou não, a depender do juízo que se faça sobre sua validade, contendo desde já uma prévia determinação da extensão de seu conteúdo.

Referida distinção aparece claramente no tratamento a ser dado nas hipóteses da coexistência de normas antagônicas entre si, o que, no caso dos princípios, é chamado de colisões e, nas hipóteses de regras, denomina-se de conflitos. O segundo caso, para ser solucionado, requer a existência de critérios definidores da regra a prevalecer, tais como o hierárquico, o cronológico e o da especialização. Já no tocante aos princípios, resolve-se com a precedência de um deles no caso concreto, que deve sempre ser condicionada. Enquanto os conflitos de regras resolvem-se no plano da validade, as colisões entre princípios são solucionadas no âmbito do peso. Referido traço reforça o próprio caráter argumentativo do direito, desenvolvido também por Alexy (GÓES, 2004, p. 34):

Tem-se, portanto, que a base teórica do direito está assentada sobre um nexo que não pode jamais ser decomposto: a junção entre a teoria dos princípios e a da argumentação jurídica [...]. Para Alexy, o espírito da teoria da argumentação jurídica está em que se orienta por uma razão prática, à medida que fundamenta a racionalidade do discurso jurídico [...]. Ressalte-se que essa razão prática a envolver o discurso jurídico produz uma teoria procedimental do direito.

Para possibilitar esta solução é concebida a lei de colisão, que passa pela formulação das condições de precedência e da fundamentação das razões pelas quais, naquele caso concreto, um princípio deve prevalecer sobre o outro. O resultado da referida tarefa, embora se constitua em um enunciado de preferência, pode também ser formulada sob a roupagem de uma regra, que terá como suporte fático justamente as condições de precedência estabelecidas por ocasião da ponderação (ALEXY, 2014b).

⁵¹ O que depende de fatores tanto fáticos como jurídicos, os primeiros dando origem às máximas da necessidade e da adequação e os últimos dando ensejo à aplicação da máxima da proporcionalidade.

São concebidos ainda três modelos distintos de normas fundamentais: a) o primeiro, denominado modelo puro de princípios, no qual as regras surgem apenas em consequência do estabelecimento de relações de precedência condicionada entre os princípios, tem a desvantagem de não dar a devida importância ao texto constitucional; b) o segundo, chamado de modelo puro de regras, embora garanta de maneira mais satisfatória a segurança jurídica e previsibilidade, acaba não prevendo suficientemente todas as modalidades de direitos fundamentais; c) por fim, o modelo de regras e princípios, que é composto pelo nível dos princípios e pelo nível das regras, devendo haver, contudo, uma prevalência hierárquica destas, já que os princípios, pela sua maior generalidade, são compatíveis com diversos tipos de regras. Este terceiro modelo, que se mostra o mais indicado, revela a natureza dúplice das normas de direitos fundamentais.

Vale mencionar ainda a relação entre princípios e valores estabelecida pelo autor, que, recorrendo à classificação dos conceitos práticos elaborada por Von Wright, entre conceitos deontológicos, axiológicos e antropológicos, enquadra os princípios na primeira categoria e os valores na segunda. Ainda no tocante aos valores, são diferenciadas as situações nas quais se utiliza um juízo de valor (que pode ser classificatório, comparativo ou métrico) daquelas nas quais a menção é feita a critérios de valoração, os quais podem apresentar uma grande variação, fazendo surgir a necessidade de se elaborar uma valoração global.

Sem a pretensão de se realizar uma análise exaustiva, pode-se apontar três pontos de divergência entre as concepções principiológicas aqui abordadas: a) embora admita a existência de diferenças entre direitos individuais e interesses coletivos, Alexy considera que ambos podem ficar igualmente acobertados sob uma mesma noção de princípio, ao contrário de Dworkin, que os vincula apenas aos direitos individuais, considerando que os interesses coletivos obedecem ao padrão das políticas (ou diretrizes); b) na análise dos casos mais complexos, sem solução expressamente previstas na norma, Dworkin defende que sempre existe uma resposta correta, recorrendo à metáfora do juiz Hércules para ilustrar a possibilidade teórica de se descobri-la, com o que não concorda Alexy, que, ao enfatizar o caráter argumentativo do direito, abre a possibilidade de um mesmo caso oferecer mais de uma solução admitida pelo ordenamento jurídico; c) diferentemente da concepção de Dworkin, segundo a qual as regras devem ser aplicadas à maneira do “tudo ou nada”, Alexy, alegando a impossibilidade de, no mundo contemporâneo, haver uma previsão taxativa de todas as suas possíveis exceções, acaba preferindo falar que elas são satisfeitas ou não satisfeitas.

Por outro lado, mostra-se de grande relevância a proposta de Ávila (2004) no sentido

de se promover uma distinção entre princípios e regras a partir da análise do caso concreto (realizando, conforme sua terminologia, uma dissociação heurística). Fazendo um apanhado dos principais critérios de distinção verificados na doutrina, indica a existência de distinções fracas (Esser, Larenz, Canaris) e fortes (Dworkin, Alexy) apontando os seguintes critérios como normalmente utilizados: a) caráter hipotético-condicional; b) modo final de aplicação; c) relacionamento normativo; d) fundamento axiológico.

Após demonstrar a insuficiência de cada um destes critérios, já que todos podem conter exceções, chega à conclusão de que, tendo em vista que as normas apenas concluem sua construção a partir da aplicação concreta pelo intérprete, é apenas neste momento que se definirá como uma determinada norma irá funcionar naquela situação, admitindo-se, portanto, que as duas espécies normativas coexistam em um mesmo dispositivo.

Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie exclua a existência das demais, propõe-se uma classificação que albergue alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem operar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa (ÁVILA, 2004, p. 92).

Para se definir, no caso concreto, como a norma irá se comportar, propõe o autor três critérios de dissociação: a) natureza do comportamento prescrito (as regras são imediatamente descritivas enquanto os princípios são imediatamente finalísticos); b) natureza da justificação exigida (enquanto a aplicação das regras demanda uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma, a aplicação de um princípio demanda uma avaliação de correspondência entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta considerada necessária); c) medida de contribuição para a decisão (os princípios são primariamente complementares e preliminarmente parciais, enquanto as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes).

Por fim, não se pode deixar de apontar que a aplicação da teoria dos princípios tem se mostrado bastante problemática, acarretando o aumento de insegurança jurídica na medida em que não raramente vem sendo utilizada de forma visivelmente atécnica, consistente em sua invocação apenas para legitimar uma preferência subjetiva do aplicador, de modo a frustrar seu objetivo principal, qual seja, a redução da discricionariedade do intérprete ao se deparar com situações não expressamente previstas nas regras positivas.

Para evitar estes indesejados efeitos, a doutrina tem buscado ressaltar a importância das regras no ordenamento jurídico, chegando mesmo à conclusão no sentido de sua prevalência sobre os princípios: “A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar

preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios” (ÁVILA, 2004, p. 129).

No mesmo sentido destaca-se o trabalho de Lima (2014) que, buscando uma solução para o tortuoso problema dos conflitos entre regras e princípios (que não podem ser solucionados com as técnicas, isoladas, da ponderação ou da subsunção), defende a necessidade de um maior ônus argumentativo para o afastamento da regra sob o entendimento de que isso implica não apenas no afastamento do princípio que a motivou mas também do princípio formal que ensejou sua positivação enquanto regra.

3.3 SISTEMA E PRINCÍPIOS DO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

O que hoje se denomina processo coletivo no Brasil representa, na verdade, o fruto de dois processos históricos e sociais distintos, embora de certa forma paralelos que, ocasionando alterações de naturezas distintas na dogmática jurídica, acabaram por promover uma ampliação na possibilidade de cognição jurisdicional.

3.3.1. AMPLIAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO

Por um lado, observou-se uma ampliação na concepção clássica de direitos subjetivos, de cunho marcadamente individualista, para abarcar situações que antes não eram incluídas em tal categoria jurídica, mas sim no âmbito da política, já que envolvem questões de interesse de uma coletividade. Segundo clássica lição doutrinária, por direito subjetivo deve-se entender a previsão, no ordenamento jurídico (direito objetivo), de uma situação jurídica ativa a determinada pessoa (sujeito ativo), no sentido de lhe garantir determinado bem da vida (objeto do direito) desde que ocorra a situação prevista (suporte fático).

Referida noção foi formada e desenvolvida a partir de uma concepção individual de direito, de modo que o direito subjetivo estava necessariamente vinculado a uma situação jurídica ativa detida por uma pessoa específica.

Obviamente já se tinha a noção de que muitas decisões acabavam por afetar, concomitantemente, a esfera jurídica de uma série de indivíduos, já que se trata de realidade inerente à vida em sociedade. No entanto, tais decisões eram consideradas como integrantes exclusivamente da esfera política, fora, portanto, do direito e da cognição do Poder Judiciário, não se reconhecendo, em tais situações, a estrutura jurídica de direitos subjetivos. Portanto,

em um primeiro momento, percebe-se que a postura tomada pelo Poder Público em face de uma situação que envolve interesses da coletividade se dá em caráter repressivo, proibindo tal conduta sem, contudo, que se reconhecesse a existência de um direito subjetivo de toda a coletividade ao bem jurídico em questão⁵².

Neste sentido, pode-se identificar duas fases na tutela dos bens jurídicos transindividuais: a) em um primeiro momento, através de uma tutela puramente repressiva e sancionatória, através da qual se buscava dissuadir a prática de atos lesivos a tais bens; b) em um segundo momento, quando os referidos bens passaram a ser considerados como objeto de autêntico direito subjetivo da sociedade, através das demais tutelas admitidas no ordenamento jurídico, visando sua realização específica.

Disso se extrai que a primeira forma de tutela coletiva desenvolvida muito provavelmente foi a criminal, através da qual a sociedade busca, mediante a aplicação de uma penalidade ao responsável por um ato previsto como crime, prevenir a prática de outros atos da mesma natureza⁵³. A identificação destas duas etapas de forma alguma significa que a entrada na segunda representou o encerramento da anterior, já que continua sendo frequente a tutela dos direitos transindividuais através da previsão do sancionamento de condutas atentatórias a eles, como se pode verificar no próprio direito penal e nas diversas modalidades de infrações administrativas, sendo possível reunir tais modalidades sob a denominação de direito sancionador⁵⁴.

Mudanças relacionadas à realidade social em si (que se tornou mais complexa, facilitando o surgimento de uma maior quantidade de tais situações) e às teorias jurídica e política (que ocasionaram uma gradual releitura da noção da repartição de poderes) acabaram por trazer para a esfera jurídica tais situações, de modo que hoje em dia se tem a clara noção de que existem direitos que, por sua natureza, não podem ter como titulares um único indivíduo ou mesmo um grupo de indivíduos determinados, pertencendo de forma indivisível a uma coletividade⁵⁵.

⁵² Neste sentido, por exemplo, a legislação imperial brasileira já buscava restringir a prática de desmatamentos, identificando que tal atividade, se feita de modo desordenado, causaria prejuízos generalizados; no entanto, não se considerava a sociedade como titular de um direito subjetivo a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou pelo menos não nos mesmos moldes que se considerava ter o proprietário direito subjetivo ao uso de seu bem, por exemplo; em outras palavras, no exemplo aqui tratado, tal legislação era considerada simplesmente como restritiva do exercício de um direito subjetivo (individual do proprietário, ao seu bem), não como protetiva de um outro direito subjetivo (difuso da sociedade, ao meio ambiente).

⁵³ A observação se dá sem embargo do reconhecimento da grande polêmica travada, na seara penal, acerca da função da pena, podendo-se identificar correntes que variam entre a prevenção geral, prevenção específica, reparação e até mesmo a ausência de qualquer função jurídica.

⁵⁴ Sob este prisma, mostra-se interessante a situação do regime jurídico dos atos de improbidade administrativa, regulamentado pela Lei 8.429/92, que se situa em um ponto intermediário entre as duas etapas identificadas. Sobre o assunto serão feitas algumas observações mais detalhadas posteriormente.

⁵⁵ Não obstante, ainda se percebem reminiscências desta concepção clássica na nossa legislação, jurisprudência

Na origem do surgimento destes “novos direitos” normalmente se aponta a doutrina jurídica que, defendendo a necessidade de superação da dicotomia entre interesse público e privado, indica o surgimento a existência dos denominados interesses sociais, através do qual interesses pertencentes à sociedade contrapunham-se aos interesses do Estado. Variável desta mesma tese consiste na distinção, muitas vezes encontrada, entre interesses públicos primários e secundários do Estado, sendo a primeira categoria a que se refere aos interesses coincidentes com o da população e o da segunda os interesses patrimoniais da Administração. Assim, a determinação judicial que obriga um Município a construir um hospital representaria hipótese na qual se reconhece que um interesse social se contrapõe, e acaba prevalecendo, em face de um interesse público.

No entanto, bem examinada a questão, verifica-se que o Estado, por determinação constitucional, sempre deve visar ao bem comum⁵⁶, podendo, no entanto, haver diferentes concepções sobre como atingi-lo. A determinação judicial para a construção de um hospital, por outro lado, não deixa de ser ato emanado do Poder Público, o que faz com que a questão, na realidade, se situe no âmbito da divisão dos Poderes que compõem o aparelho estatal. O que abre a possibilidade de que um provimento emitido por um órgão do Poder Jurisdicional prevaleça sobre a decisão administrativa tomada pelo seu respectivo gestor é apenas uma circunstância: o enquadramento, na categoria jurídica do direito subjetivo, da pretensão envolvida, pois é, em relação à apreciação de lesão ou ameaça a direitos que a Constituição Federal consagra a inafastabilidade do Poder Judiciário.

A doutrina clássica não enquadraria a construção de um hospital na categoria de direito subjetivo; o fato de que se admite hoje em dia provimentos jurisdicionais com tal conteúdo indica, portanto, que houve indubitavelmente uma alteração nos contornos tradicionais de tal instituto jurídico. Trata-se, portanto, de processo originado no direito material, consistente no reconhecimento de novos direitos⁵⁷, repercutindo sobre o direito processual na medida em que este, dado o seu caráter instrumental, precisa apresentar

e doutrina, sendo um dos sintomas mais comuns deste vício a prática de se denominar de “interesses” os direitos de natureza coletiva, categoria esta que não possui o caráter de situação jurídica ativa aqui mencionado.

⁵⁶ E, por esta razão, toda conduta de um agente público que representar desvio desta finalidade mostra-se em desconformidade com o ordenamento jurídico, possibilitando sua correção e eventual aplicação de penalidade a seu responsável.

⁵⁷ Deve ser frisado que, por reconhecimento de novos direitos, não se refere ao natural processo de surgimento de direitos em decorrência do aumento da complexidade social (por exemplo, direitos dos consumidores e trabalhadores surgidos pelos desenvolvimentos trazidos com a Revolução Industrial), mas sim ao enquadramento, no conceito de direito subjetivo, de situações que não receberiam tal tratamento, ou, em outras palavras, ao fato de que os bens jurídicos de interesse social, ainda que reconhecidos como tais desde épocas longínquas, apenas passaram a ser tratados como autênticos direitos subjetivos com uma ampliação da noção de tal categoria jurídica, permitindo sua ampla tutela jurisdicional, em vez da mera atuação sancionatória e repressiva.

ferramentas aptas a tutelá-los⁵⁸.

3.3.2. AMPLIAÇÃO DAS TÉCNICAS PARA TUTELA DE DIREITOS SUBJETIVOS

Por outro lado, observou-se a necessidade de alterar a técnica processual para a defesa de situações que, mesmo na concepção clássica, já eram tidas como direitos subjetivos, mas que, no atual contexto, caracterizado pela massificação de relações sociais (e, portanto, jurídicas), são melhor resolvidas de forma concentrada.

São cada vez mais frequentes situações nas quais centenas (ou milhares, ou milhões...) de indivíduos integram relações jurídicas que, embora perfeitamente individualizáveis⁵⁹, guardam entre si semelhanças muito relevantes. Exemplos desta situação podem ser encontrados em relações de consumo (previsão de cláusula abusiva em um contrato de adesão de uma instituição financeira), tributárias (cobrança indevida de um imposto), trabalhistas (não recolhimento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço por uma grande companhia) e muitas outras.

Aqui, diferentemente da hipótese vista anteriormente, o tratamento diferenciado às diversas pessoas pode até ser possível, mas indesejável, por pelo menos cinco razões: a) isso poderia representar uma visível quebra da isonomia, com soluções diferentes para situações idênticas; b) revela-se mais econômico que a discussão da tese jurídica comum a todos os casos ocorra em um único processo de forma concentrada, evitando-se a existência simultânea de um grande número de processos destinados a discutir a mesma questão; c) a solução concentrada promove um acesso à justiça mais amplo, beneficiando pessoas que, por diversas razões, encontrem muitas dificuldades para demandar individualmente; d) a solução concentrada faz com que se possa avaliar com melhor propriedade o reflexo efetivo de uma determinada decisão, o que ocorre, por exemplo, com o fornecimento de medicamentos de alto custo a pacientes que sofram de uma determinada enfermidade; e) a solução concentrada permite, na maioria dos casos, uma disputa em maior paridade entre as partes, já que o litígio não se dará entre um indivíduo (que muitas vezes pode estar litigando pela primeira e única vez em Juízo) e uma grande empresa ou o Poder Público (litigantes habituais, com grande estrutura já montada para esta finalidade), na medida em que os direitos individuais estarão sendo defendidos por outro ente que, via de regra, também possuirá uma estrutura mais

⁵⁸ Pode-se identificar tal processo na conhecida classificação doutrinária que aponta três (em sua versão clássica, já havendo quem aponte quatro ou cinco) gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, consistindo o reconhecimento de direitos de caráter transindividual justamente na terceira etapa desta evolução.

⁵⁹ Ainda que em alguns casos a individualização ocorra em partes ideais.

compatível com tais disputas.

Se a tutela dos direitos coletivos é necessariamente concentrada (já que o objeto é indivisível), os direitos individuais homogêneos admitem, pela sua natureza, tutela tanto concentrada como diluída⁶⁰, estando ambas amparadas pela legislação processual⁶¹. Ocorre que, como já visto, a crescente complexidade das relações sociais torna cada vez menos aconselhável este tratamento pulverizado, o que vem acarretando a própria inviabilidade do funcionamento do Poder Judiciário, gerando a necessidade da previsão de técnicas processuais aptas a permitir uma resposta mais eficiente e adequada a esta nova realidade.

Uma melhor análise da questão revela que a tutela coletiva de direitos individuais nos moldes em que prevista em nossa legislação⁶², acaba por se aproximar consideravelmente das técnicas que têm surgido para conferir uma melhor racionalidade à defesa individual dos direitos massificados, já que ambos os caminhos acabam por importar uma cisão da tutela jurisdicional, diferenciando-se em razão do respectivo ponto de corte. Trata-se de processo originado do próprio direito processual, consistente no surgimento de instrumentos que se mostrem melhores na tutela de direitos que, embora se enquadrem na concepção clássica de um direito subjetivo, apresentam-se, na realidade social, de forma até então inédita (massificados)⁶³.

3.3.3. CLASSIFICAÇÃO

O reconhecimento da dicotomia acima referida é feita, ainda que não nos mesmos termos aqui defendidos, pela maior parte da doutrina que estuda a matéria. Neste sentido, por exemplo, vale mencionar os ensinamentos pioneiros de Moreira (2014), no sentido de identificar os direitos essencialmente coletivos e acidentalmente coletivos, apontando como

⁶⁰ Ou, para usar expressões difundidas em nossa doutrina, admitem tratamento tanto atomizado quanto molecular.

⁶¹ A rigor, poder-se-ia identificar três técnicas processuais distintas para a judicialização de direitos individuais homogêneos: a) em um único processo, de forma concentrada e através de um ente com legitimidade extraordinária para litigar em favor de todo o grupo afetado (processo coletivo); b) em vários processos individuais movidos por cada um de seus titulares (processo individual); c) em um único processo, movido, em regime de litisconsórcio, pelos titulares (processo litisconsorcial). Esta terceira alternativa, entretanto, mostra-se inviável na prática, já que tendo em vista que os direitos individuais homogêneos afetam, ao mesmo tempo, quantidade expressiva de pessoas, a formação de um processo em tais termos representaria dificuldades operacionais insuperáveis, incidindo no que a doutrina costuma denominar de litisconsórcio multitudinário.

⁶² Em que o processo coletivo se exaure em uma sentença genérica, com posterior instauração de processos individuais para liquidação e satisfação dos respectivos direitos.

⁶³ Pode-se identificar tal processo na conhecida classificação doutrinária que aponta três (em sua versão mais conhecida) ondas renovatórias de acesso à justiça pelas quais passou o direito processual, consistindo o tratamento concentrado de situações massificadas na segunda etapa desta evolução.

critério distintivo a indivisibilidade de seu objeto, enquadrando, portanto, na primeira categoria os direitos que pertencem de modo uno a toda uma coletividade e na segunda os que podem, no plano fático, ser desmembrados.

É no mesmo sentido a lição de Zavascki (2011), que ao se referir a tal distinção, utiliza as denominações de tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Também segue esta linha de entendimento Gidi (1995), o qual, embora considere desnecessária qualquer forma de classificação, reconhece a existência de uma dicotomia entre os direitos superindividuais e os individuais que são tutelados de forma concentrada.

Ainda segundo esta concepção clássica em nosso direito⁶⁴, a primeira categoria recebe ainda uma subdivisão, agora em razão da possibilidade ou não de se determinar as pessoas que compõem a coletividade titular do direito. Tal doutrina foi a que deu origem à classificação consagrada em nosso direito positivo, através da Lei 8.078/09 em direitos difusos (objeto indivisível e grupo indeterminado), coletivos (objeto indivisível e grupo determinável) e individuais homogêneos (objeto divisível).

Esta doutrina que originou a classificação existente em nosso direito positivo pode ser representada nos trechos que serão a seguir transcritos:

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, ao contrário do que ocorre no primeiro tipo de conflito, acima referido. Tomem-se como exemplos o interesse dos acionistas na anulação (ou na declaração de nulidade) de uma deliberação da assembleia geral da sociedade anônima [...]. Facilmente se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio), de que participam todos os membros do grupo, e um interesse derivado, que para cada um dos membros nasce em função dela, mas sem com ela confundir-se. A tal interesse ora se reconhece, ora não, no plano material, a natureza de direito do componente do grupo [...]. É ainda um terceiro grupo de casos, porém, que maior atenção tem merecido, nos últimos tempos, dos processualistas [...]. Aqui, os interesses para os quais se deseja tutela jurisdicional, comuns a uma coletividade de pessoas, não repousam necessariamente sobre uma relação-base, sobre um vínculo jurídico bem definido que as congregue. [...] É impensável, aí, decomposição do interesse comum a tais pessoas num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades análogas mas distintas – o que estrema a hipótese, com ofuscante nitidez, de que se apontou no início (mera co-titularidade de relações jurídicas interindividuais) (MOREIRA *apud* GRINOVER, 2014, p. 26-27).

No Brasil, assim como em outros países, vêm se tutelando alguns interesses comuns ou coletivos, em razão de um vínculo jurídico que une as pessoas do grupo entre si. Assim, por exemplo, o acionista é legitimado para agir visando à anulação ou a declaração de nulidade da deliberação da assembleia geral da sociedade anônima, ou para responsabilizar diretor por ato lesivo ao patrimônio social [...].

Ainda não se trata, porém, de interesses difusos propriamente ditos pois facilmente

⁶⁴ Vale ressaltar que esta concepção clássica vem sofrendo deturpações cada vez mais frequentes na doutrina e jurisprudência, com o enquadramento na categoria coletiva de direitos tipicamente divisíveis, conforme alertado por Mendes (2012).

se distinguem aí uma relação-base (sociedade, condomínio, família) e um interesse derivado, que para cada um dos sujeitos nasce em função dela, mas com ela não se confunde [...].

Já num plano mais complexo, em que há ainda uma relação-base, mas onde o conjunto de interessados não se apresenta tão facilmente determinável quanto a todos os seus membros, coloca-se o sindicato, legitimado à ação coletiva trabalhista [...].

Chega-se, enfim, a outro grupo de interesses meta-individuais ou seja, aos interesses difusos propriamente ditos: aqueles que não repousam necessariamente sobre uma relação-base, sobre um vínculo jurídico bem definido que congregue seus titulares, pois o conjunto apresenta contornos tão móveis e imprecisos que torna praticamente impossível a individualização de seus interesses (GRINOVER, 2014, p. 51).

Na concepção tradicional, à ideia de interesse ou direito está sempre ligada a de respectivo titular. As relações jurídicas podem estabelecer-se, na configuração mais simples, entre indivíduo e indivíduo (relações interindividuais), ou entre mais de um titular, no polo ativo ou passivo, ou em ambos (relações plurissubjetivas), mas ainda segundo a estrutura clássica. Podem, também assumir um esquema mais complexo, onde, como bem anota Barbosa Moreira, o interesse “pode ser comum a um grupo mais ou menos vasto de pessoas, em razão de vínculo jurídico que as une a todas ente sim, sem no entanto situar-se no próprio conteúdo da relação plurissubjetiva”. Mesmo sendo bastante amplo o grupo de pessoas há, ainda aí, sempre a possibilidade de individuação de seus componentes, ligados todos por uma relação-base (sociedade, condomínio).

Todavia, quando a relação entre as pessoas se estabelece por dados de fato, como a circunstância de serem habitantes de uma mesma região, ou de estarem sujeitos a uma idêntica condição desfavorável de vida ou ainda de serem consumidores de um determinado produto, há uma indefinição do número de pessoas e entre ela inexistente uma relação-base. Tem-se, aí, o chamado interesse difuso (WATANABE *apud* GRINOVER, 2014, p. 62).

Em razão de sua importância, transcreve-se a seguir as definições legais:

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

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

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BARSIL, 1990, não paginado).

Observa-se, a partir da definição legal das três categorias, que, além do aspecto relativo à divisibilidade do objeto do direito e da determinabilidade de seus titulares, trabalha-se ainda com uma terceira variável, consistente no contexto que originou o surgimento dos direitos: enquanto para os direitos coletivos há a necessidade de uma relação jurídica base que envolva todos os indivíduos pertencentes à categoria, os difusos e individuais homogêneos surgem a partir de uma origem comum fundada em circunstâncias fáticas⁶⁵.

⁶⁵ Neste sentido é a lição de Gidi (1995) ao identificar três diferentes critérios classificatórios para distinguir as

A técnica de tipificação de três categorias de direitos tuteláveis através do processo coletivo mostra-se, no entanto, incapaz de refletir⁶⁶ a complexidade das situações de possível ocorrência na realidade fática, revelando-se, em muitas situações, de aplicação bastante problemática, gerando uma complexidade que pode acabar dificultando a própria possibilidade de tutela jurisdicional, na medida em que se pode revelar problemático seu enquadramento perfeito nas hipóteses legais:

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos na mesma ação civil pública ou coletiva. Assim, de um único evento fático e de uma única relação jurídica consequente é possível advirem interesses múltiplos. Tomemos alguns exemplos: a) um aumento ilegal de prestações num consórcio envolve, ao mesmo tempo, uma lesão a interesses coletivos, no que diz respeito à própria ilegalidade do aumento⁶⁷, e uma lesão de interesses divisíveis, no que diz respeito à restituição de eventuais valores pagos a mais; b) de um acidente ecológico, como o de Chernobyl, podem resultar danos difusos ao meio ambiente como um todo e, ao mesmo tempo, danos individuais homogêneos e divisíveis para os moradores da região; c) se uma série de produtos é fabricada com o mesmo defeito, os lesados têm interesses individuais homogêneos em obter uma reparação divisível, mas a pretensão de proibir a venda do produto diz respeito a interesses difusos; d) a pretensão de anular cláusula abusiva em contrato de adesão versa interesse coletivo, mas é difuso o interesse de afastar essa cláusula nos contratos difusos (MAZZILLI, 2004, p. 56-57).

Venturi (2007, p. 84-86) faz um diagnóstico bastante preciso da situação:

Nada obstante o esforço empreendido pela doutrina processual nas últimas décadas, visando à eleição de critérios científicos para conceituar tecnicamente os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, pragmaticamente não há como negar, a confusão gerada pela incompreensão de tais categorias, idealizadas pelo legislador brasileiro quando da edição do Código de Defesa do Consumidor, tem muito contribuído para a inefetividade do sistema de tutela jurisdicional coletiva.

[...]

Ao elencar as características de cada espécie de direito, a legislação acaba por induzir, naturalmente, uma série de especulações hermenêuticas voltadas não só ao reconhecimento da tipologia mas também, por consequência, dos pressupostos de admissibilidade da sua tutela jurisdicional, de onde provêm indesejáveis *standartizações* que acabam, invariavelmente, ou restringindo ou inviabilizando a ação coletiva.

Neste mesmo sentido é a crítica formulada por Gidi (2008, p. 210-211):

categorias existentes: a) subjetivo (titularidade do direito material), b) objetivo (divisibilidade do direito material) e c) de origem (origem do direito material).

⁶⁶ Como já advertia Moreira (2014), pioneiro no assunto na doutrina brasileira.

⁶⁷ Vale ressaltar que há autores, como Mendes (2012), que consideram divisível a pretensão quanto à ilegalidade do aumento em si, argumentando que nada impede que um único consumidor postule individualmente neste sentido e obtenha apenas para si, a redução do valor, que continuará em seu patamar superior aos demais consumidores que não integraram a relação jurídica processual.

Todavia, com o tempo, as definições legais foram colocadas à prova da realidade dos fatos e se mostraram menos precisas e adequadas do que pareciam ser à primeira vista e vários problemas surgiram da interpretação do CDC. A experiência brasileira, tanto na doutrina como na jurisprudência, comprovou que os conceitos abstratos de direitos difusos, coletivos, e individuais homogêneos são de escassa utilidade, sendo em verdade extremamente perigosos. São conhecidos os exemplos em que há dúvida real sobre se a situação em um determinado caso concreto se encaixa na definição de difuso, coletivo ou individual homogêneo. Não se compreende por que essa classificação deve ser considerada tão útil e importante e consumir tanto o tempo dos juristas. Tampouco é fácil entender porque o direito brasileiro prevê diferentes procedimentos para cada tipo.

O mesmo autor acaba, porém, reconhecendo a importância em se diferenciar os direitos em sua essência coletivos daqueles que, embora individuais, podem ser tutelados coletivamente:

Uma distinção importante entre os direitos de grupo deverá permanecer: os direitos transindividuais e individuais homogêneos. É o que Barbosa Moreira chama litígios “essencialmente coletivos” e “litígios “acidentalmente coletivos” e Teori albino Zavascki chama de “proteção de direitos coletivos” e “proteção coletiva de direitos”. Trata-se de categorias ontologicamente diferentes, que exigem algumas normas procedimentais diferentes (GIDI, 2008, p. 215).

Pode-se apresentar os seguintes óbices à classificação consagrada em nosso direito positivo: a) ela não é técnica, pois utiliza critérios distintos (divisibilidade do bem, determinabilidade dos sujeitos e origem) dentro de uma mesma classificação; b) ela não é correta, porque desconsidera a possibilidade de as diferentes variáveis que utiliza combinarem-se de modos distintos, possibilitando, por exemplo, a existência de direitos que pertençam, de modo indivisível, a um grupo determinado de pessoas⁶⁸, ainda que em decorrência de uma situação fática comum⁶⁹; c) ela não é boa, pois acaba não refletindo a existência dos dois processos distintos acima referidos (reconhecimento de novos direitos e surgimento de formas diferentes de tutelar direitos já reconhecidos).

Existe, na doutrina que deu origem à classificação consagrada na nossa legislação⁷⁰,

⁶⁸ Basta pensar, por exemplo, nos clássicos exemplos desenvolvidos em nossa doutrina processual acerca da tutela de direitos de condôminos ou de acionistas, em que o grupo, não obstante por vezes bastante extenso, é perfeitamente delimitável, sendo o direito, entretanto, pertencente de forma indivisível a todos, gerando, no processo individual, a figura do litisconsórcio unitário.

⁶⁹ Basta pensar, por exemplo, na hipótese de acidente automotivo em que um veículo acabe por causar lesões a uma grande quantidade de pedestres que se encontravam no local; o grupo é determinável, a pretensão indivisível (se não no fático ao menos no jurídico, já que, assim como nos clássicos exemplos do aumento de mensalidade escolar e da prestação de consórcio, a questão jurídica acerca da responsabilidade pelo acidente é una), mas os direitos indenizatórios surgem não em decorrência de uma relação jurídica base, mas em função de circunstâncias fáticas.

⁷⁰ Não obstante a sua imensa importância para o desenvolvimento doutrinário do processo coletivo e a inquestionável excelência de seus defensores, em especial seu precursor, Moreira (2014), apontado por vários

um relevante equívoco de premissa, cometido ao se eleger a indivisibilidade como critério da primeira classificação, já que, podendo os direitos individuais também se apresentarem de modo indivisível, não parece ser este o fator que corretamente serve para extremá-los das demais categorias⁷¹. Mostra-se mais adequado que esta distinção seja feita em razão da titularidade do direito, ou seja, da identificação de seu sujeito ativo. Assim, se o titular daquele direito subjetivo for um indivíduo ou grupo de indivíduos identificáveis, tratar-se-á de direitos individuais⁷²; em sentido contrário, caso se trate de direito de titularidade da sociedade como um todo, ou mesmo de uma parcela (categoria profissional, população de um Município *etc.*), sua natureza será coletiva, sendo aqui denominados, indiferentemente, de direitos difusos, coletivos, transindividuais ou outras expressões equivalentes.

O importante é que não seja possível individualizar pessoas específicas como sendo titulares do respectivo direito subjetivo, que, desta forma, se apresentará como pertencente ao grupo como um todo. Reconhece-se que em várias situações a fronteira delimitadora entre as duas categorias nem sempre se apresentará de forma muito clara; no entanto, pretende-se desenvolver melhor o assunto, com a análise de exemplos, ao longo da exposição. Por ora, os seguintes casos podem ajudar a ilustrar a tese aqui defendida:

a) descobre-se que a empresa X vem contaminando curso d'água ao lançar efluentes não tratados devidamente: a.1) caso se comprove que alguma pessoa específica sofreu dano causado por esta conduta, ela tem o direito (individual) de obter a devida reparação; a.2) caso se comprove que um grupo de vinte pessoas moradoras de um pequeno vilarejo nas proximidades também sofreu danos, cada uma delas tem o direito (individual e divisível) à referida reparação; a.3) caso se comprove que uma população de 10 mil pessoas de um pequeno Município às margens do mesmo rio também sofreu dano, cada uma delas tem o direito (individual e divisível) à referida reparação; a.4) podem existir ainda outros direitos (coletivos), da população da região como um todo, como, por exemplo, a que a empresa realize a recuperação do curso d'água atingido ou que tome medidas preventivas para adequar seus lançamentos à legislação ambiental. No exemplo a.2 é possível e relativamente fácil identificar as pessoas titulares dos direitos subjetivos envolvidos e mostra-se possível em tese

doutrinadores, com inteira justiça, como o maior processualista brasileiro.

⁷¹ Exemplo clássico disso é o que ocorre no processo de divórcio, em que, havendo evidente indivisibilidade no respectivo objeto, mostra-se igualmente óbvia sua natureza individual.

⁷² Aqui a situação pode-se apresentar de duas formas, já que o direito pode ter um único titular identificável ou pertencer, de modo conjunto, a um grupo de pessoas determinadas; no primeiro caso o objeto é divisível, enquanto no segundo é indivisível; o primeiro caso pode dar origem a um litisconsórcio simples, enquanto o segundo a um litisconsórcio unitário; o primeiro caso pode corresponder (se satisfeitos outros requisitos) ao que a classificação clássica enquadra como direitos individuais homogêneos, enquanto o segundo corresponde ao que esta mesma classificação define como direitos coletivos.

(embora não desejável) a divisibilidade das situações⁷³. No exemplo a.3 é igualmente possível, embora consideravelmente mais difícil, tendo em vista se tratar de grupo bem mais numeroso. Já nos exemplos a.4 tal identificação sequer é materialmente possível, pois, em primeiro lugar, a tomada de tais providências interessa à população que habita um certo raio geográfico que talvez sequer seja possível de delimitar com precisão, mas, ainda que fosse possível tal delimitação, os naturais processos de dinâmica populacional (nascimentos, mortes, mudanças *etc.*) fazem com que haja constantes alterações no grupo de pessoas afetadas. Conclui-se, portanto, que não cabe a determinadas pessoas a titularidade dos referidos direitos, mas sim a uma coletividade. Deve ser frisado que o que caracteriza estes dois últimos direitos como coletivos não é seu caráter indivisível, mas sim o fato de ser um grupo, e não pessoas identificáveis, seu titular;

b) descobre-se que uma determinada instituição financeira prevê, em contratos de financiamento imobiliário, determinada cobrança mensal dos seus consumidores, a qual, embora não seja ilegal em tese, passa a se revestir de abusividade a partir do momento em que o empreendimento imobiliário cuja unidade está sendo financiada encontra-se com sua entrega atrasada pela construtora: b.1) os diversos consumidores que realizaram referido contrato relativamente e empreendimentos cuja entrega esteja, de fato, atrasada, possuem direito (individual e divisível) a interromper tal cobrança e receber de volta o que pagaram indevidamente; b.2) em relação aos consumidores que assinaram contrato nos mesmos termos, mas relativamente a imóveis em que ainda não se encontra configurado atraso na entrega, há também direito (individual e indivisível⁷⁴) a que se obtenha o reconhecimento da impossibilidade de se efetuar a cobrança caso a obra venha a apresentar atraso em sua entrega; b.3) há ainda a existência de um direito (coletivo) a fazer com que referida instituição não mais preveja tal cláusula em seus contratos futuros. Nesta terceira hipótese, diferentemente das anteriores, não se pode apontar um indivíduo ou grupo determinável de indivíduos como titulares de tal direito, uma vez que se trata de medida que beneficiará um conjunto indefinido (e indefinível) de eventuais pessoas que podem vir a celebrar tais contratos.

Não se pode deixar de mencionar a inovadora proposta recentemente apresentada por Vitorelli (2016), que, apontando a insuficiência na mera indicação da sociedade como titular

⁷³ Se cada uma das atingidas optou por ajuizar uma ação individual de reparação, pode ocorrer que em alguns processos haja sentença de procedência reconhecendo a ocorrência da conduta ilícita, do dano causado e do respectivo nexo de causalidade, enquanto que em outros haja sentença de improcedência não reconhecendo qualquer ato ilícito.

⁷⁴ Indivisibilidade aqui deve ser entendida como indivisibilidade jurídica e não material. Pois, embora nada impeça que um único consumidor de um empreendimento obtenha, apenas para si, tutela que o previna de tal cobrança, a questão jurídica envolvida é una e comum a todos.

dos direitos transindividuais, foi buscar subsídios teóricos adequados na sociologia, acabando por propor uma nova classificação, em que se destacam os litígios transindividuais de difusão global (situações em que a lesão não atinge diretamente o interesse de qualquer pessoa específica, como no caso de um pequeno vazamento de óleo que não chegue a prejudicar ninguém de maneira mais palpável, sendo titular do direito em questão a sociedade, entendendo-se como tal o conjunto de todos os habitantes do planeta); os litígios transindividuais de difusão local (situações em que uma determinada comunidade, entendendo-se como tal um grupo coeso que tenha em comum laços de afinidade social, emocional ou territorial, é atingida de modo específico e grave, sendo ela portanto a titular do direito subjetivo); e litígios transindividuais de difusão irradiada (situações em que o litígio decorrente da lesão afeta diretamente o interesse de diversos segmentos sociais distintos, que muitas vezes possuem pretensões conflitantes, podendo-se identificar uma grande complexidade na composição do grupo titular de direitos, tanto por serem afetados em proporções distintas quanto por pretenderem soluções díspares).

Defende-se, portanto, uma classificação binária, não havendo espaço para um terceiro gênero, dos direitos (que serão, portanto, individuais ou coletivos), podendo ambos (os segundos, necessariamente, enquanto que os primeiros, desde que satisfeitas algumas condições) submeter-se ao denominado processo coletivo, que, a esta altura, já pode ser conceituado: trata-se de processo que tem por objeto direitos pertencentes à coletividade como um todo ou direitos individuais que, pertencendo, de forma divisível ou não, a um número considerável de indivíduos, sejam defendidos através da técnica de representação legal ou de substituição processual⁷⁵.

É de grande relevância, a propósito, a lição de Cunha, trazida por Talamini (2016), no sentido de que a legislação, ao prever a possibilidade de defesa concentrada dos direitos individuais homogêneos, acaba por agregar um verdadeiro direito de caráter transindividual a esta tutela, de modo que não pode ser vista como a simples soma dos vários direitos individuais envolvidos. Sintoma evidente disso seria a regra contida no art. 100 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que, na ação movida para a tutela de direitos individuais homogêneos, permite a execução, pelo autor da ação, dos valores que não foram

⁷⁵ No primeiro caso a origem é negocial, em que os indivíduos titulares do direito a ser debatido expressamente outorgam poderes a alguém (pessoa física ou jurídica, que pode ou não ser igualmente titular de direito) a representá-los na discussão judicial, litigando, portanto, em nome alheio, tratando-se de técnica em geral mais indicada para grupos menos numerosos; no segundo caso a origem é legal, em que uma norma do próprio ordenamento jurídico confere a alguém o poder de litigar, em nome próprio, na defesa de direitos de um grupo, com legitimidade extraordinária, tratando-se de técnica em geral mais indicada para grupos mais numerosos.

liquidados, em um ano após o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelos titulares individuais, o que indica a existência de um interesse coletivo nestes processos que ultrapassa os das pessoas especificamente lesadas.

Trata-se de reflexão de grande relevância e que não se encontra em conflito com a ideia aqui defendida no sentido de que tais direitos são em sua essência individuais, já que apenas se reconhece, com todo o acerto, que sua defesa de maneira concentrada se dá não apenas em favor dos indivíduos especificamente lesados, mas atendendo-se a interesses mais gerais da coletividade, o que está em harmonia com as ideias aqui defendidas.

Verifica-se, assim, que a delimitação da noção tradicional de direito subjetivo é uma importante premissa para a classificação aqui proposta. Ráo (2013) indica os seguintes elementos que constituem o direito subjetivo: sujeito (que pode ser um ente físico ou jurídico), formação e declaração da vontade, objeto, relação e proteção. Ao se analisar o desenvolvimento histórico do instituto verifica-se que se trata de uma criação do direito moderno, não estando presente no direito clássico romano, no qual, por sua vez, verifica-se as noções de *facultas agendi* e *normas agendi* que originaram a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo (REALE, 2002).

Entre as teorias que admitem sua existência destacam-se as concepções de Savigny (teoria da vontade, relacionando o direito subjetivo através da manifestação de vontade concretamente exercida pelo seu titular) e Jhering (teoria do interesse, que o relaciona à utilidade ou proveito que pode assegurar a seu sujeito ativo), com o surgimento de uma grande miríade de teorias mistas (RÁO, 2013). Embora predomine na atualidade a concepção que reconhece a existência de direitos subjetivos, tendo em vista que a falta de seu reconhecimento acabou por gerar regimes totalitaristas, não se pode deixar de mencionar que importantes teorias jurídicas negaram a autonomia deste instituto jurídico, destacando-se a doutrina de Kelsen (teoria normativista, segundo a qual o direito é composto apenas pelas normas, reconhecendo, portanto, somente o direito objetivo) e de Duguit (que reconhece a existência tão somente das regras de direito, que percorrem as vias do direito de modo a gerar situações de direito).

Traço marcante, portanto, da concepção tradicional de direito subjetivo consiste na necessidade de identificação de um titular, dotado de uma personalidade jurídica própria, que o exerça perante outras pessoas ou perante a coletividade. Esta relação de sujeição do sujeito passivo em relação ao sujeito ativo correspondente a uma relação jurídica, que, por sua vez, deriva de uma relação de fato ocorrida entre ambos, e que é composta pelos seguintes elementos: a) sujeitos; b) objeto (bem jurídico); c) conteúdo (utilidade que pode ser obtida);

d) ato ou fato jurídico (RÁO, 2013).

Mostra-se de grande relevância o ensinamento de Ferraz Júnior (2003) ao demonstrar que o conceito de direito subjetivo deve atender a finalidades pragmáticas, o que reforça a tese ora defendida no sentido de que nele se encontram abrangidas a tutela jurisdicional de situações em que não se pode identificar um sujeito ou grupo de sujeitos ativos:

A expressão direito subjetivo cobre diversas situações, difíceis de serem trazidas a um denominador comum. [...] Dada essa diversidade de casos, é possível opor, assim, a noção de direito objetivo às diferentes situações subjetivas, entendidas como posições jurídicas dos destinatários das normas em seu agir [...]. O que é preciso é analisar os diferentes usos dogmáticos da expressão, verificando as diversas situações ali imbricadas (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 149).

Percebe-se que a concepção aqui defendida enquadra-se, de certa forma, nas noções de eficácia reflexa e de direitos assubjetivados trazida por Miranda (1983):

Tanto no direito privado quanto no direito público, há a) direitos subjetivos, b) eficácia reflexa das regras jurídicas e c) direitos não-subjetivados, que são classe intermédia. Assim, A tem direito subjetivo a que o Estado o aliste como eleitor ou a que B lhe pague o seu crédito; A recebe vantagem (efeito reflexo) da execução da lei que se calçasse, no presente ano, a rua em que A tem seu prédio; A tem direito a por seu filho na escola pública, mas falta-lhe subjetivação do direito (MIRANDA, 1983, p. 199).

Portanto, seja por se tratar de situações nas quais, por não se mostrar possível a identificação de um sujeito ativo, não seriam enquadráveis na concepção tradicional de direito subjetivo, seja por se tratar de direitos que, embora se adequem a ela, surgem de modo massificado, aconselhando tratamento conjunto, em ambas as hipóteses estar-se-á diante de relação jurídica processual cujo desfecho apresentará impacto sobre uma quantidade considerável de pessoas que não a integram⁷⁶.

Visto que o processo coletivo pode ter por objeto tanto direitos individuais quanto direitos coletivos, é preciso ressaltar que nada impede que ambas as categorias sejam objeto de uma mesma relação processual, bastando, para isso, o preenchimento dos requisitos mínimos previstos no CPC para o cúmulo de pedidos⁷⁷, sem prejuízo de outros requisitos

⁷⁶ Muito embora a possibilidade de um provimento jurisdicional influir na esfera jurídica de quem não tenha integrado a respectiva relação processual já esteja presente na noção clássica do processo individual, o que distingue o processo coletivo é a grande quantidade de pessoas afetadas; trata-se de critério sujeito a uma inegável zona cinzenta de fronteira, que parece inevitável.

⁷⁷ “Art. 292. É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

específicos aplicáveis ao caso concreto, como por exemplo, no caso do processo coletivo, o fato de o demandante possuir legitimidade ativa para todos os pedidos formulados. É interessante observar por exemplo que, por vezes, um mesmo bem jurídico pode ser objeto de direito coletivo ou individuais, a depender da natureza da tutela jurisdicional pleiteada⁷⁸.

Vale ressaltar também que, ainda que se tratem de processos distintos, nada impede seu tratamento sob designação comum, desde que se conclua que se trata da melhor alternativa, ou seja, este tratamento conjunto representa maiores vantagens do que desvantagens. É exatamente este o entendimento adotado, conforme será melhor explicado. Assim, mostra-se adequado que se fale em um processo coletivo com os referidos contornos, desde que se tenha em mente que estão abrangidas duas realidades que, embora possuam vários pontos de convergência, são distintas, devendo receber tratamentos diferenciados em algumas hipóteses. Para concluir: o enquadramento, sob uma mesma modalidade, das duas realidades distintas que foram identificadas, mostra-se possível na medida em que se pode identificar traços comuns entre ambas, permitindo a incidência de um tratamento jurídico uniforme; ou seja, que compõem um mesmo sistema jurídico, sujeitando-se a uma mesma principiologia.

Contudo, embora se identifique, tal como Almeida (2003), um ramo autônomo do direito processual, ora denominado de direito processual coletivo, discorda-se da classificação, por ele proposta, em processo civil, penal e coletivo. Em primeiro lugar por apresentar falha metodológica insuperável, já que, tal como já visto em relação à classificação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos consagrada em nosso direito positivo, utiliza, simultaneamente, critérios classificatórios distintos, permitindo inadmissíveis sobreposições⁷⁹. Em segundo lugar porque, ao trabalhar com a mera bipartição do objeto em

§ 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário” (BRASIL, 1973, não paginado).

⁷⁸ É o que ocorre, quando, identificando-se que uma grande empresa prevê cláusula abusiva em seu contrato de adesão, pleiteia-se, simultaneamente, a supressão, nos contratos futuros, de tal cláusula (trata-se de direito que tem como titular a sociedade como um todo, pois não é possível identificar um indivíduo ou grupo de indivíduos como titulares exclusivos) e a invalidação dela nos contratos já firmados, com as consequências jurídicas e financeiras daí advindas (trata-se de direitos individuais, que pertencem, de modo divisível, a todas as pessoas que já firmaram contratos em tais condições).

⁷⁹ Assim, por exemplo, o que diferencia o processo civil do processo penal é a natureza do provimento jurisdicional pleiteado (no processo penal busca-se a aplicação de uma sanção penal, que na maioria das vezes consiste, ao menos *a priori*, em uma pena restritiva de liberdade, enquanto que o processo civil, compreenderia todas as demais espécies de provimentos jurisdicionais pretendidos), enquanto que o que diferencia o processo civil do processo individual seria a titularidade do direito subjetivo discutido (pertencente a indivíduos determinados ou a uma coletividade); ora, de acordo com o primeiro critério classificatório, o processo coletivo se uniria ao processo civil, extremado-se do penal; de acordo com o segundo, o processo coletivo aproximar-se-ia do penal, distinguindo-se do civil; na realidade, a natureza do provimento jurisdicional e a titularidade do direito discutido apresentam-se como critérios classificatórios, distintos, que podem dar origem a classificações próprias, sendo, portanto mais adequado falar, na verdade, de duas (dentre outras!) possíveis classificações: processo civil *versus* processo penal (em decorrência da

sua integralidade, desconsidera a existência de uma unidade superior e distinta das eventuais partes que contribuem para sua formação, indo, assim, na contramão do que se pretende através do desenvolvimento de uma teoria geral do processo, ou seja, a identificação de princípios gerais aplicáveis ao instituto do processo como um todo. A natureza do vínculo mais adequada que parece haver é no sentido de um conjunto geral do qual decorrem conjuntos específicos. Ou seja, deve-se raciocinar a partir da existência de um direito processual geral do qual se é possível extrair ramos específicos, desde que satisfeitos determinados requisitos aptos a lhes conferir autonomia. Em outras palavras: o processo coletivo parece estar melhor enquadrado como um subsistema localizado no interior do sistema de direito processual⁸⁰.

Para se confirmar a existência de um subsistema de processo coletivo, deve-se, portanto, seguir as seguintes etapas: a) delimitar seu objeto (o que foi feito por ocasião de sua conceituação); b) identificar a forma como ele é tratado pelo ordenamento jurídico (o que será feito através da identificação das normas jurídicas que o disciplinam no ordenamento jurídico em vigor); c) extrair, a partir delas, os princípios jurídicos que o informam; d) avaliar as consequências que a identificação destes princípios jurídicos tem sobre o tratamento jurídico da matéria, no sentido de suprir eventuais lacunas e resolver possíveis contradições⁸¹.

Existem, no entanto, duas premissas teóricas imprescindíveis ao desenvolvimento do raciocínio: a) a primeira, mencionada no parágrafo anterior, consiste na existência de um sistema de direito processual que abrange os princípios jurídicos comuns ao processo como um todo, independentemente de seu âmbito de aplicação, não obstante a possibilidade de se identificar subsistemas sempre que se perceba que determinada parte de seu objeto encontra-se regida por princípios específicos, sem prejuízo da incidência dos princípios gerais (neste sentido, pode-se falar em subsistemas de processo coletivo, penal, trabalhista, eleitoral *etc.*⁸²);

natureza do provimento jurisdicional pretendido); processo individual *versus* processo coletivo (a depender da titularidade do direito discutido).

⁸⁰ Adota-se aqui a concepção de Canaris (2012) segundo a qual, no interior de um sistema jurídico, pode-se identificar a presença de um subsistema específico desde que se individualize um objeto que, além de se sujeitar à principiologia do sistema no qual está inserido, obedece também a um conjunto de princípios próprios, não aplicável ao restante do mesmo sistema. Assim, identifica-se o sistema processual a partir do conjunto de princípios que o informam; se houver uma parte dele que, além de se sujeitar a tais princípios comuns a todo o direito processual, submeta-se ainda a um conjunto de princípios específico, pode-se considerar que esta parte constitui um subsistema. Como se sabe, é tradicional em nossa doutrina a menção a um microsistema de processo coletivo. Tal expressão também será usada, no decorrer do texto, como sinônima de subsistema no sentido aqui explicitado.

⁸¹ Conforme já esclarecido anteriormente, não se admite uma superioridade hierárquica *a priori* dos princípios sobre as regras, havendo, pelo contrário, uma posição de preponderância destas, de modo que uma regra prevista no ordenamento jurídico apenas pode ser afastada se em contradição com uma norma (regra ou princípio) constitucional.

⁸² Vale ressaltar que, diferentemente do que ocorre em relação a uma classificação, que, por sua natureza, não admite sobreposições ou resíduos, o funcionamento dos subsistemas não é incompatível com o

b) a segunda, que será melhor desenvolvida abaixo, consiste na noção do direito de ação enquanto direito abstrato e na atipicidade das tutelas jurisdicionais.

Não mais existe em nosso sistema uma tipificação de ações judiciais, já que se trata de direito genérico de levar ao judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. O que existe é, para algumas situações, a previsão de procedimentos específicos, a depender de alguns fatores, principalmente relativos à natureza da tutela buscada. Não se enquadrando em uma previsão específica, deve-se processar pelo procedimento ordinário. A rigor, não deveríamos denominar as ações, mas apenas chamá-las de demanda judicial; a prática de conferir-lhes denominações (ação de alimentos, ação possessória, ação de consignação em pagamento *etc.*) é uma reminiscência deste período anterior da ciência processual, consistindo em uma falha técnica que, via de regra, não gera maiores consequências práticas.

No processo coletivo, entretanto, existe uma preocupante tendência no sentido de se raciocinar a partir de uma inexistente tipificação de ações judiciais, ao se entender que existe uma espécie de ação denominada “ação civil pública”⁸³ que concentra as possibilidades da tutela judicial de direitos coletivos. O raciocínio deve ser feito a partir de uma correta leitura do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, inscrito no art. 5º, XXXV da Constituição Federal⁸⁴, que deve ser entendido no sentido de garantir os instrumentos processuais suficientes a uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos materiais reconhecidos pelo ordenamento jurídico, já que a inexistência de meio para tutelar adequadamente determinado direito acaba equivalendo, na prática, e excluí-lo da apreciação do Poder Judiciário.

Assim, identificada a existência de um direito material, sua defesa em juízo (que deve se dar, obviamente, por quem esteja devidamente legitimado a fazê-lo⁸⁵) deve abranger todos os meios necessários à sua efetiva promoção, abrangendo todas as naturezas de provimento jurisdicional (mesmo os atípicos), meios de prova (mesmo os não previstos) e mecanismos processuais (ainda que não mencionados na legislação), desde que não estejam em desacordo com o ordenamento jurídico, ou seja, que não sejam vedados por normas jurídicas, sejam

enquadramento simultâneo de um mesmo objeto em mais de um subsistema, desde que atenda aos respectivos requisitos, ou seja, esteja submetido, simultaneamente às respectivas principiologias específicas; um dissídio coletivo trabalhista, por exemplo, além de se sujeitar ao direito processual em geral, mostra-se também, enquadrável nos subsistemas do processo coletivo e do processo trabalhista.

⁸³ Há ainda quem defenda a existência de uma “ação civil pública” e de uma “ação coletiva”, ou mesmo quem argumente pelo uso de outras terminologias, tais como “ação civil coletiva” etc.

⁸⁴ “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988, não paginado).

⁸⁵ E, no processo coletivo, os princípios são exatamente os mesmos já consagrados no processo individual: a) qualquer pessoa tem direito a demandar judicialmente por seus direitos, a não ser que haja restrição prevista no ordenamento jurídico; b) no sentido oposto, uma pessoa apenas pode demandar judicialmente por direito que não seja seu caso possua autorização expressa prevista no ordenamento jurídico.

regras ou princípios.

Assim, o que existe é um direito genérico de acesso à justiça para a demanda de direitos coletivos, podendo ser solicitada qualquer espécie de tutela jurisdicional que se mostre adequada à satisfação do direito material lesado ou ameaçado. Em alguns casos, contudo, a natureza do pedido formulado faz com que haja a aplicação de um procedimento específico e/ou uma restrição no rol de legitimados ativos: é o que ocorre, por exemplo, em relação às demandas judiciais que têm por objeto a condenação de agentes públicos e terceiros por atos de improbidade e o controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos. Trata-se de mecanismo familiar ao nosso direito processual, existente também no processo individual.

Esclarecido tal ponto, pode-se, a partir de agora, passar à identificação das normas de direito positivo que, em nosso ordenamento, tratam do processo coletivo. A exposição seguirá um critério hierárquico-cronológico, mencionando-se, em primeiro lugar, as normas de natureza constitucional e em seguida as previstas na legislação infraconstitucional, as quais serão apresentadas de acordo com a ordem temporal em que entraram em vigor. Serão apresentadas apenas as normas de processo coletivo, não as que tratam do direito material coletivo (ou seja, as que preveem e regulamentam os direitos pertencentes à coletividade como um todo). A exposição também se restringirá às normas principais, que ajudam na configuração do nosso sistema de processo coletivo, abstendo-se de se mencionar aquelas de caráter secundário.

3.3.4. DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

A análise se iniciará com a exposição das normas constitucionais:

a) representação das associações: a Constituição Federal, prevê em seu art. 5º, XXI⁸⁶ a possibilidade de entidades associativas representarem judicialmente seus filiados desde que expressamente autorizadas a tanto. O dispositivo suscita algumas dúvidas. Em primeiro lugar, deve se saber se a necessidade de autorização expressa deve se dar individualmente por ocasião de cada demanda a ser ajuizada ou se ela é genérica, decorrente de seu próprio estatuto. Em segundo lugar, deve se saber se apenas podem ser beneficiados pela demanda judicial promovida pela associação os seus filiados ou se pode estender seus efeitos a outras pessoas que possuam situação semelhante. Em terceiro lugar, deve se saber se o referido

⁸⁶ “XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente” (BRASIL, 1988, não paginado).

dispositivo autoriza as associações a litigar em favor apenas de direitos individuais ou se inclui também os direitos coletivos. Para se responder tais questionamentos é preciso, inicialmente, fixar algumas premissas importantes: dado a sua natureza de norma jurídica suprema e geral a todo o ordenamento jurídico, por vezes a Constituição Federal não utiliza de forma técnica (ou seja, em sentido estrito), algumas expressões próprias de ramos específicos do direito, razão pela qual a hermenêutica constitucional utiliza, com maior peso, técnicas relacionadas à interpretação teleológica e sistemática; a Constituição Federal consagra normas mínimas de proteção a direitos, não representando qualquer contrariedade aos seus termos que a legislação infraconstitucional venha a consagrar proteção mais ampla, já que o que ela não pode fazer é excluir esta garantia mínima prevista no texto constitucional. Entender que o referido dispositivo exige autorizações específicas e individuais de cada associado por ocasião de cada iniciativa probatória significaria torná-lo completamente inútil, tendo em vista que o sistema de direito privado já admitia, há muito tempo, que uma pessoa outorgasse poderes a outrem para representá-la em juízo, de modo que ele deve ser interpretado como consagrador de legitimidade extraordinária para que associações ajam em favor de direitos de seus associados, desde que haja previsão estatutária neste sentido⁸⁷. Do referido dispositivo não parece ser possível extrair a possibilidade de atuação, pela associação, em favor de pessoa não associada ou mesmo de tutela de direitos coletivos. Isso não significa que tais possibilidades não possam ser previstas pelo legislador ordinário, mas apenas que não decorrem necessariamente deste dispositivo constitucional.

b) mandado de segurança coletivo: a Constituição Federal, consagra em seu art. 5º, LXX⁸⁸, a possibilidade de partidos políticos com representação no Congresso Nacional impetrarem mandado de segurança coletivo, bem como que entidades sindical, de classe ou associação legalmente constituída há pelo menos um ano também o façam, desde que no interesse de seus membros ou associados. Não obstante o mandado de segurança constituir-se em instrumento processual de utilidade cada vez mais duvidosa em nosso ordenamento jurídico⁸⁹, a regra em questão reveste-se de grande importância para o entendimento do

⁸⁷ Esta necessidade de previsão estatutária, decorrente da autorização expressa de que fala o texto constitucional, não se mostra atualmente aplicável, tendo em vista que, conforme se verá mais adiante, não é mais exigida pela legislação infraconstitucional, que pode perfeitamente trazer previsão de tutela de direitos mais ampla em relação ao mínimo garantido no texto constitucional.

⁸⁸ “LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados” (BRASIL, 1988, não paginado).

⁸⁹ A previsão generalizada da tutela de urgência é suficiente para tratar de forma adequada as situações que exigem uma pronta intervenção judicial para evitar perecimento de direitos; ademais, os casos que, por sua natureza (ausência de controvérsia fática ou desnecessidade de dilação probatória em razão da suficiência da prova documental para resolver as questões de fato existentes), não demandem instrução probatória já têm

sistema de processo coletivo, devendo ser interpretada de forma harmônica com a regra anterior. Não se pode ignorar, por outro lado, que as duas alíneas em que se divide o referido inciso tratam de objetos diferentes. Neste sentido, a alínea b deve ser tida como um complemento ao já mencionado inciso XXI, no sentido de consagrar, desnecessariamente⁹⁰, que os entes associativos podem também impetrar mandado de segurança em favor de seus associados. Muito embora o dispositivo se refira a três figuras aparentemente distintas (sindicato, ente de classe e associação), sua extensão é idêntica à do inciso XXI, que se refere apenas a associações, uma vez que se trata de conceito mais amplo, que abrange as demais figuras. Por outro lado, a alínea a é a que consagra o que se pode propriamente chamar de mandado de segurança coletivo, atribuindo aos partidos políticos legitimidade para a tutela de direitos coletivos, desde que possuam representação no Congresso Nacional. Não se pode entender que a legitimidade dos referidos entes ocorre apenas para a propositura de mandado de segurança, sob pena de se criar uma grave e insuperável contradição, já que, consistindo o mandado de segurança em uma das possíveis técnicas processuais de tutela de direitos, nada há que justifique uma restrição no sentido de se atribuir a determinado ente legitimidade para tutelas direitos apenas através de um instrumento, o que iria na contramão das demais normas constitucionais, como da inafastabilidade jurisdicional e do devido processo legal. Em razão disso, referido dispositivo deve ser lido como consagrador de regra que atribui aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional a legitimidade para a defesa de direitos coletivos.

c) ação popular: a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXIII⁹¹, prevê que qualquer cidadão é parte legítima para demandar em juízo para promover a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A possibilidade de qualquer pessoa litigar em favor de direito coletivo em princípio

previsão geral igualmente adequada, consistente no julgamento antecipado da lide. Em razão disso, a previsão de um procedimento específico destinado a tutelar direitos que possam ser demonstrados por prova pré-constituída parece consistir em uma excrescência que, se teve um importante papel histórico quando de seu surgimento, não representa qualquer utilidade em nosso sistema atual, apresentando, pelo contrário, graves dificuldades em justificar sua compatibilidade sistemática. Se qualquer situação que preencha os requisitos para o ajuizamento de um mandado de segurança pode também dar ensejo a uma ação ordinária, o que justifica a aplicação de regimes jurídicos diversos (intervenção do Ministério Público, regras específicas de competência, mandamento constitucional de prioridade de julgamento) a situações materialmente idênticas? O mero procedimento que o autor escolhe usar? Tais dificuldades revelam que o ideal seria a simples supressão de tal instrumento de nosso ordenamento jurídico, que restaria mais harmônico, sem qualquer prejuízo causado.

⁹⁰ Trata-se de uma decorrência necessária do inciso XXI, na medida em que a possibilidade de litigar em juízo em nome deles já compreende todas as medidas judiciais cabíveis, inclusive o mandado de segurança.

⁹¹ “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (BRASIL, 1988, não paginado).

decorre diretamente do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário⁹², já que, sendo ela integrante da coletividade detentora do direito subjetivo em questão, não pode ter vedada sua possibilidade de defesa de direito que também lhe pertence, de modo que o referido dispositivo deve ser lido como norma restritiva desta possibilidade. Ocorre que não se trata de uma restrição absoluta, já que ele faz referência a um instrumento processual específico (ação popular), que se diferencia pelo não recolhimento de custas pelo autor da ação, o que representa um relevante facilitador para o acesso à justiça, uma vez que a dificuldade financeira, gerada pelos altos custos das causas desta natureza, é um dos principais fatores de restrição à demanda por direitos coletivos. Portanto, o dispositivo em questão deve ser lido no sentido de permitir que o cidadão possa litigar sem o recolhimento de custas processuais (salvo se agir de má-fé) em favor de alguns direitos coletivos (patrimônio público, moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), desde que se restrinja a uma determinada espécie de tutela (constitutiva, consistente na anulação de ato lesivo a tais direitos), podendo defender os demais direitos coletivos, bem como usar as demais tutelas jurisdicionais, sem, no entanto, gozar do regime de gratuidade previsto para a ação popular. Repete-se aqui a advertência no sentido de se tratar de extensão mínima de proteção prevista no texto constitucional, não impedido a previsão de esfera mais ampla pela legislação, razão pela qual a apresentação sistemática dos institutos de processo coletivo apenas será possível após a análise das principais normas, constitucionais e infraconstitucionais.

d) legitimidade dos sindicatos: a Constituição Federal, em seu art. 8º, III⁹³, garante aos sindicatos legitimidade para defender judicialmente os direitos individuais e coletivos da categoria. Referida norma, ao ser analisada em conjunto com a cláusula constante no art. 5º, XXI, leva a se concluir no sentido de que, enquanto para as associações em geral o texto constitucional garante legitimidade extraordinária para a defesa dos direitos individuais dos respectivos associados, a condição dos sindicatos é diferenciada, por poderem, além disso, também demandar em prol dos direitos coletivos da respectiva categoria, ou seja, que não tenham sujeitos ativos determinados, o que gera o importante efeito no sentido de possibilitar que trabalhadores não filiados ao respectivo sindicato sejam afetados por demandas por ele ajuizadas. Portanto, a referida regra, ao se referir a direitos individuais e coletivos, ao mesmo tempo em que ratifica a condição de substituto processual do sindicato em relação aos trabalhadores da respectiva categoria (o que já decorreria do já mencionado art. 5º, XXI), lhe

⁹² Conforme será visto mais adiante, ao se tratar das regras de legitimidade ativa no sistema de processo coletivo.

⁹³ “III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (BRASIL, 1988, não paginado).

outorga a legitimidade para demandar em prol de direitos coletivos.

e) ação de impugnação de mandato eletivo: a Constituição Federal, em seu art. 14, § 10⁹⁴, prevê a possibilidade de se impugnar judicialmente, após a respectiva diplomação, sob o argumento da ocorrência de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. Trata-se de hipótese de tutela de um direito coletivo, qual seja, o direito a um processo eleitoral idôneo, de modo a fazer valer efetivamente o princípio democrático, possibilitando que a real vontade popular seja manifestada, do modo mais fidedigno possível, no resultado das eleições. Embora o objetivo seja o da tutela do referido direito, a técnica de que se vale o dispositivo em questão é restritiva, na medida em que prevê hipóteses taxativas para o cabimento da demanda judicial que vise a desconstituir um mandato eletivo. No caso de inexistência da regra em questão, a impugnação ao mandato eletivo continuaria sendo cabível, mas sem uma restrição nas suas hipóteses de cabimento, cabendo ao Poder Judiciário avaliar se a situação levada a seu conhecimento representava uma efetiva lesão ao respectivo direito coletivo. Trata-se de consequência inafastável do reconhecimento da existência de um direito coletivo a um processo eleitoral idôneo (o qual decorre do princípio democrático) conjugado com uma correta leitura do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, que sempre pode ser acionado para tutelar direitos, independentemente da previsão de uma “ação” específica, a qual passa a ser considerada como um direito abstrato.

f) ação de improbidade: a Constituição Federal, em seu art. 37, § 4^o⁹⁵, prevê a possibilidade de se aplicar determinadas sanções (suspensão de direitos políticos e perda da função pública) aos responsáveis pela prática do que denomina de atos de improbidade administrativa. O objetivo da referida norma é também o de se proteger um direito que pertence à coletividade, qual seja, o direito à correta gestão dos bens públicos, de modo a permitir que estes sejam destinados à sua finalidade correta, que deve estar ligada à satisfação do bem comum. Ocorre que, diferentemente do que foi visto no item anterior, a possibilidade de se aplicar tais sanções não é uma decorrência imediata do reconhecimento da existência de um direito coletivo à correta gestão dos bens públicos e da correta leitura da inafastabilidade da jurisdição. Se não houvesse previsão expressa no ordenamento jurídico não haveria a possibilidade de se obter tais medidas, de modo que a norma em questão não possui cunho restritivo. Isso está ligado à distinção, já apontada anteriormente, entre as duas possíveis

⁹⁴ “§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude” (BRASIL, 1988, não paginado).

⁹⁵ “§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (BRASIL, 1988, não paginado).

formas de se tutelar direitos coletivos: na ação de improbidade administrativa, assim como ocorre na ação penal (e em outros exemplos que podem ser colhidos no ordenamento jurídico), o objeto imediato do processo não está ligado diretamente à satisfação do direito coletivo que se busca tutelar, já que tal tutela acaba se apresentando como um efeito secundário, consistente na dissuasão da prática de condutas semelhantes. Ou seja, ao se buscar que um agente público que desviou para si recursos públicos não apenas recomponha o prejuízo gerado, ressarcindo o Erário, mas que também perca seu cargo e tenha seus direitos políticos suspensos, busca-se, com estas duas últimas medidas, para além de tutelar o direito lesado naquele caso concreto (o que se esgotaria com o ressarcimento) dissuadir a prática de novas condutas da mesma natureza. Trata-se, portanto, de uma técnica diferente de se tutelar determinado direito. Para fins didáticos, ela será referida daqui por diante como tutela sancionatória, que, por não decorrer automaticamente do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sempre necessita de previsão normativa específica.

g) controle concentrado de constitucionalidade: a Constituição Federal, em seu art. 102, I *a* e § 1^o, prevê os instrumentos que compõem o denominado controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam, a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tratam-se de processos através dos quais o Supremo Tribunal Federal (STF) aprecia, em tese, a compatibilidade de atos normativos com a Constituição Federal, o que, caso conclua pela incompatibilidade, implicará a supressão de tais normas do ordenamento jurídico, com a expressa possibilidade de se modular temporalmente os efeitos de tal decisão. A tripartição dos instrumentos está ligada a uma respectiva tripartição de suas funções: o primeiro teria por finalidade a declaração de inconstitucionalidade, o segundo visaria a declaração de constitucionalidade enquanto que o terceiro teria por objeto espécies normativas não abarcadas nos dos anteriores, em especial legislação municipal e legislação anterior à Constituição. Observando-se a forma como a matéria evoluiu em sua previsão normativa e tratamento jurisprudencial, conclui-se que o ideal seria uma previsão genérica de um único instrumento para a provocação de controle concentrado através do qual o STF concluiria pela compatibilidade ou não da norma questionada com o texto constitucional, aplicando as

⁹⁶ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
I - processar e julgar, originariamente:
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;
[...]
§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (BRASIL, 1988, não paginado).

consequências que disso decorressem. Trata-se de mecanismo com inspiração no direito europeu continental, que consagrou o modelo das cortes constitucionais (diferentemente do norte-americano, que possibilitou o controle de constitucionalidade por qualquer órgão do Poder Judiciário), embora o modelo brasileiro se apresente como o resultado de uma união entre ambos. O tema suscita controvérsia doutrinária, havendo quem defenda que a natureza da atividade de controle concentrado de constitucionalidade não é propriamente jurisdicional, mais se aproximando de uma atividade de cunho legislativo, já que não se estará solucionando propriamente uma lide, mas sim analisando, em caráter abstrato, um ato normativo. Mesmo dentre os que aceitam sua natureza jurisdicional (corrente majoritária atualmente no Brasil), não se verifica um entendimento pacífico quanto ao seu enquadramento em nosso sistema processual, no sentido de se saber se integra ou não o denominado processo coletivo. Considera-se o controle concentrado como integrante do processo coletivo, na conceituação acima delimitada, pois se trata de instrumento que tem por finalidade garantir o princípio da supremacia constitucional, o que representa um verdadeiro direito coletivo de todos, tratando-se, portanto, de meio de se tutelar um direito coletivo reconhecido em nosso ordenamento jurídico. Referido instrumento, no entanto, dada a natureza peculiar de seu objeto, recebe tratamento específico no texto constitucional, com a previsão de regra própria de competência e rol taxativo de legitimados ativos para a proposição da respectiva ação.

h) papel do Ministério Público: a Constituição Federal, em seu art. 127⁹⁷, prevê a existência do Ministério Público, com o papel de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Conforme já advertido, por vezes a terminologia constitucional não é tecnicamente precisa, o que demanda a utilização de técnicas hermenêuticas aptas a conferir ao dispositivo analisado harmonia em relação ao sistema, além de se preservar a finalidade pretendida. Em razão disso, deve-se entender que a expressão interesses sociais equivale aos direitos coletivos. Outro ponto objeto de expressa advertência foi no sentido de que o texto constitucional prevê um rol mínimo de garantias, o que em nada impede uma atuação do legislador no sentido de ampliá-lo; é exatamente o que ocorre com o Ministério Público, como se verá mais adiante, que, além de defensor dos direitos coletivos, recebeu também legitimidade extraordinária para a tutela coletiva de direitos individuais, independentemente de seu caráter indisponível. Observa-se que o texto constitucional, diferentemente do que fez em relação a outros legitimados para a tutela de direitos coletivos, não se limitou a atribuir ao Ministério Público a possibilidade de agir em

⁹⁷ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, não paginado).

sua defesa, apontando-o como o defensor, por excelência, de tais direitos. Isso tem um papel de grande relevância no sistema de processo coletivo, representando um interessante mecanismo de controle de representatividade adequada do legitimado ativo do processo coletivo⁹⁸. O instrumento utilizado pelo Ministério Público para a defesa judiciais de tais direitos é denominado de ação civil pública, conforme previsto no art. 129, III da Constituição Federal.

i) ação penal: a Constituição Federal, em seu art. 129, I, prevê que cabe ao Ministério Público, de forma exclusiva, promover a ação penal pública. Conforme já mencionado anteriormente, punir determinadas condutas consideradas como infrações mais graves às regras necessárias a uma boa convivência social consiste em uma evidente forma de se tutelar os direitos coletivos à observância de ditas regras, na medida em que uma das finalidades visadas com a aplicação de tal punição consiste, justamente, em gerar um efeito de dissuasão geral, fazendo com que as pessoas se vejam desestimuladas a infringi-las por terem o conhecimento de que alguma consequência negativa sofrerão caso o façam. A intervenção mais drástica que o nosso ordenamento constitucional permite que o Estado tenha sobre o indivíduo consiste na supressão de sua liberdade de locomoção, mediante a aplicação de uma pena restritiva de liberdade. A previsão das condutas que podem dar ensejo a tal consequência, bem como as regras relativas à sua aplicação constituem-se no objeto do direito penal, que, dadas as suas especificidades, possui um regime processual próprio, com regras e uma principiologia específicas, consistindo, tal como o processo coletivo, em um subsistema processual. Conforme também já explicado anteriormente, nada obsta que um mesmo objeto se enquadre simultaneamente em mais de um subsistema⁹⁹, o que dependerá da delimitação dos respectivos objetos, de modo que entre diversos subsistemas pode haver relações que vão desde a completa independência à total coincidência, passando pela formação de conjuntos secantes e concêntricos. É exatamente esta última hipótese que retrata a natureza da relação existente entre o processo coletivo e o processo penal, pois a totalidade do objeto deste encontra-se abrangida pelo primeiro, já que uma conduta apenas é tipificada como crime se contrariar os valores mais importantes da sociedade¹⁰⁰. O papel central ocupado pelo

⁹⁸ Diferentemente do que ocorre no sistema norte-americano, em que o processo coletivo possui uma fase específica na qual o Judiciário analisa se o autor da ação coletiva representa adequadamente a coletividade cujo direito será discutido, o legislador brasileiro optou por realizar tal controle mediante a presença obrigatória, em todo processo coletivo, de um ente universalmente legitimado à defesa de tais direitos, com o objetivo de suprir eventuais deficiências ou mesmo evitar fraudes, garantindo uma proteção adequada aos direitos discutidos.

⁹⁹ Neste caso o objeto deverá se submeter à principiologia de todos os subsistemas dos quais faça parte, devendo prevalecer, na hipótese de eventual conflito, aquela relativa ao subsistema que se mostre como mais específico em relação ao objeto.

¹⁰⁰ A existência de ação penal privada não invalida o que foi dito, pois o que faz com que o legislador opte por

Ministério Público na tutela dos direitos coletivos, mencionada no item anterior, é reforçado com sua atribuição exclusiva para a promoção da ação penal pública. Existe ainda, no art. 5º, LIX¹⁰¹, a previsão de uma regra de controle da atuação do Ministério Público, ao dispor a possibilidade do ajuizamento de ação penal privada no caso de não propositura da ação penal pública no prazo legal¹⁰².

j) papel da Defensoria Pública: a Constituição Federal, em seu art. 134¹⁰³, prevê a existência da Defensoria Pública, com o papel de promover judicialmente os direitos individuais e coletivos aos necessitados. Sua situação apresenta-se semelhante à dos sindicatos, pois lhe é conferida legitimidade para a proteção de direitos individuais e coletivos de um determinado grupo humano, qual seja, os do economicamente hipossuficientes, distinguindo-se das associações em geral, restritas, pelo texto constitucional, aos direitos individuais, e dos partidos políticos e Ministério Público, que não possuem restrição material quanto ao objeto de sua atuação.

Passa-se agora à análise de mais relevantes normas infraconstitucionais:

a) Leis 7.347/85 e 8.078/90: a primeira disciplina a ação civil pública (LACP), enquanto que a segunda, embora veicule o código de defesa do consumidor (CDC), traz em seu título III disposições de natureza processual aplicáveis ao processo coletivo em geral,¹⁰⁴ motivo pelo qual a doutrina costuma apontar que tais leis representam a nossa legislação ordinária quanto ao processo coletivo (BRASIL, 1985, 1990). Elas preveem a possibilidade de determinados antes demandarem em juízo para a defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos individuais. Podem demandar qualquer tipo de tutela jurisdicional que seja necessária à defesa dos referidos direitos, e não apenas a condenação ao ressarcimento de prejuízos causados¹⁰⁵. Os diplomas legais trazem um rol dos legitimados ativos (Artigos 5º da LACP e 82 do CDC), incluindo o Ministério Público, a Defensoria Pública, os entes

tal previsão não consiste no fato de se tratar de bem de interesse apenas do ofendido, mas sim a avaliação de que, a depender da natureza da situação, o risco de difusão dos fatos ocorridos pode causar transtorno ainda maior à vítima (o que a doutrina costuma chamar de *streptus fori*).

¹⁰¹ “LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal” (BRASIL, 1988, não paginado).

¹⁰² É interessante notar que o texto constitucional não confere legitimidade necessariamente à vítima para a ação penal privada subsidiária da pública, o que reforça o interesse coletivo existente no adequado funcionamento da tutela de direitos coletivos pela via do processo penal.

¹⁰³ “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988, não paginado).

¹⁰⁴ Art. 21 da LACP, incluído pelo art. 117 do CDC; além disso diversas outras alterações na LACP foram promovidas pelo CDC, conforme se pode conferir em seus artigos 110 a 116.

¹⁰⁵ Embora a hipótese mais restritiva conste no texto do art. 1º da LACP, o art. 81 do CDC prevê uma proteção mais ampla.

federativos e suas respectivas entidades de administração indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) e associações privadas constituídas há mais de um ano e em relação aos temas com os quais guardem pertinência temática. Percebe-se que o legislador ordinário traz uma ampliação em relação à disciplina constitucional, permitindo a defesa de direitos coletivos pelas associações privadas em geral. Embora não haja expressa menção aos partidos políticos, eles conservam sua legitimidade para a defesa dos direitos coletivos, seja em razão da expressa previsão constitucional, seja por se enquadrarem na concepção de associação privada em sentido amplo. São apresentadas as definições, já analisadas, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (Art. 81 do CDC) (BRASIL, 1990). Tal como ocorre na LAP, ambos os diplomas preveem a dupla função do Ministério Público, no sentido de acompanhar as ações ajuizadas pelos demais legitimados e eventualmente sucedê-lo (Artigos 5º, §§ 1º e 3º da LACP e 92 do CDC), corroborando o papel central desempenhado pela referida instituição no subsistema de processo coletivo. É previsto um mecanismo de controle de atuação do Ministério Público na defesa de direitos coletivos (Art. 9º da LACP), consistente na necessidade de submeter à homologação interna a decisão de arquivamento de procedimento investigatório, com a possibilidade de os demais legitimados apresentarem razões por escrito (BRASIL, 1985, 1990). Note-se que, diferentemente do que ocorre no processo penal, não há regras de controle sobre a eventual demora na propositura de medida judicial pelo Ministério Público, já que, diferentemente da esfera criminal, em que é o legitimado exclusivo, o processo coletivo pode ser instaurado por uma série de outros legitimados. Questão que se mostra interessante é a relacionada à definição dos efeitos da decisão de arquivamento de procedimento investigatório pelo Ministério Público, devendo-se concluir que, diferentemente do verificados no processo penal, em que sua reabertura fica condicionada ao surgimento de novas provas (Art. 18) (BRASIL, 1941), deve-se considerar que a decisão de arquivamento de um procedimento investigatório gera apenas os efeitos específicos em relação a ele, não impedindo posterior abertura de novo procedimento para investigar os mesmos fatos, seja pelo Ministério Público ou outro legitimado. O mecanismo de controle previsto sobre o ato de arquivamento promovido pelo Ministério Público deve ser entendido, então, como providência que se justifica em razão da grande relevância social de que em geral se revestem os fatos objeto do processo coletivo. Invertendo-se a regra geral do direito processual, pelo menos no que diz respeito às apelações, os recursos interpostos durante o processo coletivo não são dotados, em princípio, de efeito suspensivo, o qual pode ser concedido em hipóteses excepcionais (Art. 14) (BRASIL, 1985). No tocante à competência, é previsto o foro do local do dano, sendo que ele,

quando for de âmbito regional ou nacional, deverá ser o de alguma capital (Art. 93) (BRASIL, 1990). As regras legais não são muito claras a este respeito, mas, conforme apontado pela maior parte da doutrina, nas hipóteses de dano regional a ação deve ser proposta em alguma capital que tenha relação com o dano. Embora se trate de competência territorial, que pelo regime geral do processo civil é considerada relativa, no processo coletivo ela é tida por absoluta (Art. 2º) (BRASIL, 1985). Referida regra pode por vezes não se mostrar adequada, como nos casos de dano regional, afetando mais de um Estado, mais distante das respectivas capitais. As leis admitem o litisconsórcio, seja entre os diversos entes legitimados entre si (Art. 5º, §§ 2º e 5º) (BRASIL, 1985), seja entre tais entes e os indivíduos (Art. 94) (BRASIL, 1990). Os referidos diplomas contêm também o regramento acerca da coisa julgada no processo coletivo (Artigos 103 do CDC e 16 da LACP) (BRASIL, 1985, 1990): I) no processo que verse sobre direitos coletivos, a sentença via de regra faz coisa julgada no sentido tradicional previsto no CPC¹⁰⁶, mas, se for de improcedência por falta de provas¹⁰⁷, não faz coisa julgada material¹⁰⁸, possibilitando que qualquer legitimado ajuíze novamente a mesma demanda valendo-se de prova nova¹⁰⁹, sendo que na eventualidade de haver direitos individuais decorrentes do mesmo fato que foi objeto do processo coletivo¹¹⁰, a sentença de procedência proferida naquele aproveita a estes¹¹¹, enquanto que a de improcedência, independentemente da fundamentação, não lhes pode prejudicar; II) no processo que verse sobre direitos individuais, a sentença de procedência aproveita aos indivíduos titulares dos direitos discutidos (a não ser que eles tenham ajuizado ação individual e optado por prosseguir com elas mesmo após a ciência da existência do processo coletivo), mas no caso de improcedência via de regra não os prejudica¹¹² (a não ser em relação aos que tenham

¹⁰⁶ O texto legal usa as expressões *erga omnes* e *ultra partes* para se referir à coisa julgada das sentenças de procedência proferidas, respectivamente, nos processos que tenham por objeto direitos difusos e coletivos. Bem analisada a questão, conclui-se que, em ambos os casos, a coisa julgada se estende aos sujeitos titulares do direito material objeto do processo e que estão sendo substituídos processualmente pelo legitimado extraordinário autor demandado, o que em nada difere do regime de substituição processual comum previsto no art. 18 do CPC.

¹⁰⁷ Deve-se avaliar não apenas a parte dispositiva da sentença de improcedência, já que não existe, no art. 487 do CPC, ao contrário do que ocorre no processo penal, fundamentação específica para a improcedência por insuficiência probatória, devendo abranger sua fundamentação.

¹⁰⁸ É o que a doutrina costuma denominar de coisa julgada *secundum eventum probationis*.

¹⁰⁹ Na falta de restrição legal, deve-se entender que a nova demanda pode ser ajuizada novamente inclusive pelo ente legitimado que ajuizou a que foi anteriormente julgada improcedente por falta de provas; a prova nova não precisa necessariamente já estar produzida por ocasião do ajuizamento, já que pode, por exemplo, consistir em prova pericial ou testemunhal a ser produzida no curso do processo, devendo, neste caso, estar expressamente indicada na petição inicial.

¹¹⁰ Pense-se, por exemplo, na hipótese de dano ambiental causado pelo vazamento de produtos tóxicos por uma determinada indústria; além da lesão ao direito difuso ao meio ambiente, pode ocorrer, simultaneamente, que alguns indivíduos tenham sofrido danos específicos decorrentes deste mesmo fato.

¹¹¹ É o que a doutrina costuma denominar de transporte *in utilibus* da coisa julgada.

¹¹² É o que a doutrina costuma denominar de coisa julgada *secundum eventus litis*.

intervindo no processo coletivo como litisconsortes). Ainda em relação à coisa julgada, existe regra (Art. 16 da LACP) determinando que ela deve se restringir aos limites geográficos da competência territorial do órgão prolator da respectiva sentença. Tal regra, de utilidade prática duvidosa¹¹³ e constitucionalidade questionável¹¹⁴, ainda que lícita e eficaz apenas pode ser aplicada se o objeto do processo for divisível, permitindo o fracionamento de seus efeitos, o que ocorrerá apenas em relação aos direitos individuais que se apresentem de forma divisível.

b) Lei 4.717/65: regula a ação popular (LAP) prevista do já referido art. 5º, LXXIII da Constituição Federal. Em relação ao objeto (Art. 1º, §1º), amplia sua previsão, estendendo-a ao bens de valor artístico, estético e turístico, além da moralidade administrativa, meio ambiente e patrimônio cultural já mencionados na norma constitucional. Amplia-se também a possibilidade de tutela jurisdicional para incluir, além da anulação do ato lesivo, indenização pelo prejuízo eventualmente causado (Art. 12), dando a impressão de que esta medida poderia constar na sentença independentemente de pedido expresso, constituindo exceção ao princípio da demanda¹¹⁵ (BRASIL, 1965). A doutrina em geral também aponta a previsão de um litisconsórcio passivo necessário (Art. 6º) entre a(s) pessoa(s) física(s) responsável(is) pela prática do ato que se pretende anular e a respectiva pessoa jurídica, mas esta não parece ser a melhor solução. Qualquer demanda judicial deve ser proposta perante a pessoa cuja esfera jurídica possa ser afetada pela pretensão deduzida. Tendo a ação popular o objetivo de apenas anular determinado ato administrativo, a esfera jurídica afetada será a da pessoa jurídica que praticou o ato, e não da pessoa física que, na qualidade de agente público, materialmente o praticou¹¹⁶, motivo pelo qual apenas a primeira é que deve ser sujeito passivo de tal lide. Caso do ato reputado ilícito tenha decorrido efetivo prejuízo, este deverá ser arcado pelo agente público que o praticou (já que, ao praticar uma conduta ilícita, ele deixa de agir acobertado sob o manto do órgão público), de modo que, para obter tal condenação, deve o autor da ação dirigir sua demanda em face da(s) pessoa(s) que entenda responsável(is) pelo respectivo ato. A ação pode ser proposta por qualquer cidadão, admitindo-se a proposição em litisconsórcio por mais de um cidadão, bem como a intervenção de um cidadão como assistente na ação ajuizada por outro (Art. 6º, §5º). Não se consegue identificar claramente a distinção entre as situações que admitiriam litisconsórcio e assistência entre os diversos cidadãos. Se todos são

¹¹³ Pois houve aparente erro técnico, tendo o legislador ao que tudo indica confundido os conceitos de coisa julgada e eficácia subjetiva da sentença.

¹¹⁴ Já que referida regra acaba comprometendo princípios constitucionais, como os da igualdade e eficiência, indo na contramão da tendência de desenvolvimento do processo coletivo.

¹¹⁵ Embora seja esta a posição adotada pela maior parte da doutrina, não parece ser a mais adequada por ferir, sem justificativa razoável, um princípio basilar do direito processual.

¹¹⁶ Trata-se de consequência inafastável da teoria do órgão público desenvolvida pelo jurista alemão Otto Gierke e aceita de forma pacífica em nossa doutrina de direito administrativo.

igualmente legitimados ativos para a propositura da ação o mais correto parece que seja sempre o tratamento da complexidade subjetivo no polo ativo no âmbito do litisconsórcio, considerando-se ineficaz a previsão legal da assistência. Ao Ministério Público cabe papel de destaque, devendo: I) acompanhar todas as ações ajuizadas (Art. 6º, §4º)¹¹⁷, sendo intimado já desde a sua propositura (Art. 7º, I, a); II) suceder o autor originário da ação caso este venha a desistir ou der motivo à absolvição da instância (Art. 9º)¹¹⁸ (BRASIL, 1965). A primeira hipótese, de desistência, é mais fácil de compreender: feito o pedido deve o juiz, antes mesmo de ouvir a parte adversária, publicar edital e intimar o Ministério Público. No entanto, a segunda hipótese parece mais problemática. O termo absolvição de instância deve ser entendido como sinônimo de extinção do processo sem julgamento do mérito, pois era neste sentido utilizado pelo CPC que vigorava por ocasião da entrada em vigor da Lei da Ação Popular. Analisando-se as hipóteses de extinção do processo sem resolução de mérito atualmente previstas em nossa legislação processual (CPC, art. 485), conclui-se que algumas decorrem de conduta negligente de seu autor (Incisos I, II e III), enquanto outras independem de tal aspecto (BRASIL, 2015). O art. 9º da LAP é aplicável apenas nos primeiros casos. Embora a redação do dispositivo possa dar a entender que a atuação supletiva do Ministério Público (ou se qualquer outro cidadão) deve se dar após a absolvição de instância (extinção sem resolução do mérito), a utilidade da intervenção em tais circunstâncias restaria seriamente afetada, de modo que a melhor interpretação parece ser no sentido de determinar ao juiz que, verificando que a conduta do autor pode dar ensejo à extinção do feito sem resolução do mérito, publicar o edital e intimar o Ministério Público antes de proferir tal sentença, de modo que eventuais intervenções possam evitar referido desfecho.

A identificação das principais regras que disciplinam o processo coletivo brasileiro permite que se possa extrair os princípios que o informa. Duas advertências devem ser feitas neste momento: a) como subsistema que é, o processo coletivo encontra-se submetido aos princípios informadores do sistema no qual está inserido, qual seja, o direito processual, de modo que se buscará, aqui, a identificação apenas dos princípios específicos ao processo coletivo, evitando-se a menção de princípios que se referem ao direito processual como um todo, ainda que sua aplicação ao processo coletivo gere, como é natural consequências

¹¹⁷ Esta intervenção se dá a título do que se costuma denominar de atuação como fiscal da lei; posteriormente serão feitas algumas considerações em torno desta figura e do papel que desempenha especificamente no processo coletivo.

¹¹⁸ Tal possibilidade deve levar em consideração a formação da convicção do membro do Ministério Público, que atua com independência funcional e voltado ao interesse público, podendo concluir que este não restará atendido com a procedência da demanda, que pode, por exemplo, veicular lide temerária ajuizada em razão de propósitos escusos e no interesse pessoal de seu autor.

próprias¹¹⁹; b) será considerada a concepção já mencionada acerca da definição de princípios jurídicos, evitando-se o enquadramento, como tal, de normas que na verdade se apresentam como regras¹²⁰.

O processo coletivo, nas duas modalidades aqui identificadas (defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos individuais), caracteriza-se por tratar de direitos subjetivos que envolvem uma quantidade considerável de pessoas que não se encontram individualmente presentes na respectiva relação processual, o que é efetivado graças à utilização de técnicas específicas, mais especificadamente as da substituição processual e representação legal.

Portanto, sempre se tem a presença de um autor que ajuizou a ação pretendendo, na realidade, discutir direitos pertencentes a (uma grande quantidade de) terceiros, sendo este o traço que o caracteriza e daí advindo as peculiaridades que compõem o seu regime jurídico. É importante que não se perca isso de vista, pois a identificação do ponto que diferencia o processo coletivo do geral é imprescindível para se concluir acerca dos princípios que lhe são peculiares.

Neste sentido, observa-se a existência de dois princípios específicos ao processo coletivo:

a) princípio da indisponibilidade: ainda quando versem sobre direitos, em si disponíveis, como o processo coletivo caracteriza-se pela defesa de direitos que não pertencem ao seu autor, deve ser sempre visto sob a ótica da indisponibilidade, o que acarreta importantes reflexos sobre os poderes das partes (no sentido de diminuí-los) e do juiz (no sentido de aumentá-los);

b) princípio do interesse público: além do regime de indisponibilidade, que decorre do fato de se tratar de processo no qual o autor sempre defende direitos que não lhe pertencem e que tem como consequência uma diminuição dos poderes das partes a aumento dos poderes do juiz, o processo coletivo caracteriza-se também pelo fato de que os direitos que são objeto dele pertencem a uma quantidade expressiva de pessoas, o que acarreta importantes reflexos sobre sua relação com os processos individuais (no sentido de priorizá-lo em relação a eles).

¹¹⁹ Neste sentido, é comum ver a menção a princípios como os do “devido processo legal no processo coletivo”, “máxima instrumentalidade” e outros semelhantes.

¹²⁰ Neste sentido, por exemplo, a norma que veda o juízo de exceção consiste em uma regra, e não em um princípio, visto que apenas pode ser obedecida ou não, sem admitir ponderação.

4 DEMANDAS DE MASSA

Este derradeiro capítulo concentrar-se-á em um dos fenômenos que compõem o que se identificou como processo coletivo, qual seja, o da defesa coletiva de direitos individuais, o que recebeu em nosso direito positivo a denominação de direitos individuais homogêneos. Pode-se, portanto, afirmar que, enquanto a defesa concentrada (molecular) dos direitos individuais massificados se dá mediante a figura jurídica dos direitos individuais homogêneos, sua defesa diluída (atomizada) gera o fenômeno do processo repetitivo.

A técnica que permite sua defesa concentrada ganha especial relevância no momento atual, caracterizado por uma explosão das demandas massificadas, sendo este fenômeno o objeto do primeiro ponto que compõe o capítulo, no qual se avaliará de que forma a matéria é tratada em nosso sistema processual e, tendo em vista que a legislação em muitos pontos é omissa, quais as lições que podem ser extraídas da doutrina e jurisprudência a fim de se chegar a soluções adequadas e em harmonia com nossa ordem constitucional.

Em seguida será feita uma análise acerca da forma como o direito positivo brasileiro vem tratando tal movimento, ocasião em que se pretende demonstrar que existe uma indisfarçável tendência no sentido de se privilegiar a técnica individual para a tutela de tais direitos. Será demonstrado que tal tendência, que já era perceptível nas diversas reformas do CPC de 1973, já revogado, infelizmente não se alterou por ocasião do novo Código (Lei 13.105/15), que se mostrava como ocasião propícia à correção desta distorção.

Ainda neste segundo momento será realizada análise comparativa entre os dois modelos de judicialização de direitos massificados, buscando-se, a partir das normas existentes na legislação brasileira, avaliar em quais hipóteses cada um se mostra mais adequado, bem como sobre a possibilidade de eventuais restrições a algum deles.

Por fim, defender-se-á o processo coletivo como instrumento mais adequado à superação deste relevante desafio, sem se olvidar dos vários desafios presentes na promoção desta defesa concentrada. As noções acerca do paradigma pós-moderno, bem como sua repercussão sobre os institutos jurídicos do sistema e dos princípios serão imprescindíveis para o desenvolvimento dos pontos a seguir.

Serão, nesta ocasião, analisados alguns pontos de maior complexidade acerca da defesa coletiva de direitos individuais, que se mostram como entraves mais relevantes à obtenção de uma maior efetividade desta tutela, ocasião em que as questões serão analisadas com o objetivo de se buscar soluções consentâneas com o nosso sistema jurídico e aptas a garantir que a tutela jurisdicional cumpra sua finalidade.

4.1 CARACTERÍSTICAS

A sociedade pós-moderna é caracterizada por um marcante processo de massificação, no qual se verifica uma forte tendência no sentido da repetição massiva de situações individuais com iguais características. Quando esta “situação-tipo” acaba se tornando objeto de alguma controvérsia jurídica, as pessoas que tiveram, ou podem ter tido, seus direitos subjetivos violados acabam por buscar, em série, tutela jurisdicional mediante o ajuizamento de demandas individuais, contribuindo de modo decisivo para a sobrecarga de processos atualmente enfrentada pelo Poder Judiciário. A este fenômeno pode-se denominar de demandas repetitivas.

Neste sentido é a lição de Cunha (2013), que, apontando que o surgimento do processo coletivo serviu para possibilitar a resolução de problemas que não se enquadravam nas regras do processo individual tradicional, observa que, por outro lado, este novo instrumento não tem logrado êxito em impedir a explosão de demandas individuais massificadas, concluindo pela necessidade de se conceber um terceiro regime processual, ao lado do individual e do coletivo, que denomina de processo repetitivo.

Outra possibilidade ocorre quando esta possível lesão causada de modo repetitivo a uma grande quantidade de pessoas afete de maneira tão ínfima cada uma delas que não torne minimamente atrativo ou mesmo viável o ajuizamento de demandas individuais. Neste segundo caso o efeito negativo não se constitui no abarrotamento do Poder Judiciário, mas sim na consolidação de uma situação de injustiça, posto que estas múltiplas lesões, se são quase que insignificante para quem as sofre, acabam acarretando um lucro indevido considerado para o agente responsável por elas. A este fenômeno pode-se denominar de danos de bagatela.

Muito embora a defesa do processo coletivo sobre o individual possa se justificar em ambas as situações acima mencionadas, o presente capítulo se concentrará na primeira, que já é objeto de estudos mais profundos e detalhados no Brasil e tem sido o foco das principais inovações legislativas ocorridas no direito processual nos últimos anos. Para isso, deve-se desde logo assentar que a noção de demandas repetitivas com a qual se trabalhará é baseada na seguinte definição: trata-se de fenômeno social em que uma grande quantidade de demandas individuais, em face de algum ou poucos entes, questionam lesões a direitos subjetivos em que os pontos controversos jurídicos são comuns e os fáticos em regra inexistem, ou, quando existentes, não demandam dilação probatória.

A definição aqui sugerida será melhor explicitada a partir da análise de seus principais

elementos, quais sejam: a) grande quantidade de demandas individuais; b) um ou poucos demandados; c) questão jurídica comum; d) questão fática inexistente ou que não demanda dilação probatória.

4.1.1. NUMEROSIDADE

Não existe parâmetro previsto em nosso ordenamento jurídico que possa ser utilizado para que se considere existente o fenômeno do processo repetitivo, até mesmo porque não existe previsão desta figura no direito positivo brasileiro. A definição legal mais próxima, de direitos individuais homogêneos, que poderia ser utilizada como parâmetro, tampouco indica qualquer limite quantitativo, pois o art. 81, III da Lei 8.078/90 limita-se a apontar como tais os direitos individuais decorrentes de uma origem comum.

Outra norma importante para a questão é a prevista no art. 113, § 1º do CPC, que permite ao Juiz limitar o número de componentes do polo ativo em uma demanda com litisconsórcio voluntário quando verificar que a grande quantidade possa comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Embora também não haja um parâmetro quantitativo, verifica-se a previsão de hipóteses em que se pode limitar a formação de litisconsórcio, fazendo com que se busque outras formas de litigância, seja com a formação de demandas individuais paralelas com litisconsortes limitados à quantidade considerada limite no caso concreto, seja com a instauração de um processo coletivo.

A regra existente no art. 113, § 1º deve servir para, mediante a utilização da analogia (técnica de integração do ordenamento jurídico), chegar-se à conclusão de que, assim como pode haver a limitação do litisconsórcio quando comprometidos valores importantes a serem tutelados por meio do processo (efetividade da tutela jurisdicional ou direito de defesa), também pode haver a limitação dos processos individuais quando se encontre diante de situações em que tal havia acabe por comprometer pelo menos estes mesmos dois valores¹²¹.

A questão será analisada mais detidamente adiante, devendo-se registrar por ora apenas que, não obstante a inexistência de um critério quantitativo fixo para que se identifique a existência de processos repetitivos, isso deve ser analisado tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, considerando-se a ocorrência do aludido fenômeno sempre que haja comprovado comprometimento, pelo menos, à efetividade da tutela jurisdicional ou direito de defesa em razão do excessivo número de demandas individuais versando sobre a mesma

¹²¹ Mais adiante será analisada a possibilidade de extensão deste raciocínio para hipóteses em que outros valores além da efetividade do processo judicial e direito de defesa possam ser comprometidos.

questão.

4.1..2. CONFIGURAÇÃO SUBJETIVA

Passando-se ao segundo ponto da definição sugerida, observa-se que uma das características das relações jurídicas massificadas da sociedade pós-moderna (e que, em razão da explosão de litigiosidade que também caracteriza o período, acabam por gerar os processos repetitivos) consiste no fato de que a grande pulverização de atores envolvidos ocorre em apenas um dos lados da relação jurídica, havendo, do outro, configuração diametralmente oposta, já que se constituem por alguns poucos atores, sendo em geral o Poder Público e grandes empresas.

Assim, muito embora se reconheça a existência de uma série de peculiaridades existentes nos processos que envolvem entes públicos, com a existência inclusive de uma legislação específica, dando origem ao que parte da doutrina identifica como um ramo (ou, para utilizar a metodologia defendida ao longo do trabalho, um subsistema) específico do direito processual (CUNHA, 2007), pode-se concluir que existem também importantes traços comuns em relação à situação de outras pessoas jurídicas de grande porte que também se veem diante do fenômeno de grande quantidade de demandas pulverizadas de natureza similar, o que autoriza que ambas as situações possam ser tratadas sob a bandeira comum do processo repetitivo.

Observa-se ainda que o fenômeno da litigância repetitiva costuma apresentar uma configuração específica na formação dos polos de lide, com a grande pulverização de atores individuais figurando como demandantes e os poucos litigantes de grande porte ocupando os polos passivos.

Muito embora possam existir situações em que esta configuração inverta-se, com um litigante de grande porte necessitando ajuizar demandas similares em face de uma grande quantidade de indivíduos, não se trata da hipótese mais comum, o que pode ser explicado pelo fato de que estes atores de grande porte costumarem estar em considerável vantagem nas relações jurídicas firmadas, de modo que não precisam demandar com tanta frequência como a com a qual são demandados.

Sua necessidade de demandar de maneira massificada ocorre, na maioria das vezes, não para buscar o reconhecimento jurisdicional de seu direito (tutela cognitiva), mas sim sua efetivação prática (tutela executória), o que apenas reforça sua posição de supremacia em face dos indivíduos. São exemplos disso as ações de execução fiscal propostas pelo Poder Público

e ações de busca e apreensão de veículos ajuizadas por instituições que financiam a aquisição de tais bens.

O Poder Público, responsável pela produção do direito estatal¹²² e com a garantia da autoexecutoriedade de seus atos, dificilmente se colocará em situações nas quais necessite, de modo massificado, demandar seus cidadãos em Juízo em busca de tutela de natureza cognitiva, já que possui formas mais eficientes de ter seus direitos reconhecidos, recorrendo à via jurisdicional na maioria das vezes apenas para a realização de atos, que, por importarem constrição patrimonial, para os quais a intervenção do Poder Judiciário é imprescindível no regime constitucional brasileiro.

Processo semelhante ocorre com empresas de grande porte, que, se valendo de contratos de adesão e, muitas vezes, também de uma legislação e entendimento jurisprudenciais favoráveis, costumam realizar arranjos jurídicos de modo a fazer com que não precisem se valer do processo cognitivo de modo massificado, recorrendo com mais frequência ao Poder Judiciário para a efetivação de direitos já reconhecidos.

Como já dito, ainda que não seja a hipótese mais comum é possível sim que as demandas massificadas apresentem-se com sua configuração de polos invertida em relação à situação habitual, com o ajuizamento de demandas massificadas por um único demandante em face de diversos demandados. Embora não se trate do objeto do presente trabalho, vale apenas registrar que a solução para esta situação também pode ser buscada dentro do processo coletivo, já havendo desenvolvimento doutrinário considerável do que vem sendo denominado de ação coletiva passiva (DIDIER JÚNIOR, 2013).

Esta configuração (um dos polos, normalmente o ativo, formado por uma grande quantidade de litigantes individuais, em oposição a poucos litigantes de grande porte), inclusive, originou conhecida distinção nascida na doutrina (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) entre as figuras do litigante habitual e do litigante eventual.

Conforme acertadamente apontado pelos autores da referida doutrina, os litigantes habituais gozam de significativa vantagem sobre aqueles de natureza eventual em razão, principalmente, dos seguintes fatores: a) economia de escala possibilitada pela grande quantidade de causas, tornando o processo menos oneroso; b) melhores condições para desenvolver estratégias de defesa possibilitadas pelo macroplanejamento; c) desenvolvimento de relações informais com os órgãos da administração da justiça possibilitado pela habitualidade com que se envolvem em litígios; d) diluição dos riscos da demanda por uma

¹²² Não obstante a tendência apontada no Capítulo 2 no sentido de reforço do pluralismo jurídico, é inegável que o direito estatal ainda se apresenta como principal origem das normas jurídicas aplicadas e, em se tratando de relações jurídicas que envolvam o próprio Estado, é provável que se mantenha como única fonte.

maior quantidade de casos; e) possibilidade de testar amplamente as mais variadas estratégias com o objetivo de identificar qual a que se mostra mais eficiente.

A identificação destas vantagens inerentes ao litigante habitual constitui-se em fator de grande importância para que o Poder Judiciário, tendo em vista a aplicação do princípio da isonomia em sua acepção material, possa buscar mitigá-las na relação processual, possibilitando ao litigante eventual, na medida do possível, competir em situação de igualdade. Ocorre que esta mitigação nem sempre se mostrará viável, seja por ausência de previsão legal em várias situações, seja pelo risco de comprometimento da imparcialidade do órgão julgador, de modo que a utilização do processo coletivo acaba por também exercer o importante papel no sentido de fazer com que a lide ocorra entre dois litigantes habituais, fornecendo, em tese, melhores condições para os indivíduos envolvidos.

4.1.3. COMUNHÃO DE QUESTÃO JURÍDICA E SIMPLICIDADE FÁTICA

Para uma melhor análise das últimas características integrantes da definição proposta de processos coletivos, faz-se necessário, preliminarmente, um esclarecimento sobre o que se entende por questões de fato e questões de direito.

A parte que propõe uma demanda alega a existência de uma série de fatos, ligados tanto ao surgimento de algum direito subjetivo seu quanto à ocorrência de violação (ou ameaça) a este direito que motivou sua demanda, constituindo-se no que se costuma denominar de fatos constitutivos do direito do autor. Contudo, além destes pontos fáticos, sua argumentação também busca defender o enquadramento da situação narrada em normas jurídicas que garantem o direito subjetivo que alega possuir, de modo que sua demanda encontra-se baseada em pontos fáticos e jurídicos.

Por sua vez, a parte demandada, ao se defender, pode apresentar argumentos tanto fáticos quanto jurídicos, dando origem a uma série de variáveis. Em relação à matéria fática, pode negar a ocorrência de algum fato afirmado pela parte autora ou afirmar que ele se deu de forma diversa; em ambas as hipóteses, estará criando uma controvérsia sobre aquele ponto fático, que, desta forma, passará a ser considerado como uma questão (utiliza-se, portanto, o termo questão para se referir aos pontos controversos entre as partes). Pode também afirmar a existência de outro fato, sobre o qual a demanda foi omissa, abrindo-se a possibilidade deste fato ter sua ocorrência ou forma questionadas em réplica, podendo também constituir-se como ponto fático controverso (ou questão fática) naquela relação processual. Em relação à matéria fática, pode o demandado pleitear a inaplicabilidade, no caso concreto, da norma jurídica

pretendida pela parte adversária, desenvolvendo sua argumentação para demonstrar os motivos pelos quais entende que a norma adequada ao caso é, na verdade, outra.

Este esquema pode apresentar-se em suas mais variáveis possibilidades, podendo haver demandas com controvérsias apenas jurídica, apenas fática, jurídica e fática ou com nenhuma das modalidades. A ausência de controvérsia fática enseja o julgamento antecipado da lide em razão da desnecessidade de atos de instrução probatória (CPC, art. 355), enquanto que sua presença demanda que as partes produzam as provas necessárias à demonstração de suas alegações, observadas as regras que regem a distribuição deste ônus no curso do processo (BRASIL, 2015). Já em relação à controvérsia jurídica, a doutrina mais tradicional, baseada no princípio do *juris novit curia*, costuma entender que não possui maiores repercussões sobre o processo, pois, diante da ampla liberdade de enquadramento jurídico, pelo órgão julgador, dos fatos alegados pelas partes, acaba sendo indiferente a existência de controvérsia entre elas sobre o enquadramento normativo. É inegável, no entanto, que o Novo CPC trouxe importante mudança em relação a este tradicional entendimento ao vedar (art. 10) que o juiz decida com base em fundamento jurídico sobre os quais as partes não tenham se manifestado, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sobre a qual deva decidir de ofício (BRASIL, 2015).

O CPC não traz em seus dispositivos, o que seria até mesmo desnecessário, definições acerca das noções de questões de fato e questões de direito; no entanto, elas são utilizadas em vários pontos de grande relevância, revelando que se trata de lógica que norteia de modo decisivo de todo o sistema processual.

Veja-se alguns exemplos: a) o compartilhamento de um ponto de fato ou de direito autoriza a formação de litisconsórcio (art. 113, III); b) a contestação deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam a defesa do demandado (art. 336); c) a ausência de questão de fato enseja o julgamento antecipado da lide (art. 355, I); d) a complexidade das questões de fato ou de direito autoriza a apresentação de alegações finais por meio de memoriais (art. 364, § 2º); e) a sentença deve especificar os fundamentos de fato e de direito em que se fundamenta (art. 489, II); f) o recurso de apelação pode trazer os fundamentos de fato e de direito em que se embasa (art. 1.010, II).

Contudo, a doutrina mais recente tem passado a questionar a validade desta clássica distinção existente no sistema processual, apontando a impossibilidade de se separar o mundo fático do jurídico. Conforme ressaltado por Silva (2013, p. 13):

Levar essa diferença entre questões de fato e questões de direito adiante seria

desconsiderar o giro linguístico e acreditar na existência de um mundo real sem mediação da linguagem. Não é possível conhecer os fatos em um processo judicial sem já entendê-los em suas relações com os direitos. Portanto, eu sugiro que abandonemos a dicotomia entre questões de fato e de direito, na linha do giro linguístico.

Embora o alerta seja importante, deve-se ressaltar, por outro lado, que a distinção entre “questões de fato” e “questões de direito” não reflete necessariamente uma tentativa de se identificar um mundo jurídico fora da faticidade (o que se mostraria realmente impossível, à luz dos avanços trazidos pelo giro linguístico), tratando-se, simplesmente, de uma classificação, concebida no âmbito da dogmática jurídica, que tem por finalidade a solução de problemas existentes na prática jurídica, devendo, portanto, ser considerados, ambos, como conceitos eminentemente jurídicos.

E isso pode tanto significar que o conceito de fato e o conceito de direito enunciados nesses institutos são ambos *conceitos jurídicos*, em tudo equiparáveis, intencional e metodologicamente, a todos os outros conceitos jurídicos definidores dos elementos integrantes das “hipóteses” legais, dos tipos objectivados pelas normas positivas – tão jurídicos, portanto, como os conceitos de “promessa”, de “subtração”, de “coisa”, de “prestação”, de “dolo”, etc., os quais, qualquer que seja o substracto metajurídico assimilado, possuem, como elementos que são de um positivo pensamento normativo, um sentido e um conteúdo especificamente jurídicos. Como pode significar ainda que eles são tão estritamente jurídicos como as determinações normativo-conceituais em que o pensamento jurídico oferece elaboradas as sínteses da sua apreensão e integração do direito positivo – tão dogmático-jurídicos como os conceitos de “facto delituoso” e “ilicitude criminal”, de “facto ou acto jurídicos” e “validade negocial”, etc., distinções todas elas a nunciarem não algo de lógica e epistemologicamente absoluto, mas algo de normativa e juridicamente particular. O “facto” e o “direito”, a “matéria de facto” e a “matéria de direito”, a “questão de facto” e a “questão de direito”, são, pois, nesta perspectiva, conceitos cujos conteúdos significativo e objectivo-intencional – p. ex., aqueles que respectivamente lhes correspondem nos problemas do erro, do recurso de revista e da competência do tribunal coletivo – têm o seu fundamento e critério decisivos nas directas intenções normativas do direito positivo, e unicamente nelas. São conceitos determinados *juridicamente - no seio do direito e pelo direito* (NEVES, 1995, p. 498-499).

Portanto, vista a atualidade da distinção (dogmática) entre questões de fato e de direito, resta esclarecer de que modo referidas noções contribuem para a definição de demandas repetitivas.

Tais processos caracterizam-se, no aspecto jurídico, por veicularem uma controvérsia comum a todos. Assim, muito embora tratem-se de relações jurídicas autônomas entre si, o fato de possuírem os mesmos elementos (com alteração apenas na identidade de, pelo menos, uma das partes) faz com que a norma jurídica aplicável ao caso seja a mesma. Um dos aspectos negativos na judicialização pulverizada destas demandas é, exatamente, o constante risco de quebra de isonomia, com soluções díspares para pessoas que se encontram em

situações similares. Ora, a necessidade de uma solução idêntica para todos os casos, de modo a preservar a isonomia, consiste em uma clara consequência do fato de a questão jurídica ser comum a todas essas demandas.

Já no que tange ao aspecto fático, vale ressaltar que os processos repetitivos caracterizam-se, em geral, pela ausência de controvérsia a tal respeito, ou, quando existente, pelo fato de ela ser bastante pontual e prescindir de dilação probatória. Não se trata, é importante advertir, de característica inerente à essência dos processos repetitivos, mas de mera constatação de que, sendo tais processos uma decorrência da própria massificação das relações sociais e jurídicas, não há espaço suficiente para formar realidades de tal modo individualizadas que admitam maiores controvérsias sobre os fatos ocorridos ou que necessitem de algo além de exames documentais para sua solução. Tratam-se, portanto, de processos que, por não necessitarem de dilação probatória, admitem, via de regra, o julgamento antecipado da lide.

4.2. IMPACTOS SOBRE O PODER JUDICIÁRIO

Vistos os elementos que constituem a definição de demandas repetitivas aqui defendida, deve-se agora analisar melhor os impactos que referido fenômeno acarreta sobre o Poder Judiciário brasileiro.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem mostrando grande preocupação com o fenômeno e capitaneando iniciativas importantes com o objetivo de entendê-lo e estudar modos de superá-lo. Vale ressaltar, neste sentido, o relatório Justiça em Números, atualmente em sua décima edição¹²³, que vem sendo publicado anualmente e se constitui no mais completo diagnóstico da situação da Justiça brasileira.

Conforme se depreende de sua apresentação:

Os dados constantes do Relatório Justiça em Números são a principal fonte estatística que o CNJ e os tribunais utilizam para sua atuação institucional. As informações sistematizadas e analisadas possibilitam um conhecimento amplo do Judiciário, capaz de fomentar medidas de integração, redução das disparidades regionais, bem como considerações sobre as especificidades dos desafios a serem enfrentados por cada ramo judicial no aprimoramento da prestação jurisdicional.

[...]

Os desafios do acesso à justiça amplo e democrático somado às exigências constitucionais de celeridade e qualidade ficam evidenciados no quantitativo de ações que tramitam e ingressam no Poder Judiciário brasileiro a cada ano. Assim, os dados do Poder Judiciário brasileiro estão abertos às demais instituições, à crítica acadêmica e à análise pública para a realização cooperativa e compartilhada dos

¹²³ Edição de 2014, tendo como ano-base 2013.

objetivos republicanos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que garanta o desenvolvimento nacional, reduza as desigualdades sociais e regionais e promova o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer outras formas de discriminação (Constituição Federal, art. 4º) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 5).

O relatório, que é normatizado na resolução 76/2009 do CNJ, tem como base de dados que possibilita sua realização o Sistema Estatístico do Poder Judiciário (SIESPJ), o qual, por sua vez, recebe, em uma formatação padronizada, informações dos 91 tribunais¹²⁴ que compõem o Poder Judiciário brasileiro, as quais são classificadas nas seguintes categorias:

I – Insumos, dotações e graus de utilização:

- a) Receitas e despesas;
- b) Estrutura;

II – Litigiosidade:

- a) Carga de trabalho;
- b) Taxa de Congestionamento;
- c) Recorribilidade e reforma de decisões;

III – Acesso à Justiça; e

IV – Perfil das demandas.

Tais dados são submetidos a uma série de análises, que, por sua vez, permitem a construção de indicadores que buscam refletir, sob diversas perspectivas, o estado atual do Poder Judiciário. Referidos indicadores encontram-se definidos nos anexos da já mencionada resolução 76 do CNJ, dividindo-se entre indicadores de insumos (os quais, por sua vez, se subdividem entre os de recursos financeiros, recursos humanos e recursos materiais), estrutura, litigiosidade, acesso à justiça e tempo do processo.

Os indicadores de recursos financeiros, em um total de trinta e quatro, têm por principais finalidades medir a despesa total de cada tribunal, comparando-a em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) do respectivo Estado e à respectiva despesa pública; pretende também mensurar as demais despesas correntes e despesa com recursos humanos, comparando-a à respectiva despesa total; almeja medir ainda a despesa total da Justiça por habitante, bem como a despesa média por magistrado, servidor e estagiário. Já os de recursos humanos por sua vez, em um total de quarenta e quatro, têm como principais vertentes a aferição da quantidade de magistrados e servidores atuando no país e quantidade de vagas não providas, comparando o quantitativo por grupo de 100 mil habitantes. Por fim, os cinco

¹²⁴ STF, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Superior Tribunal Militar, 5 Tribunais Regionais Federais, 24 Tribunais Regionais do Trabalho, 27 Tribunais Regionais Eleitorais, 3 Tribunais de Justiça Militar e 27 Tribunais de Justiça.

indicadores de recursos físicos visam dimensionar sobretudo a quantidade de equipamentos por servidores e a área útil dos prédios ocupados.

No tocante aos indicadores de litigiosidade, faz-se uma distinção entre os de litigiosidade de segundo grau (vinte e um), de primeiro grau (quarenta e quatro), de turma recursal (dezoito) e de juizado especial (trinta e sete), destacando-se as medições relacionadas à quantidade de casos novos e de casos pendentes, bem como de processos baixados e sentenças proferidas, o que permite a avaliação da carga de trabalho, tanto total quanto a líquida, e da taxa de congestionamento, também total ou líquida; outros indicadores relevantes são o índice de atendimento à demanda (média de processos baixados por caso novo) e os relacionados à recorribilidade interna e externa.

Os três indicadores de acesso à justiça têm por objeto aspectos relativos à assistência judiciária gratuita, procurando indicar tanto o reflexo de seus gastos sobre a despesa total da justiça e grupo de 100 mil habitantes quanto a quantidade destes processos anualmente arquivados.

Já em relação ao tempo do processo, procura-se medir, nos diversos indicadores (cinco para processos em segundo grau, oito para processos em primeiro grau, cinco para turmas recursais e oito para juzizados especiais), busca-se medir o tempo de tramitação tanto da fase de conhecimento quanto da execução, além do tempo médio para cada tipo de provimento jurisdicional, convergindo todos estes indicadores para a formação do indicador do tempo total do processo.

O principal produto obtido a partir de tais indicadores consiste no Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus), o qual busca comparar os recursos (ou insumos) recebidos por cada tribunal com os resultados (ou produtos) obtidos, de modo a avaliar sua respectiva eficiência. Os insumos foram classificados em exógenos (ligados às demandas ao Poder Judiciário, tanto em casos novos como em casos anteriores ainda pendentes de julgamento) e endógenos (divididos em recursos financeiros e recursos humanos existentes), enquanto que os produtos são dimensionados a partir da quantidade de processos baixados no período pesquisado.

Sendo assim, o modelo do IPC-Jus considera o total de processos baixados com relação ao total de processos em tramitação, o quantitativo de magistrados e servidores (efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo) e a despesa total do tribunal (excluídas as despesas com pessoal inativo).

Como resultado da aplicação do modelo DEA, tem-se um percentual, que varia de 0 (zero) a 100%, revelando que, quanto maior o valor, melhor o desempenho da unidade, pois significa que ela foi capaz de produzir mais (em baixa de processos) com menos recursos disponíveis (de pessoal, de processos e de despesas). Essa é a medida de eficiência do tribunal, também aqui denominada por IPC-Jus.

Adicionalmente, ao dividir o total de processos baixados de cada tribunal por seu respectivo percentual de eficiência alcançado, tem-se a medida do baixado ideal (ou target), que representa quanto o tribunal deveria ter baixado para alcançar a eficiência máxima (100%) no ano-base (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 27).

Em linhas gerais, o relatório aponta que, em 2013, a despesa total do Poder Judiciário (R\$ 61,6 bilhões, equivalendo a 1,3% do PIB nacional, ou R\$ 306,35 por habitante) aumentou 1,5% em relação ao ano anterior, tendo havido, por outro lado, arrecadação de receitas no montante de R\$ 34 bilhões (aumento de 37,7% em relação a 2012). Quanto aos recursos humanos, teve em sua composição 16.419 magistrados, sendo 13.841 (84%) com atuação em primeira instância.

Em relação à litigiosidade, percebeu-se um crescimento em patamar mais acentuado do que o relativo aos recursos humanos e receitas, já que se percebeu a tramitação 3,3% mais processos a mais do que no exercício antecedente, sendo 1,2% de casos novos e 4,2% de casos pendentes dos anos anteriores, tendo havido aumento no número de processos baixados em apenas 0,1%. No período analisado tramitaram na Justiça 95,14 milhões de processos, 70% dos quais remanescentes de anos anteriores. Ao se comparar com relatórios precedentes, verifica-se a continuidade de uma tendência de crescimento anual médio de 3,5% do acervo de processos, o que acarretou, apenas de 2009 a 2013, aumento, em números absolutos, de 12 milhões de feitos em tramitação. Outra preocupante tendência consiste no fato de que, desde 2010, a quantidade de processos baixados tem sido invariavelmente inferior à de novos casos, o que se mostra refletido nas quedas que têm ocorrido tanto no Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) quanto no Índice de Atendimento à Demanda (IAD).

Estes processos em tramitação encontram-se concentrados, principalmente, em primeira instância (85,7 milhões de feitos, equivalendo a 90,1% do total). Verifica-se também que a Taxa de Congestionamento no ano foi de 71%, o que significa que para cada 100 processos que tramitaram em 2013, apenas 29 baixados no mesmo período. Analisando-se, por exemplo, os dados relativos à tramitação de processos em primeira instância, constata-se que eram 56,01 milhões no início de 2013, no decorrer do qual houve o ingresso de 17,27 milhões de novos casos e a baixa de 16,87 milhões (com 14,97 milhões de julgamento), de modo a se alcançar um saldo, no final do período, de 56,41 milhões de processos.

Nas considerações finais do relatório fica expressamente consignada a preocupação com o congestionamento de processos e a necessidade de se pensar em medidas para solucionar tal problema:

E o que é possível concluir dos números da Justiça acumulados nesta década? Ao

longo de todo este tempo, quase todas as leituras das estatísticas judiciais redundaram em diagnósticos de crise, em especial pelo nível de congestionamento das cortes, ensejando prognósticos ora de reforma legislativa, ora de intensificação do planejamento e da gestão processual e estratégica. Nessa curta história das pesquisas empíricas de mais larga escala sobre o Poder Judiciário e acerca de seu funcionamento, tais prognósticos têm gerado ações políticas e repercussões administrativas merecedoras de reconhecimento público.

[...]

Portanto, deve-se persistir na busca de soluções. Mesmo que há dez anos se identifiquem os mesmos gargalos, o Poder Judiciário está atento ao que pode ser feito. Além da já conhecida estabilidade do congestionamento do Judiciário, este relatório traz novas evidências que devem ser foco de olhares atentos dos gestores deste Poder. Os números da Justiça em 2013 revelam que os processos pendentes de julgamento continuam crescendo no último quinquênio, com aumento de 58,9 milhões em 2009 para 66,8 milhões de processos em 2013. Isso significa que os estoques de processos se ampliaram, mesmo tendo havido redução do ritmo da litigiosidade com o inédito percentual de 1,2% entre 2012 e 2013. Para se ter ideia do que isso significa, em anos anteriores o crescimento do número de casos novos já alcançou os 9% (de 2010 para 2011) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2014, p. 392).

Em novembro de 2010 a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo publicou, sob coordenação das professoras Daniela Monteiro Gabbay e Luciana Gross Cunha, relatório de pesquisa denominado “Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções préprocessuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça”, na qual foram selecionados casos de demandas repetitivas na Justiça Federal (direito previdenciário: “desaposentação”) e Estadual (direito do consumidor: contratos bancários) para que fossem objeto de estudo qualitativo com maior profundidade, de modo a se chegar a propostas para o melhor enfrentamento dos problemas gerados pelos processos repetitivos (GABBAY; CUNHA, 2010).

Foram cinco as principais questões que nortearam a pesquisa: a) quais são as causas de aumento da litigiosidade nos tribunais brasileiros? b) qual é o papel que as demandas repetitivas têm no aumento da litigiosidade? b) qual é o perfil destas demandas e as suas causas mais comuns? d) como estas demandas são gerenciadas pelo Judiciário e fora dele? e) quais são as possíveis soluções e filtros (préprocessuais, processuais e gerenciais) para estas demandas?

Consequentemente, também foram cinco as hipóteses das quais a pesquisa partiu: a) existe uma correlação forte entre aumento de litigiosidade, volume de processos e demandas repetitivas; b) o aumento de litigiosidade, volume de processos e demandas repetitivas são provocados por fatores internos e externos ao Poder Judiciário, sendo que leis materiais, planos e políticas econômicas, questões tributárias, práticas de gestão empresarial, políticas públicas e de gestão administrativa podem ser indicadas entre os fatores externos; c) essas

demandas são recepcionadas pelo Judiciário e seu gerenciamento produz impacto no processamento dos casos, constituindo os fatores internos que geram morosidade judicial, ao lado de outros de gestão e organização judiciárias; d) a identificação e análise desses fatores externos e internos que impactam na litigância e na morosidade judicial constituem um pré-requisito para a propositura e implementação de soluções efetivas que atuem no âmbito préprocessual, processual e gerencial; e e) essas soluções passam necessariamente pela existência de filtros que incidam em diferentes momentos, desde o surgimento do conflito, passando pelo seu gerenciamento fora e dentro do Judiciário, até a sua judicialização e seu processamento no interior do sistema.

Os dados extraídos junto aos três tribunais pesquisados - Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) e Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), permitiram identificar o grande peso que as demandas repetitivas atualmente possuem sobre a movimentação processual da Justiça brasileira. Constatou-se, por exemplo, que 35,44% do total de processos do TJSP e 64,58% do TJRS tratam de contratos bancários, e que 21,57% do acervo do TRF3 é formado por causas em que se discute a desaposentação, sendo ambos temas que reúnem as características necessárias ao seu enquadramento como demandas repetitivas (GABBAY; CUNHA, 2010).

Após detalhado estudo de caso das duas matérias eleitas, o que incluiu levantamento de dados de vários julgamentos, estudo da legislação pertinente e entrevistas com diversos atores envolvidos, chegou-se a uma série de medidas que poderiam ajudar na solução do problema existente, as quais foram apresentadas para cada um dos casos estudados, podendo ser assim sintetizadas:

a) Previdenciário: revisão de normas administrativas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); incremento de recursos materiais e humanos do INSS para melhor atendimento à população; soluções consensuais (processuais e préprocessuais); dispensa de litigiosidade e recorribilidade por parte do INSS; projeto de redução de demandas; **mecanismos processuais de racionalização do julgamento de demandas repetitivas**; informatização de atos processuais; incremento e capacitação dos recursos humanos do Judiciário; uniformização de entendimentos jurisprudenciais; e definição de critérios mais específicos para a concessão de assistência judiciária gratuita;

b) Consumidor: regulamentação mais clara sobre procedimentos das instituições financeiras; educação para utilização do crédito e tratamento do superendividamento; divulgação de listas de empresas mais reclamadas em órgãos de defesa do consumidor e no Judiciário; implementação, melhoria e utilização de canais de atendimento extrajudiciais;

coletivização de demandas; soluções consensuais préprocessuais e processuais; incremento e capacitação dos recursos humanos do Judiciário.

Chama a atenção o fato de que, enquanto para as questões previdenciárias o caminho processual sugerido foi o de utilização dos mecanismos aptos a racionalizar os julgamentos de massas de processos individuais, no caso de matéria consumerista indicou-se caminho diverso, qual seja, o do processo coletivo. No entanto, as próprias razões invocadas para a defesa do processo coletivo mostram-se perfeitamente adequadas também às causas previdenciárias:

O tratamento de conflitos massificados através do ajuizamento de ações coletivas é visto como uma forma de evitar o acúmulo de ações individuais repetitivas no Judiciário, além de permitir um tratamento mais isonômico a um mesmo problema e de possibilitar ao consumidor uma melhor representatividade de seus interesses.

[...]

Entende-se que as ações coletivas representam vantajosa solução para reduzir o volume de processos. Há o posicionamento de que as ações coletivas asseguram ao consumidor melhores condições para defesa de seus interesses, pois há uma divisão dos custos do processo entre os interessados, estabelecendo-se uma representatividade mais igualitária entre os consumidores e as demandadas, geralmente empresas acostumadas com a litigância repetitiva (*repeat players*). É feita a ressalva de que, em termos práticos, muitas vezes é difícil convencer o consumidor a aderir ao processo coletivo e aguardar o seu desfecho para, então, ingressar com seu pedido de cumprimento de sentença (GABBAY; CUNHA, 2010, p. 154-155).

Outro relevante estudo sobre esta questão foi realizado também em 2010 pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sob coordenação da professora Cláudia Maria Barbosa, gerando relatório final intitulado “Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução” (BARBOSA, 2010).

A pesquisa compreendeu a realização de três etapas: a) definição da metodologia da coleta de dados para especificar e encontrar, a partir de hipóteses pré-determinadas, o conceito de demandas repetitivas; b) coleta de dados para identificar demandas cíveis repetitivas no Brasil e entender suas causas; c) apresentação de propostas de solução para as demandas judiciais cíveis relacionadas ao sistema de crédito no Brasil.

Já em suas considerações preliminares, a pesquisa indica a importância das soluções coletivas para o enfrentamento mais adequado das demandas repetitivas:

Diferentemente do forte individualismo que marcou o Estado liberal e, por que não dizer, todo o Estado moderno, muitos dos desafios presentes impostos ao Direito e ao Poder Judiciário hoje, têm uma lógica distinta. De fato, a proteção socioambiental, a garantia da sociodiversidade e da biodiversidade, a proteção dos direitos de grupos específicos como consumidores, idosos, homossexuais, transcendem a esfera individual e se voltam à proteção de interesses de classes e grupos, ou à proteção de bens coletivos que, na ausência de mecanismos adequados e satisfatórios, acabam se transformando em demandas individuais repetitivas. Essa

realidade só vai se alterar quando houver instrumento materiais e processuais aptos e reconhecer e proteger de forma coletiva interesses que, por natureza, são também coletivos. Neste campo ainda há um longo caminho a ser percorrido (BARBOSA, 2010, p. 33-34).

A definição de demandas repetitivas utilizada pelo estudo em questão considera a existência de dois elementos: identidade de assunto tratado e identidade de fato gerador, o que indica um caráter de homogeneidade decorrente de uma situação de fato comum ou relação jurídica idêntica como origens.

A coleta de dados realizada em diversos Estados confirmou o grande peso das demandas ajuizadas em face de instituições financeiras, de natureza repetitiva, sendo considerada como uma causa relevante para o aumento no congestionamento de processos no âmbito do Poder Judiciário.

No tocante às propostas para enfrentamento do problema, elas foram divididas em três categorias: a) propostas legislativas (do CPC, para inserção de etapa para prévia conciliação antes da propositura da ação, e do Decreto-lei 911/69, para trazer maiores requisitos para a realização de contrato de alienação fiduciária); b) propostas de políticas públicas (disponibilização de maiores informações relativas aos assuntos objeto de demandas repetitivas como forma de se promover maior conhecimento pelos consumidores e entidades com atuação na área); c) propostas voltadas à administração da Justiça (especialização de unidades jurisdicionais; realização de audiências públicas; técnicas em processamento em lote; padronização serial de procedimentos; sistema colaborativo de contestação patronizada em cartório; pauta temática como principal estratégia a ser implementada nos Tribunais.

Verifica-se que, não obstante a ênfase dada nas considerações preliminares pela busca de soluções coletivas, não se formulou propostas concretas nesta área.

4.3. FATORES RESPONSÁVEIS

Pode-se indicar os seguintes fatores como os principais responsáveis pelos impactos negativos ao sistema jurisdicional brasileiro em decorrência do fenômeno das demandas repetitivas:

a) vive-se em uma sociedade em que as relações sociais (e, conseqüentemente, jurídicas) apresentam-se massificadas, o que favorece o surgimento de demandas judiciais individuais e análogas em grande quantidade (aspecto sociológico);

b) por outro lado, houve relevantes avanços no âmbito do acesso à justiça, seja pela redução de seus custos diretos (isenção de custas processuais), seja pela redução dos indiretos

(melhor acesso a profissionais jurídicos ou mesmo desnecessidade de sua participação, e à estrutura jurisdicional como um todo), facilitando sobremaneira o ajuizamento de demandas (aspecto estrutural);

c) este processo de facilitação, no entanto, não se mostrou acompanhado da necessária criação de instrumentos aptos a combater de modo eficaz comportamentos abusivos, seja o ajuizamento de lides temerárias e/ou desnecessárias, seja a resistência injustificadamente prolongada a entendimentos já pacificados na jurisprudência (aspecto pedagógico);

d) ademais, embora nos últimos anos perceba-se uma clara preocupação do legislador no sentido de adaptar as técnicas processuais para o enfrentamento mais adequado deste fenômeno, tal movimento não vem apresentando resultados adequados em razão de um relevante equívoco de premissa, pois, em vez de aprimorar, e conseqüentemente estimular, as técnicas de processo coletivo, muito mais adequado para seu enfrentamento, busca tornar mais racional a utilização de técnicas dos processos individuais, o que nunca representará uma solução completa ao problema (aspecto processual).

Tais fatores serão melhor analisados nos parágrafos seguintes.

O fenômeno da explosão de litigiosidade, já abordado no segundo capítulo, está intimamente ligado às características do atual contexto social, marcado pelo paradigma da pós-modernidade. A crescente evolução do conhecimento científico e descobertas tecnológicas tornou o mundo cada vez mais complexo¹²⁵. As relações sociais firmadas entre os indivíduos e grupos, além de muito mais numerosas, também sofreram um significativo incremento qualitativo, fazendo com que as possibilidades de conflitos de interesse, além de se tornarem mais frequentes, também possibilitem o surgimento de litígios acerca de assuntos os mais variados possível.

Por outro lado, o ser humano visivelmente tem abandonado cada vez mais a capacidade de resolver, sem a intermediação de um terceiro desinteressado, os conflitos em que se envolve. Conforme tradicional classificação utilizada no direito processual, os conflitos de interesse podem ser solucionados com a utilização de métodos de autotutela (vedada pelos ordenamentos jurídicos por consistir em atitude na qual um dos envolvidos arvora-se a impor coercitivamente perante o outro a solução que reputa justa, abalando o monopólio estatal dos meios de coerção) autocomposição (no qual as partes envolvidas conseguem chegar a um consenso sobre a solução para o problema ocorrido) e heterocomposição (em que, na impossibilidade de solução consensual entre os envolvidos, provoca-se um terceiro

¹²⁵ Conferir, a propósito, a noção de “sociedade de especialistas” desenvolvida por Giddens (2002) e mencionada no capítulo 2.

equidistante – no nosso ordenamento, juiz ou árbitro – para que este dê a solução para o litígio apresentado).

A gradual perda da capacidade de as pessoas resolverem de forma autocompositiva seus conflitos, decorrente da própria perda de habilidades sociais no trato interpessoal¹²⁶, faz com que se verifique uma inegável tendência de aumento na judicialização de conflitos, sobrecarregando sobremaneira a estrutura do Poder Judiciário.

Ademais, o fato de vivermos em uma sociedade de caráter industrial, em que a própria produção de bens e prestação de serviços, dá-se de modo massificado, faz com que parcela significativa dos conflitos de interesse surgidos também tragam consigo este traço da massificação, constituindo-se em litígios idênticos e surgidos nas mesmas circunstâncias, alcançando simultaneamente quantidade significativa de pessoas. Como a nossa sociedade tem uma baixa capacidade de solucionar tais conflitos de maneira espontânea, eles acabam gerando o problema das demandas massificadas ou repetitivas.

Deve ser acrescentado a isso o fato de que o momento atual caracteriza-se, felizmente, pela consolidação de importantes avanços no acesso da população ao Poder Judiciário, de modo que, embora não se possa dizer que se esteja em uma situação ideal de acesso generalizado, são inegáveis os grandes progressos realizados nos últimos anos.

Sob o ponto de vista legislativo, pode-se mencionar os seguintes marcos deste processo de ampliação do acesso à justiça:

a) a Constituição Federal de 1934, em seu art. 113, 32, previu que a União e os Estados deveriam conceder assistência judiciária gratuita aos necessitados, criando órgãos específicos para este fim, e garantindo a isenção do pagamento de “emolumentos, custas, taxas e selos”; tratou-se do primeiro grande avanço em nossa história no sentido de se buscar a promoção de um amplo acesso da população ao Poder Judiciário, com a remoção dos óbices financeiros que impediam os financeiramente necessitados de buscar tutela jurisdicional de seus direitos; conforme se depreende do próprio texto constitucional, o avanço deveria ocorrer em duas frentes: prestação do serviço de assistência judiciária, com advogados pagos pelo próprio Poder Público para realizar a representação dos hipossuficientes; e isenção de custas e demais despesas necessárias ao andamento de um processo judicial; esperava-se, assim, com a retirada destes dois óbices financeiros, fazer com que o Poder Judiciário se tornasse acessível à toda a população; contudo, ambos os direitos dependiam de ulteriores regulamentação, motivo pelo qual as duas alíneas seguintes serão destinadas a traçar um breve histórico da

¹²⁶ Conferir, a propósito, a noção de “perda de civilidade” desenvolvida por Bauman (1999) e mencionada no capítulo 2.

evolução destes dois pontos que, possibilitando a remoção de óbices financeiros que afastavam a população economicamente carente do Poder Judiciário, constituíram-se no primeiro grande movimento de ampliação do acesso à justiça no Brasil (BRASIL, 1934);

b) no que diz respeito à previsão de isenção de custas judiciais, a regulamentação já estava presente no Decreto-lei 1.608/39 (CPC), cujo capítulo II do título VII, intitulado “Do benefício da Justiça gratuita”, previa ampla isenção no art. 68, estendendo-se a todas as instâncias e fase de execução (art. 71), o qual, no entanto, dependia da apresentação de “atestado de pobreza” (art. 74) e não eximia a beneficiária de realizar o pagamento posteriormente, e a qualquer tempo, a partir do momento em que pudesse fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família (art. 78), havendo, ainda, a previsão de que a isenção poderia ser parcial caso restasse demonstrado que a situação financeira da parte permitisse arcar com apenas parte das despesas processuais (art. 79) (BRASIL, 1939); posteriormente a matéria veio a ser regulamentada pela Lei 1.060/50, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, garantindo aos financeiramente hipossuficientes a possibilidade de demandar em Juízo sem precisar arcar com as respectivas custas processuais (incluindo-se os honorários advocatícios e a peritos), prevendo prazo de 5 anos para a prescrição da pretensão de se cobrar do então hipossuficiente o pagamento das despesas no caso de melhoria de sua condição financeira (art. 12) (BRASIL, 1950), e, principalmente, em razão de alteração introduzida pela Lei 7.510/86, deixando de exigir a apresentação de “atestado de pobreza”, bastando declaração unilateral realizada pela própria parte pretendente do benefício, gozando de presunção relativa de veracidade e, portanto, podendo ser desconstituída por elementos que indicassem ser falsa a declaração (BRASIL, 1986);

c) no que diz respeito à assistência judiciária, o já mencionado CPC de 1939 limitou-se a prever a possibilidade de a parte indicar ou o Juiz nomear algum advogado para representá-la gratuitamente, não se prevendo, não obstante o comando constitucional, a criação de órgão público para esta finalidade; posteriormente, a própria Constituição Federal de 1946, ao tratar da assistência judiciária art. 9º, 141, § 5º), deixou de prever a criação de órgão específico para realizar sua prestação, o que, no entanto, passou a ser realizado de maneira dispersa em algumas legislações estaduais (BRASIL, 1946); no âmbito federal apenas houve a previsão expressa de determinação para a criação de órgão destinado à assistência jurídica dos necessitados com a Constituição Federal de 1988 (art. 21, XIII), vindo a matéria a ser posteriormente regulamentada pela Lei Complementar 80/94, que organizou a Defensoria Pública da União e previu normas gerais para a organização das Defensorias Públicas nos Estados (BRASIL, 1994);

d) o Decreto-lei 5.452/43, que instituiu a Consolidação das Leis do Trabalho, trouxe a previsão da possibilidade de as partes da relação trabalhista poderem ajuizar suas lides perante o Poder Judiciário sem a necessidade de constituição de advogado, em relevante mitigação da exclusividade dos aludidos profissionais para a prática de atos postulatorios, fazendo com que, no âmbito trabalhista, a impossibilidade de se constituir advogado não seja um óbice ao acesso perante o Poder Judiciário, o que, ainda que constituísse uma flagrante exceção no sistema processual (até então a única outra exceção à exclusividade do poder postulatorio dos advogados havia sido instituída mais de cem anos antes, no art. 340 do Código de Processo Criminal de 1832, tratando-se da ampla possibilidade conferida a qualquer pessoa de impetrar *habeas corpus*, possibilidade esta mantida em nosso sistema até os dias atuais), teve inegável relevância social, tendo em vista a importância das relações trabalhistas (BRASIL, 1943);

e) outra frente importante de avanço do processo de ampliação do acesso à Justiça partiu da promulgação da Lei 7.244/84, que dispôs sobre a criação e funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, órgãos do Poder Judiciário que poderiam ser criados exclusivamente no âmbito da Justiça Estadual para o processamento de causas de menor valor econômico (até 20 salários mínimos), caracterizando-se por uma maior informalidade (o que se refletia tanto na ampla liberdade para determinação e valoração da prova, art. 4º, quanto na possibilidade de se decidir por meras razões de justiça, atendendo-se aos fins sociais e exigência do bem comum, art. 5º), dispensa da necessidade de representação por advogado, constituindo em nova exceção do monopólio dos atos postulatorios de tais profissionais, ao lado do que já ocorria no *habeas corpus* e processo trabalhista (art. 9º), possibilidade da instauração do processo a partir de pedido oral (art. 15), ênfase na tentativa de solução através de conciliação entre as partes (art. 22), a ausência de cobrança de custas em primeira instância (art. 51), e, em geral, medidas destinadas a simplificar e agilizar o procedimento, destacando-se a falta de efeito suspensivo, via de regra, no recurso interposto contra sentença (art. 43) (BRASIL, 1984); a Constituição Federal de 1988 deu prosseguimento a esta tendência de simplificação do acesso ao Judiciário para causas de menor complexidade, prevendo, em seu 98, I, a criação de juizados especiais, agora não apenas no âmbito dos Estados mas também do Poder Judiciário Federal; em obediência ao comando constitucional foram promulgadas as Leis 9.099/95, que dispôs sobre os juizados especiais cíveis e criminais (BRASIL, 1995), e 10.259/01, que tratou de sua instituição especificamente no âmbito da Justiça Federal (BRASIL, 2001), as quais mantiveram os contornos básicos da legislação anterior.

O desenvolvimento da assistência judiciária (seja pela isenção de custas processuais, seja pela implementação de órgãos públicos voltados à prestação deste serviço à população de

baixa renda), ampliação do poder postulatório em algumas hipóteses pontuais e criação de órgãos jurisdicionais vocacionados à recepção de demandas de menor complexidade constituem-se nos pontos principais de um processo que acarretou uma indisfarçável ampliação do acesso da população em geral ao Poder Judiciário, o qual, se ainda não concluído (pois é inegável que a parte mais carente ainda encontra barreiras, sendo necessário, por exemplo, que as Defensorias Públicas estejam melhor estruturadas para atender adequadamente esta imensa demanda), já foi suficiente para aumentar de maneira exponencial o universo da população brasileira que passou a ter a possibilidade de levar ao Poder Judiciário as lesões ou ameaças a seus direitos, esperando, portanto, obter resolução de seu problema com celeridade e justiça.

Ocorre que esta significativa ampliação não se fez acompanhar, na mesma proporção, de instrumentos aptos a identificar e conter, de maneira eficaz, a busca desnecessária pelo Poder Judiciário, não havendo consequências aptas a desestimular comportamentos indesejáveis, como a litigância temerária e a resistência injustificada, entendendo-se pelo primeiro o movimento pelo qual alguém propõe uma lide flagrantemente improcedente e pelo segundo a atitude de se, não obstante a clareza do direito almejado pela parte, não se realizar sua prestação voluntariamente, aguardando-se a propositura de uma demanda judicial.

No tocante à primeira situação, embora ela seja expressamente considerada como uma das hipóteses de litigância de má-fé (CPC, art. 80, I), observa-se que o pequeno valor da sanção pecuniária prevista (limite máximo de 10% sobre o valor da causa), o fato de recair apenas sobre a parte e não sobre seu advogado (profissional que tem condições de melhor identificar o caráter temerário da lide, desaconselhando sua propositura) e uma realidade prática em que se observa grande relutância em sua aplicação faz com que sejam praticamente inexistentes os estímulos para desencorajar a propositura de lides temerárias.

É inegável, portanto, que a possibilidade de se ajuizar demandas sem qualquer custo financeiro (já que o custo com a contratação de advogado pode ser dispensado pela atuação de um defensor público ou pela possibilidade de a própria parte agir em sua defesa, e os demais custos processuais podem ser dispensados pelo deferimento de justiça gratuita aos financeiramente hipossuficientes ou, mesmo aos que não sejam, em algumas outras ocasiões, destacando-se a postulação em juizados especiais), em que a parte demandante apenas poderá ganhar (no caso de procedência do pedido) e nunca ter a nada a perder (mesmo na hipótese de uma lide temerária, ante as dificuldades já apresentadas para a imposição de multa por litigância de má-fé), faz com que o ajuizamento de demandas judiciais sempre se mostre viável sob o ponto de vista econômico, ainda que sejam remotíssimas as possibilidades de

êxito.

No tocante à segunda situação, sequer há a previsão de litigância de má-fé, até mesmo porque a conduta (não adimplemento voluntário de um direito que se mostra evidente) ocorre em um momento em que ainda não há relação processual instaurada. O único estímulo existente em nossa legislação para que a parte demandada realize de maneira espontânea o direito afirmado, evitando desta forma o ajuizamento da lide, consiste no fato de que com isso ele evitará incidir em despesas adicionais, decorrentes da necessidade de ressarcir a parte demandante de suas despesas com honorários advocatícios e custas processuais. Ocorre que, além do fato de que, dadas as já mencionadas hipóteses em que o acesso ao Poder Judiciário prescinde de despesas com advogados e custas processuais, em muitas situações nada haverá a ressarcir, cabendo à parte demandada as mesmas despesas que teria caso realizasse o adimplemento espontâneo de sua obrigação, verifica-se que, mesmo quando existirá a necessidade de realização deste ressarcimento, o custo adicional implicado é muito pequeno em comparação à vantagem advinda pela postergação da obrigação devida, já que, tendo em vista o notório problema de celeridade do processo judicial, agravado pelo excesso de recursos e de efeito suspensivo conferido a eles, em geral esta postergação significa alguns anos durante os quais a parte adiará voluntariamente o cumprimento de seu dever legal.

É inegável, portanto, que a possibilidade de não cumprir obrigatoriamente uma prestação sem que isso implique uma piora considerável do tratamento que será conferido à parte devedora, aliada ao fato de que o comando judicial definitivo para este cumprimento virá, em geral, após alguns anos de tramitação processual, faz com que o não cumprimento espontâneo de direitos se mostre viável sob o ponto de vista econômico, ainda que sejam muito evidentes as possibilidades de êxito.

Está-se, então, em situação na qual, por um lado, não obstante a existência de um contexto social que facilita o surgimento de conflitos de interesses (muitos deles de forma massificada), mas não a sua resolução espontânea, acarretando exponencial aumento da demanda levada ao Poder Judiciário, e, por outro, não obstante os grandes avanços na ampliação do acesso ao Poder Judiciário à população em geral que não se fez acompanhar da existência de mecanismos que pudessem evitar a instauração desnecessária de lides, o que explica o surgimento do fenômeno dos processos repetitivos.

O legislador brasileiro tem estado atendo a tal fenômeno, que motivou uma série de reformas processuais nas últimas décadas e alguns dispositivos do novo CPC. Ocorre que estas mudanças legislativas têm avançado somente na concepção de soluções por meio do processo individual, errando ao não desenvolver a solução coletiva, como se verá a seguir.

4.4. DOIS MODELOS

Já vem sendo frisado desde o início deste trabalho que a legislação processual brasileira admite duas técnicas processuais distintas para a tutela jurisdicional de direitos que se apresentem de maneira repetitiva (ou massificada), dando origem a dois possíveis modelos de litigância, quais sejam, o atomizado (baseado em processos individuais) e o molecular (fundado na defesa coletiva). O presente tópico buscará um aprofundamento desta dicotomia.

O modelo baseado na litigância individual consiste no tradicionalmente existente em nosso ordenamento jurídico, decorrendo do próprio direito fundamental de acesso à justiça, que garante a todos a possibilidade de, ante ameaça ou lesão a direito, recorrer ao Poder Judiciário em busca das medidas necessárias a evitar ou reparar qualquer lesão injusta.

Ocorre que as já mencionadas alterações nas características das sociedades pós-industriais, proporcionando o surgimento do fenômeno da litigância massificada, ensejou mudanças na legislação processual, de modo a ensejar o aparecimento de técnicas capazes de fornecer uma resposta adequada a tais problemas, visto que o processo individual, por vezes, não se mostra suficientemente apto a dar conta desta nova realidade.

Por outro lado, tendo em vista que se tratam de direitos que, ainda que se apresentem de maneira massificada e possam, em razão disso, ser defendidos de maneira agrupada, são em sua essência individuais, o que faz com que se entenda que a via do processo individual remanesça, ao lado do processo coletivo, como dois possíveis caminhos para a judicialização dos direitos individuais homogêneos.

Primeiramente será feita uma breve análise dos dispositivos legais que tratam da defesa coletiva dos direitos individuais, passando pelas suas principais características e peculiaridades e apontando-se, à luz da doutrina e jurisprudência, as controvérsias mais importantes que existem a seu respeito.

O momento seguinte será destinado à forma como a legislação tem regulamentado a defesa individual massificada, abordando-se os principais marcos da evolução ocorrida na legislação processual nas últimas décadas com o objetivo de possibilitar um enfrentamento mais adequado dos grandes problemas existentes neste modelo.

O terceiro ponto terá como objeto duas importantes tendências que atualmente se verifica com o objetivo de melhorar a defesa individual de direitos massificados: valorização dos precedentes e técnicas de coletivização. Ambas serão explicadas em suas linhas gerais, apontando-se de que forma se encontram presentes no novo CPC.

Por fim, será feita a defesa da ampla coletivização, desde o ajuizamento, como próximo passo rumo à defesa adequada dos direitos massificados, indicando-se as vantagens que esta via apresenta em relação às demais soluções que vêm sendo previstas e se sua aplicação, tal como defendido, pode ser extraída do sistema processual em vigor ou se depende de alteração legislativa para que se torne aplicável.

4.4.1. MODELO MOLECULAR

Verifica-se que a Constituição Federal de 1988 já trazia dispositivos que tratavam da defesa coletiva de direitos individuais ao conferir, em algumas hipóteses, legitimidade para que determinada instituição haja, em nome próprio, na defesa de direitos de pessoas físicas que lhes são associadas. São os casos dos artigos 5º, XXI (“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”) e 8º, III (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”) do texto constitucional (BRASIL, 1988, não paginado).

Não obstante, tendo em vista que tais previsões se deram em caráter genérico, sem a indicação da forma como esta representação deveria se dar, pode-se considerar que a efetiva entrada da defesa coletiva de direitos individuais em nosso ordenamento se deu aproximadamente dois anos depois, com a promulgação da Lei 8.078/90.

Destaca-se, em tal diploma legal, a existência, nos artigos 91 a 100, de disciplina específica acerca da defesa coletiva de direitos individuais, o que leva parte da doutrina a se referir a uma “ação civil coletiva” em contraposição à “ação civil pública”, regulamentada nos demais dispositivos e vocacionada aos direitos coletivos e difusos. Embora tais denominações acabem por contribuir para uma percepção equivocada do processo coletivo, ainda vinculada a uma concepção concreta do direito de ação, motivo pelo qual não serão utilizadas neste trabalho, deve-se ficar atento para a existência desta disciplina específica.

Embora referida Lei tenha instituído o CDC, sabe-se que seu efeito sobre o ordenamento jurídico foi muito mais profundo, já que suas disposições processuais aplicam-se ao processo coletivo em geral, tendo promovido ainda algumas importantes alterações na Lei 7.347/85, ao lado da qual forma a legislação básica acerca da disciplina.

Já em seu art. 81, que inaugura o Título relativo à defesa do consumidor em Juízo, a legislação traz importante inovação ao classificar três modalidades de direitos, quais sejam, os

difusos, os coletivos e os individuais homogêneos¹²⁷, definindo esta última categoria como sendo aqueles decorrentes de uma origem comum (BRASIL, 1990).

Como se vê, não há uma delimitação muito precisa da noção de direitos individuais homogêneos, o que pode levar a algumas dificuldades. Arenhart (2013), após defender que se trata de noção a ser buscada no direito processual e não no material, e de discorrer acerca dos critérios normalmente utilizados pela doutrina para defini-los (preponderância, quantidade de sujeitos envolvidos, viabilização do acesso à Justiça e homogeneidade da tutela), defende que sua identificação depende da presença de três elementos: inviabilidade da formação de litisconsórcio, afinidade de questões e utilidade da tutela coletiva para as partes e para o Poder Judiciário.

Conforme defendido pelo referido autor, o entendimento dos contornos da expressão “origem comum” utilizada na definição legal dos direitos individuais homogêneos é obtido quando se vai buscar, analogicamente, o art. 46 do CPC/1973, que traz os requisitos necessários à formação do litisconsórcio. Os quatro incisos que compõem o referido dispositivo trazem as hipóteses em que pode haver a formação de tal fenômeno processual, encontrando-se previstos em uma ordem decrescente de “força”, iniciando pela existência de uma efetiva comunhão de direitos ou obrigações (inciso I), passando pelo fato de eles derivarem de um mesmo fundamento de fato ou de direito (inciso II) e pelas hipóteses conexão pelo objeto ou causa de pedir (inciso III), até chegar nos casos em que ocorre mera afinidade por um ponto comum de fato ou de direito (inciso IV).

A “origem comum” de que fala o art. 81, III da Lei 8.078/90, desta forma, guarda inegável identidade com a “afinidade de questões” prevista como requisito mínimo para a formação do litisconsórcio. Ora, admitir a defesa coletiva de direitos individuais (decorrência inevitável de seu enquadramento como direitos individuais homogêneos) para a hipótese de menor força para a formação do litisconsórcio acaba por implicar, sob pena de se gerar situação de contradição sistêmica, a extensão desta possibilidade aos demais casos de litisconsórcio admitidos em lei, levando-se à conclusão de que são comuns os requisitos para a formação do litisconsórcio e a configuração dos direitos individuais homogêneos.

A Lei 8.078/90 também traz, em seu art. 82, o rol dos legitimados a promover a defesa coletiva de direitos individuais, quais sejam, o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), órgãos públicos que, ainda que sem personalidade jurídica autônoma, tenha como um de seus fins institucionais a

¹²⁷ No capítulo anterior já foram feitas algumas críticas em relação a esta classificação consagrada no ordenamento jurídico.

defesa de tais direitos, e, por fim, as associações que estejam constituídas há mais de um ano e tragam, entre seus fins estatutários, a defesa de tais direitos.

Deve-se observar, em primeiro lugar, que, em razão do regime de intercâmbio entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90, devem ser incluídos no rol de legitimados ativos os entes previstos apenas na primeira, quais sejam, Defensoria Pública, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Outro ponto a ser ressaltado é o de que o modelo adotado na legislação brasileira para a legitimidade ativa em processos envolvendo direitos individuais homogêneos extrema-se do existente nas *class actions* norte-americanas. Enquanto nestas concede-se a qualquer indivíduo que integre o grupo de pessoas afetadas a legitimidade para representar todos os componentes do grupo (desde que se mostre apto a exercer de maneira adequada esta função), no Brasil prevê-se a existência de pessoas jurídicas (públicas ou privadas) com a possibilidade de demandar em Juízo em nome de um grupo de indivíduos concomitantemente afetado por alguma situação.

Não se mostra acertada, portanto, a colocação, comum em nossa doutrina que enquadra o modelo brasileiro como misto (entre os modelos norte-americano e europeu) por prever a legitimidade ativa tanto para pessoas jurídicas de direito público quanto de direito privado. O que caracteriza o modelo americano é a possibilidade de o próprio indivíduo, membro do grupo, representar a todos os demais que se encontram na mesma situação. A situação das associações é visivelmente diferente, já que, tais como os entes públicos também legitimados, não compõem o grupo das pessoas lesadas, não possuindo também direitos próprios em jogo, atuando, igualmente, na defesa de direitos de terceiros.

Este modelo de legitimação ativa traz alguns importantes desafios, que serão estudados mais detidamente no tópico seguinte, em que se enfrentará os maiores óbices à efetividade da tutela coletiva dos direitos individuais.

Quanto à competência, não se verifica peculiaridades em relação à definição da “Justiça” competente (será, via de regra, a estadual, a não ser que presente alguma das hipóteses, constitucionalmente prevista, de competência da Justiça Federal, Trabalhista, Eleitoral ou Militar) ou da instância de competência originária (primeiro grau via de regra, desde que não haja o enquadramento de alguma regra constitucional que preveja competência originária de algum dos tribunais).

Já em relação à competência territorial, nota-se a existência de importantes diferenças em comparação ao regime do CPC, que traz como regra geral (art. 46) o foro de domicílio da parte demandada. O art. 2º da Lei 7.347/85 traz como critério de definição de competência o

do local onde ocorrer o dano. Em outra inovação em relação ao sistema geral do CPC, dito dispositivo afirma ser absoluta a competência resultante da aplicação de sua norma (a competência territorial no regime do CPC é relativa).

Tratando de forma mais específica das ações destinadas à defesa coletiva dos direitos individuais, o art. 93 da Lei 8.078/90, muito embora permaneça fiel ao critério do local do dano, traz normas mais específicas, que, contudo, enfrentam alguma controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto à sua interpretação. Os incisos que integram o dispositivo em questão preveem três modalidades de dano: local (inciso I), regional ou nacional (inciso II). No primeiro caso o foro competente é o do próprio local do dano, visto que ele ficou restrito. Já nos demais a Lei determina que são concorrentemente competentes os foros da capital dos Estados e do Distrito Federal.

Por dano local deve-se entender, portanto, o que não ultrapassa o âmbito de incidência territorial de uma unidade jurisdicional de primeira instância (comarca em se tratando de Justiça Estadual e seção ou subseção na Justiça Federal). Regional será aquele que, ultrapassando o limite do dano local, permaneça restrito a um ou alguns Estados. Já o nacional será o que apto a afetar o país como um todo.

Embora não esteja expressamente previsto no texto legal, deve-se entender que, no caso de dano regional, se este ficou restrito a apenas um Estado, a competência será a do foro de sua capital, e, se afetar mais de um, a da capital de algum dos Estados envolvidos, não se admitindo que a competência recaia em capital de Estado que não foi em nada afetado. Já na hipótese de dano nacional, aí sim, a competência pode ser de qualquer das capitais estaduais ou federal, aplicando-se as regras de prevenção.

Regra aplicável especificamente ao processo coletivo que trata de direitos individuais é a do art. 94 da Lei 8.078/90, que determina a realização, no início do processo, de publicação de edital, em órgão oficial, para dar conhecimento dela aos interessados, que passariam a poder ingressar na lide na qualidade de litisconsortes.

Não obstante a expressa previsão legal, a habilitação de interessados individuais em ações coletivas na qualidade de litisconsortes causa estranheza, já que, além do inegável receio ao comprometimento do bom andamento do processo (abre-se a possibilidade de uma quantidade gigantesca de intervenções, anulando-se os benefícios decorrentes do ajuizamento coletivo), tratar-se-ia de litisconsórcio no qual um dos autores teria pretensão voltada a todos os indivíduos lesados, enquanto outro defenderia apenas seu direito individual. O caso parece melhor se enquadrar como assistência, sendo necessária ainda a avaliação de seu interesse jurídico (não apenas econômico, social ou moral), a qual dependeria ainda de uma avaliação

quanto ao comprometimento do resultado útil do processo.

Além disso, não se consegue vislumbrar qualquer vantagem advinda da habilitação individual como litisconsorte (ou assistente) na ação coletiva, visto que a consequência mais importante prevista na legislação (art. 103, § 2º) consiste na sua submissão à coisa julgada no caso de improcedência da demanda, a qual, via de regra (art. 103, III) é prevista como *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, constituindo o que a doutrina costuma denominar de coisa julgada *secundum eventus litis*, o que significa dizer que, para se beneficiar desta coisa julgada favorável, o indivíduo não necessita intervir no processo coletivo¹²⁸. Portanto, o benefício que a intervenção no processo coletivo gera ao indivíduo encontra-se mais ligado à possibilidade de aduzir argumentos e produzir provas que possam influenciar no resultado do processo, não havendo, maior benefício do resultado do processo a partir desta sua intervenção.

Hipótese diferente é aquela na qual tramitam simultaneamente ação coletiva que tem por objeto direitos individuais homogêneos e ação individual proposta por pessoa que integra o grupo que se pretende proteger por meio da demanda coletiva. Embora o texto legal descarte a existência de litispendência e/ou coisa julgada entre os processos individual e coletivo (art. 104), referido dispositivo determina que o autor do processo individual, ao tomar ciência da existência da ação coletiva, para que possa se beneficiar desta deve requerer suspensão de seu processo no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência.

Dos dispositivos acima referidos é possível extrair que nosso sistema processual coletivo não se enquadra em nenhuma das clássicas noções de sistemas de *opt in* ou *opt out*, entendendo-se na primeira aqueles nos quais o processo coletivo afeta apenas as pessoas que expressamente optaram por participar dele e, no segundo, aqueles nos quais (tais como nas *class actions* norte-americanas) todos os indivíduos do grupo são em princípio afetados, a não ser os que optem por se excluir.

O sistema brasileiro, tal como previsto na legislação, afasta-se de ambos os modelos, adotando uma configuração mista, que leva em consideração o resultado do processo. Se a sentença for de procedência a lógica se assemelhará à do *opt out*, pois só deixarão de se beneficiar delas os que possuíam processo individual em curso e, intimados no curso deste da existência do processo coletivo, optaram por prosseguir com as ações individuais (o que acaba constituindo uma espécie de opção de exclusão do processo coletivo). Já se a sentença for de improcedência a inspiração claramente é o do *opt in*, posto que apenas serão afetados por ela

¹²⁸ No tópico seguinte serão feitas algumas considerações críticas à forma como se encontra disciplinada na legislação a coisa julgada das ações coletivas que envolvem direitos individuais.

os indivíduos que intervieram, na ação coletiva, como litisconsorte (ou assistentes), o que acaba constituindo uma espécie de opção de inclusão no processo, ainda que ele não precise fazer uso dela para se beneficiar da sentença.

Por fim, a legislação que trata da defesa coletiva de direitos individuais aborda, ainda, a questão da liquidação e execução da sentença. Parte da premissa de que tal espécie de processo sempre ensejará uma condenação genérica (art. 95), que se limita a fixar a responsabilidade do demandado pelos danos causados¹²⁹. A partir daí, abre-se a possibilidade de cada um dos indivíduos detentor de direitos massificados abrangidos pela ação coletiva buscar, individualmente, a liquidação e posterior execução de sua parcela (art. 97), podendo, por outro lado, haver a execução coletiva de direitos que já tenham sido individualmente liquidados (art. 98) ou se decorrido mais de um ano sem a habilitação de indivíduos em quantidade compatível com a gravidade do dano. Em ambos os casos de execução coletiva os legitimados são os mesmos da ação de conhecimento, sendo que no primeiro caso será buscada a indenização dos indivíduos que tiveram seus créditos liquidados e no segundo a pretensão será em favor do fundo de direitos difusos criado pela Lei 7.347/85.

Muito embora o Brasil já contasse, desde o início da década de 90, com uma legislação que, ainda que com algumas imperfeições, já regulamentava de modo detalhado a possibilidade de levar ao Poder Judiciário demandas massificadas de forma concentrada, o fato é que tal instrumento não se mostrou apto a pôr termo aos processos repetitivos, que, como já visto, experimentaram considerável crescimento nos últimos anos.

O legislador, por sua vez, em vez de buscar a melhora do instrumento do processo coletivo, fazendo com que ele pudesse ser aperfeiçoado de modo a se consolidar cada vez mais como uma alternativa preferencial em relação às demandas repetitivas, traçou caminho inverso, buscando o aperfeiçoamento da via dos processos individuais, ou seja, tentando conferir racionalidade e harmonia à situações nas quais se verifica a existência de milhares de processos tratando de um mesmo tema.

Passa-se, a seguir, a apontar as principais medidas buscadas pelo legislador neste sentido, consistentes em sucessivas reformas pelas quais passou o CPC/1973 nos últimos anos e culminando na promulgação de uma nova codificação.

4.4.2. MODELO ATOMIZADO

¹²⁹ O tópico seguinte também conterà considerações críticas quanto à liquidação e execução no processo coletivo de direitos individuais homogêneos.

Pode-se identificar, já na Lei 8.952/94, a implementação de algumas medidas destinadas a combater problemas relacionados à litigância repetitiva. Como já mencionado acima, um dos fatores que contribuem para o agravamento deste problema consiste na falta de estímulos para se evitar o ajuizamento de demandas desnecessárias (com possibilidade de êxito muito baixa) ou a resistência a pretensões justas (com possibilidade de êxito muito alta), estando ambos os comportamentos ligados à questão do comportamento de boa fé que se espera dos litigantes em geral.

A referida Lei, ao alterar o art. 18 do CPC/1973, passou a permitir a condenação por litigância de má-fé de ofício pelo Juiz, não mais necessitando de provocação da parte contrária. Além disso, a alteração promovida no § 2º passou a permitir que o valor da multa aplicada fosse fixado desde logo, até o limite máximo de 20% sobre o valor da causa, podendo também ser posteriormente liquidado por arbitramento.

Outra modificação importante trazida na ocasião foi o acréscimo do parágrafo único ao art. 46 do CPC/1973, que permitiu ao Juiz facultar a quantidade de integrantes de qualquer dos polos da demanda, no litisconsórcio facultativo, quando a grande quantidade puder comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. Trata-se de medida que já vinha sendo defendida na doutrina e jurisprudência, que denominou de litisconsórcio multitudinário tais situações com número excessivo de litisconsortes.

Uma das tendências surgidas em um contexto de sobrecarga do Poder Judiciário (para o qual as demandas repetitivas contribuem significativamente, como já visto) consiste na ênfase cada vez maior a ser conferida na conciliação como forma de se evitar o início ou continuidade de demandas através do estímulo para que as partes possam chegar a soluções amigáveis (autocomposição). Trata-se de tendência que inegavelmente permeia as reformas na legislação processual realizadas nos últimos anos. Pode-se identificar um primeiro passo nesta direção já na referida Lei 8.952/94, ao acrescentar o inciso IV ao art. 125 do CPC/1973, prevendo dever, para o Juiz, de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Percebe-se, ainda, medida de desburocratização com o acréscimo do § 4º ao art. 162 do CPC/1973, que esclareceu não possuir natureza jurisdicional (e, portanto, não dependendo de despacho pelo Juiz) alguns atos meramente ordinatórios, como juntada e vista. Sem dúvida, outra repercussão causada pelo expressivo aumento de volume processual que já começava a ser sentido na ocasião.

Mas, sem dúvida, a mais significativa e radical inovação neste primeiro momento consistiu na instituição da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela, mediante alteração promovida no art. 273 do CPC/1973, até então um dispositivo destituído de muita

relevância.

Tratou-se mudança da mais alta relevância, já que, até então, com exceção da possibilidade da utilização de provimentos cautelares para evitar perecimento de direitos, não se mostrava possível o gozo do direito pretendido antes da conclusão do processo, fazendo com que o ônus da demora do processo sempre recaísse sobre a parte demandante, independentemente do quão evidente fosse o seu direito ou do quão urgente fosse a sua necessidade de obter imediatamente a fruição pretendida.

O novo art. 273, revolucionando a lógica até então prevalecente, passou a permitir que o Juiz determinasse, já no início do processo (até mesmo em caráter liminar, ou seja, sem ouvir previamente a parte adversária), a imediata antecipação dos (ou de alguns dos) efeitos da tutela pretendida pela parte autora, desde que, havendo prova inequívoca da verossimilhança de sua alegação, verificasse ainda o risco de dano irreparável (ou de difícil reparação) ou o abuso de direito de defesa do demandado, não concedendo a medida caso sua implementação fosse irreversível.

Por fim, a Lei 8.952/94 trouxe ainda outra inovação de grande relevância, mediante alteração promovida no art. 461 do CPC/1973, consistindo na possibilidade de o Juiz adotar uma ampla variedade de medidas coercitivas visando o cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer, invertendo-se a lógica até então prevalecente que trabalhava com sua conversão, desde logo, em dinheiro.

Um segundo passo foi dado com a promulgação de Lei 9.756/98, ainda que bem mais tímido em comparação com a reforma ocorrida quatro anos antes. Referida legislação trouxe mudanças pontuais na matéria de recursos, antecipando tendências que se estabeleceriam de vez em reformas posteriores, no sentido de conferir maiores poderes a órgãos fracionados, principalmente ao relator, como medida necessária à agilização de julgamentos em tribunais (BRASIL, 1998).

Em primeiro lugar, acrescentou parágrafo único ao art. 120 do CPC/1973 para prever a possibilidade de julgamento monocrático de conflito de competência pelo relator, caso haja jurisprudência dominante no tribunal sobre a questão suscitada. Incluiu também parágrafo único ao art. 481 para esclarecer a desnecessidade de órgãos fracionários levarem ao plenário do tribunal arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento sobre a questão do próprio tribunal ou do STF. Alterou o § 3º do art. 544 para prever a possibilidade de o relator de agravo de instrumento interposto contra decisão que não admitiu recurso especial ou extraordinário, nos próprios autos do agravo e monocraticamente, julgar o mérito do recurso especial ou extraordinário, ou mesmo converter o agravo de instrumento neles.

Por fim, estabeleceu regra de grande importância ao prever, no art. 557, a possibilidade de o relator, em qualquer recurso, negar seguimento monocraticamente nos casos em que ele seja manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicando ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou outro tribunal superior.

As medidas visando maior celeridade processual prosseguiram com a Lei 10.352/01, que reduziu as hipóteses de remessa necessária (alterando o art. 475) e embargos infringentes (art. 530), bem como retirou efeito suspensivo do recurso de apelação interposto contra sentença que confirma antecipação dos efeitos de tutela (acréscimo do inciso VII ao art. 520).

Outra importante inovação veio prevista na Lei 10.358/01, que adicionou o dever imposto às partes de cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (art. 14, V).

No ano seguinte, a Lei 10.444/02 trouxe inovações bastante significativas. No que diz respeito ao instituto da antecipação dos efeitos da tutela, melhorou o cumprimento específico de obrigações de fazer, não fazer e dar coisa (art. 273, § 3º), instituiu a possibilidade de antecipação da parcela incontroversa (art. 273, § 6º)¹³⁰ e a adoção da fungibilidade em relação às medidas cautelares (art. 273, § 7º) (BRASIL, 2002).

Houve ainda importante reforma na fase de saneamento do processo, conforme se verifica no novo art. 331, que deixou de ser feita com um mero despacho saneador e passou a ser objeto de uma audiência preliminar, destinada ao saneamento, fixação dos pontos controvertidos, definição das provas a serem produzidas e realização de tentativa de conciliação, confirmando a tendência iniciada na década anterior no sentido de priorizar a via autocompositiva de solução de litígio.

No tocante ao cumprimento específico de obrigações, aumentou os poderes conferidos ao Juiz para buscá-lo (art. 461, §§ 5º e 6º) e estendeu sua aplicabilidade às obrigações de dar coisa certa (art. 461-A).

Tendo em vista que, não obstante as várias alterações legislativas empreendidas, o problema da falta de celeridade processual continuava a se agravar cada vez mais, houve em 2004, a instituição de uma ampla reforma do Poder Judiciário com a Emenda Constitucional 45, destacando-se as principais medidas de estímulo à celeridade processual nela previstas: o direito à razoável duração do processo passou a ser direito fundamental constitucionalmente previsto (art. 5º, LXXVIII); criação do CNJ, órgão de controle externo do Poder Judiciário

¹³⁰ Conforme bem alertado por parte da doutrina, como Marinoni (2009), o instituto em questão a rigor enquadra-se melhor como cisão do julgamento de mérito da causa do que como antecipação dos efeitos da tutela.

(art. 103-B), e do Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A); criação do requisito da repercussão geral para a admissibilidade do recurso extraordinário (art. 102, § 3º), de modo a evitar que questões de pouca relevância pudessem ser submetidas ao STF, contribuindo desnecessariamente para o agravamento de sua situação de congestionamento; criação da súmula vinculante (art. 103-A), conferindo-se a possibilidade de o Supremo criar enunciados que não podem (sob pena de reclamação) ser contrariados pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública em geral.

O passo seguinte que pode ser apontado nesta breve retrospectiva consistiu na Lei 11.187/05, que, alterando os artigos 522 e 523 do CPC/1973, confirmou tendência que já se desenhava no sentido de instituir a obrigatoriedade de o recurso de agravo ser preferencialmente interposto em sua forma retida, apenas admitindo o ajuizamento “por instrumento” (ou seja, diretamente perante a instância *ad quem*) quando a decisão recorrida puder causar à parte lesão grave e de difícil reparação, ou então, por motivos óbvios, caso se trate de decisão acerca do recebimento de recurso de apelação (BRASIL, 2005).

Ainda no mesmo ano, a Lei 11.232/05 promoveu significativo avanço ao extinguir os processos autônomos de liquidação e execução de sentença condenatória, cujo cumprimento passou a ser previsto como mero desdobramento de sua existência, sem necessidade de nova citação ou instauração de novo processo.

A liquidação não se mostra mais necessária quando depender de meros cálculos aritméticos (art. 475-B), podendo ocorrer na modalidade de arbitramento (art. 475-C) ou por artigos (art. 475-E), em ambos os casos não se admitindo alterar a sentença (art. 475-G) e com decisão desafiando recurso de agravo de instrumento (art. 475-H). Já o cumprimento de sentença deve seguir as medidas já implantadas para cumprimento específico de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa (art. 475-I), ou, em se tratando de obrigação de pagar, deve haver o pagamento em até 15 dias sob pena de multa de 10% e expedição de mandado de penhora e avaliação, podendo o exequente, em seu requerimento, desde logo indicar os bens a serem penhorados (art. 475-J), admitindo-se, ainda, a execução provisória quando da sentença condenatória tiver sido interposto recurso não dotado de efeito suspensivo (art. 475-O).

O ano seguinte foi marcado por grande quantidade de reformas. A primeira foi trazida pela Lei 11.276/06, cuja principal inovação consistiu no acréscimo do § 1º ao art. 518 do CPC/1973, prevendo a existência de novo requisito de admissibilidade ao recurso de apelação ao prever seu não conhecimento na hipótese em que a sentença esteja em conformidade com súmula do STJ ou do STF. Trata-se de instituto que passou a ser conhecido na doutrina como “súmula impeditiva de recurso” (BRASIL, 2006).

A segunda, e de crucial importância, veio da Lei 11.277/06, que adicionando o art. 285-A ao CPC/1973, trouxe a possibilidade de o Juiz realizar um julgamento liminar de improcedência de uma demanda sem sequer instaurar o contraditório, desde que preenchidos dois requisitos: a matéria controvertida for apenas de direito e houver sentenças de improcedências em casos idênticos proferidas pelo mesmo Juízo (BRASIL, 2006).

Não obstante a crítica de parte minoritária da doutrina que, como Daniel Mitidiero (informação verbal)¹³¹, considerou o dispositivo inconstitucional por ferir o princípio do contraditório, trata-se de inovação que foi muito bem recebida por se constituir em importante elemento no enfrentamento dos processos repetitivos. A crítica do jurista gaúcho é, de fato, improcedente, pois, considerando que a parte que deixou de ser ouvida (demandada) é a que se beneficia da sentença (de improcedência), não há qualquer prejuízo decorrente da não instauração do contraditório.

Por outro lado, constata-se que o dispositivo não foi feliz ao prever, como um dos requisitos, a existência de sentenças anteriores do mesmo Juízo, pois faria muito mais sentido que a autorização se desse a partir da existência de precedentes de tribunais superiores, já que pode ocorrer de um determinado Juízo de primeiro grau adotar reiteradamente entendimento minoritário perante a jurisprudência. A improcedência liminar do pedido parece se adequar muito mais a situações em que o conteúdo do provimento reflete o entendimento jurisprudencial dominante, tendendo, portanto, a se estabilizar.

Já a Lei 11.280/06 trouxe algumas alterações pontuais, destacando-se a instituição de comunicação de atos processuais de forma eletrônica (art. 154, parágrafo único), e a previsão da possibilidade de decisões de ofício para reconhecer incompetência territorial por nulidade de cláusula de eleição de foro (art. 112, parágrafo único) e prescrição (art. 219, § 5º) (BRASIL, 2006).

A Lei 11.382/06 reformulou o procedimento de execução de quantia certa contra devedor solvente, valendo destacar: a possibilidade de alienação por iniciativa particular promovida pelo exequente em relação aos bens do devedor (art. 647, II); redução dos honorários advocatícios no caso de pagamento em até três dias após a citação (art. 652-A, parágrafo único); sistema de penhora *on line* de aplicações existentes em instituições financeiras (art. 655-A) (BRASIL, 2006).

Por sua vez, a Lei 11.418/06 foi a responsável por regulamentar o requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário instituído pela EC 45/04, o que se constituiu

¹³¹ Palestra concedida nas Jornadas de Direito Processual do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em 2014.

em importante passo no sentido de se buscar uma maior racionalização de trabalho no âmbito da mais alta corte do país, de modo que esta possa concentrar suas atividades em temas de maior relevância estratégica (BRASIL, 2006).

Foram incluídos os artigos 543-A e 543-B no CPC/1973. Considerou-se como repercussão geral a existência de questão relevante sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico e que ultrapasse os interesses subjetivos das partes envolvidas ou se a decisão recorrida tiver contrariado súmula ou posição dominante do Supremo; em ambas as hipóteses a existência da repercussão geral deve ser demonstrada pelo recorrente preliminarmente ao mérito de sua pretensão e avaliada pelo órgão competente para o julgamento do recurso em decisão irrecorrível, admitindo-se a intervenção de terceiros para a formação desde juízo de valor. Caso se considere inexistente a repercussão geral o recurso não será conhecido, ficando autorizada ao proferimento de decisões monocráticas de não conhecimento pelos relatores nos futuros recursos que versarem sobre a mesma matéria.

Se houver vários recursos com fundamento na mesma controvérsia (caso típico das demandas repetitivas) admite-se julgamento por amostragem, cabendo ao tribunal de origem indicar o recurso representativo da questão para encaminhar ao Supremo e sobrestar os demais. Se negada a existência da repercussão geral os recursos sobrestados serão considerados automaticamente como não admitidos. Se reconhecida a repercussão e julgado o mérito do recurso representativo, os demais que haviam ficado sobrestado passarão por nova avaliação pelos órgãos de origem que proferiram as decisões recorridas, os quais poderão declará-los prejudicados (se a decisão recorrida estiver de acordo com o entendimento adotado no julgamento do recurso selecionado) ou retratar-se (na hipótese contrária), sob pena, neste caso, de ser cassada ou reformada liminarmente.

Já a Lei 11.419/06 trouxe importantes previsões para o avanço do processo eletrônico, destacando-se a possibilidade de assinatura digital em procurações (art. 38, parágrafo único) e nas decisões judiciais (art. 164, parágrafo único); prática em geral de atos processuais de forma eletrônica (art. 154, § 2º) e até mesmo a existência de processo inteiramente armazenado em formato digital (art. 169, § 2º); a ocorrência da própria citação eletrônica em casos específicos a serem disciplinados (art. 221, IV); e a utilização de documentos digitais como provas no processo (artigos 365, IV e V e 399, § 2º) (BRASIL, 2006).

Dando prosseguimento às inovações no julgamento do recurso extraordinários ocorridas dois anos antes, a Lei 11.672/08 trouxe novo formato para a apreciação do recurso especial. Embora procure seguir a lógica do julgamento por amostragem adotada para os recursos extraordinários, a nova regulamentação trouxe alguns aprimoramentos (BRASIL,

2008).

Em primeiro lugar, o próprio relator no âmbito do STJ, no caso de inércia das instâncias de origem, pode tomar a iniciativa de, identificando multiplicidade de recursos especiais com fundamento na mesma controvérsia e já há orientação dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, determinar, de ofício, a suspensão do julgamento dos demais recursos nos tribunais de segunda instância, podendo também solicitar informações a eles no prazo de quinze dias.

Após julgado pelo STJ o julgamento representativo da controvérsia, os recursos sobrestados na origem terão automaticamente seu seguimento negado (se a decisão recorrida estiver no mesmo sentido do julgado representativo) ou serão novamente apreciados pelo órgão de origem (na hipótese contrária), havendo a admissibilidade do recurso especial caso, nesta segunda hipótese, mantido julgamento em sentido contrário ao firmado pelo STJ.

Por fim, completando as reformas no julgamento dos recursos extraordinários, veio ainda a Lei 12.322/10, cuja principal finalidade foi a de alterar a forma de interposição do recurso contra decisão que, no âmbito dos tribunais de segundo grau, não admite o prosseguimento de recurso especial ou extraordinário. Na sistemática anterior tais decisões eram atacadas por meio de agravo de instrumento, dirigido diretamente à instância *ad quem* (STF ou STJ, conforme o caso) (BRASIL, 2010). Com a alteração realizada, passa a ser cabível agravo nos próprios autos, dirigido à presidência do tribunal de origem.

As reformas legislativas destacadas acima tiveram como principal objetivo o de trazer soluções para o problema cada vez mais grave da ausência de celeridade processual. Algumas delas, como o da improcedência liminar da demanda, novos poderes dos relatores e julgamentos por amostragem dos recursos especial e extraordinário mostram-se bastante vinculadas ao fenômeno das demandas repetitivas que vem sendo abordado ao longo do trabalho. Outras, ainda que não se refiram de modo específico a tal fenômeno, como as relacionadas ao processo coletivo, ênfase à boa fé processual maior celeridade na execução e cumprimento de sentenças, embora não estejam exclusivamente ligadas ao referido fenômeno, guardam com ele inegável relação, visto que todas elas buscam aumentar a celeridade processual, sendo que os processos repetitivos constituem-se, atualmente, no maior fator que atenta contra este fim.

Por outro lado, não obstante a ocorrência de várias e profundas reformas processuais nos últimos vinte anos, os diagnósticos e pesquisas existentes sobre o assunto e já mencionados na primeira parte deste capítulo mostram, claramente, que o problema que se busca combater (lentidão processual) não apenas não tem diminuído como continua

aumentando gradualmente, o que revela que os caminhos buscados não têm se mostrado eficazes.

4.4.3. TENDÊNCIAS ATUAIS

Encontra-se já em vigor a Lei 13.105/15, que instituiu o novo CPC no Brasil. Seguindo a tendência das últimas décadas, a nova legislação também mostra grande preocupação com o problema da litigância de massa, buscando promover meios de se garantir uma resposta adequada a esta situação. Neste sentido, além de incorporar e aperfeiçoar as várias inovações implantadas nas sucessivas reformas pelas quais passou o Código anterior, trouxe duas importantes tendências, quais sejam, a valorização dos precedentes e uma nova técnica de coletivização (incidente de demandas repetitivas), as quais serão um pouco mais detalhadas nos parágrafos seguintes.

É bastante comum a afirmação de que o sistema jurídico brasileiro é o do *civil law*, proveniente da Europa Continental, baseado na legislação escrita (principalmente nas grandes codificações), diferentemente do outro grande sistema surgido na cultura ocidental, o de *common law*, no qual a jurisprudência exerce o papel de principal fonte de direito, ante a escassez de legislação escrita.

Ocorre que conforme demonstra Marinoni (2009), tais sistemas têm se aproximado significativamente, destacando-se o movimento ocorrido nos países de *civil law* consistente no reconhecimento da força normativa das respectivas Constituições e, conseqüentemente, da possibilidade de controle jurisdicional da constitucionalidade dos demais atos normativos, fazendo com que o sistema jurídico em tais países passasse a ser bem menos baseado exclusivamente na legislação escrita.

Tal quadro mostra-se ainda evidente a partir do momento em que tais países passaram a contar com Constituições cada vez mais extensas, contendo enunciados normativos acerca de uma grande variedade de matérias, o que acarretou um aumento ainda maior na possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos legislativos por parte do Poder Judiciário, e, conseqüentemente, agravando o movimento de aproximação entre ambos os sistemas.

Ocorre que, enquanto os países da tradição da *common law* contam com mecanismos aptos a garantir a uniformidade de sua jurisprudência (a partir do respeito pelos precedentes firmados ao longo dos anos), não se verifica a ocorrência de técnica semelhante no Brasil, gerando uma indesejável situação de insegurança jurídica, já que as partes acabam não tendo

nenhuma garantia sobre como seu caso será decidido, ainda que já tenha havido pronunciamentos anteriores sobre a mesma questão em um tribunal superior, por exemplo.

Nas insuperáveis palavras do professor paranaense:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal. Restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição.

[...]

Ora, se o direito não está mais na lei, mas sim na Constituição, a jurisdição não mais se destina a declarar a vontade da lei, mas sim a conformar a lei aos direitos contidos na Constituição.

[...]

Porém, mais importante que convencer a respeito da criação judicial do direito é evidenciar que o juiz do *civil law* passou a exercer papel que, em um só tempo, é inconcebível diante dos princípios clássicos do *civil law* e tão criativo quanto o do seu colega do *common law*. O juiz que controla a constitucionalidade da lei obviamente não é submetido à lei.

[...]

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz no *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*.

[...]

É intuitivo que, num sistema que ignora o precedente obrigatório, não há racionalidade em dar a todo e qualquer juiz o poder de controlar a constitucionalidade da lei (MARINONI, 2009, p. 40-46).

De fato, a partir do momento em que se reconhece a todo juiz a possibilidade de deixar de aplicar uma lei por considerá-la em confronto com algum dispositivo constitucional, ou mesmo de adotar alguma interpretação específica com o fim de realizar sua conformação à norma superior, passa-se a ter a possibilidade de um mesmo dispositivo legal ser, ora aplicado e ora ignorado, por juízes diversos, o que se agrava quando um texto constitucional bastante extenso aumenta as possibilidades de realização do referido controle.

Muito embora o STF sempre possa, por via de recurso extraordinário, dar a última palavra sobre as controvérsias envolvendo matéria constitucional, é indesejável depender apenas deste mecanismo, seja porque, até mesmo em razão da recente implantação do requisito da repercussão geral, diminuiu-se consideravelmente a possibilidade de cognição do recurso extraordinário, seja porque tal mecanismo, por pressupor julgamento já concluído nas instâncias anteriores, pode demorar alguns anos para ser acionado nos casos concretos, fazendo com que a situação de insegurança jurídica perdure por um tempo considerável. Ademais, não se mostra produtora de fazer com que a uniformização de jurisprudência acerca de questões tão relevantes dependa de recursos em cada caso concreto em que elas são debatidas.

Esta inadequação salta ainda mais aos olhos quando se tem em mente um contexto de

demandas repetitivas, que, como já dito, se caracteriza pelo fato de que uma mesma questão jurídica (que pode ser constitucional) é comum a uma grande variedade de litígios similares, com nenhum ponto fático controverso (ou, quando existente, passível de resolução por mera análise documental), tornando de primeira importância a existência de técnica que permita uma rápida definição desta controvérsia jurídica e sua aplicação imediata (e uniforme) a todas as situações individuais semelhantes.

O clamor pela necessidade de adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil foi atendido pelo novo CPC, que trouxe substanciais inovações acerca da matéria, com o inegável objetivo de se instituir mecanismos aptos a gerar uma prática de observância de precedentes jurisprudenciais.

O art. 926, *caput*, norma central do sistema de precedentes obrigatórios a ser instituído no país, prevê obrigação dirigida ao Poder Judiciário, no sentido de manter a estabilidade, integridade e coerência em seus julgamentos, o que pode ser entendido como uma obrigação geral de garantir a segurança jurídica dos jurisdicionados.

Por outro lado, o § 1º do referido dispositivo, ao reiterar a possibilidade de edição de súmulas contendo o enunciado de sua jurisprudência dominante sobre algumas matérias, acaba adotando técnica que, muito embora seja parte de nossa tradição jurídica, não é considerada muito compatível com um autêntico sistema de precedentes obrigatórios, já que este se baseia na identificação da *ratio decidendi* de um caso concreto para em seguida se avaliar sua aplicabilidade ao caso que está sendo julgado. É certo que, por outro lado, se tentou amenizar tal problema com a previsão, no parágrafo posterior, de que a edição da súmula deve levar em consideração as circunstâncias fáticas dos casos concretos que motivaram sua criação.

Já em relação ao art. 927, entende-se que a própria norma prevista no artigo anterior deve levar ao entendimento de que o rol de pronunciamentos vinculantes contido em seus diversos incisos deve ser lido como exemplificativo, já que, para além dele, permanece o dever geral de coerência, estabilidade e integridade que deve haver entre as decisões judiciais.

Exemplo disso pode ser visto em relação, por exemplo, a decisões proferidas por órgãos fracionados (turmas ou seções) dos tribunais superiores. Embora tal hipótese não esteja expressamente previsto no dispositivo legal, caso o plenário ou órgão especial do tribunal ainda não tenham se manifestado quanto à matéria, mostra-se francamente contrária aos objetivos de um sistema de precedentes obrigatórios a possibilidade de um precedente proferido por algum destes órgãos fracionados ser desconsiderado, a não ser que se verifique a existência de contradição entre o entendimento externado por mais de um destes órgãos de um

mesmo tribunal, hipótese em que se mostra necessária a prévia uniformização de entendimento.

É certo que segurança jurídica não pode ser considerada como sinônimo de estagnação ou imobilidade, razão pela qual um sistema que preze pela estabilidade, integralidade e coerência de seus precedentes pode (deve), naturalmente, admitir a possibilidade de superação de um entendimento. Acerca deste aspecto tratam os parágrafos 2º a 4º do já mencionado art. 927, os quais buscam garantir, acertadamente, publicidade e participação dos interessados de maneira adequada por ocasião das eventuais alterações de entendimento, de modo a conciliar a necessidade de evolução com o resguardo à segurança jurídica.

Trata-se de técnica (superação de um precedente judicial mediante outro provimento, também proveniente do Poder Judiciário) que, no direito da *common law*, é denominada de *overruling* e que convive com a possibilidade de superação do precedente também decorrente de atuação legislativa.

Superar um precedente significa retirá-lo do ordenamento jurídico como direito vigente, colocando algo novo em seu lugar. Falar em superação do precedente abrange tanto a exclusão do precedente em si, como a eliminação de sua *ratio decidendi* – visto que é possível eliminar uma das normas do precedente e preservar outra. A revogação de um precedente pode se dar de duas formas. É possível que seja realizada pelo próprio Judiciário, mediante outra decisão, que afirme uma norma diferente da contida no precedente, superando-a. É também possível que se dê através de ato do legislativo, ao dispor em sentido contrário ou mesmo promulgando lei que repita a norma enunciada em um precedente, quando passa a ser novo referencial normativo (MACEDO, 2015, p. 439).

Como é intuitivo, a superação do precedente, no âmbito do próprio judiciário, apenas pode ocorrer pelo mesmo tribunal que proferiu o precedente superado ou por algum que lhe seja hierarquicamente superior, não se admitindo que referida técnica seja utilizada para que um juiz ou tribunal inferior deixe de aplicar precedente proferido por órgão superior.

Não se confunde com o *overruling* (que é procedimento utilizado para revogar um precedente, mudando-se o entendimento fixado acerca de determinada questão) a técnica do *distinguishing*, também proveniente do direito do *common law*, que consiste na demonstração de que um determinado precedente não é aplicável a um caso que está sendo julgado em razão das diferenças fáticas existentes entre ambos.

Consiste, portanto, na demonstração de que existem diferenciações entre ambos os casos (o que deu origem ao precedente invocado e ao que está sendo julgado na ocasião) e que estas diferenciações são suficientemente relevantes para que se possa justificar a inaplicabilidade do precedente ao caso.

Nas distinções (*distinguishing*), o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes.

[...]

O foco, então, para a operação dos precedentes, deve sair dos fatos da decisão, como um todo, para a caracterização dos fatos relevantes para a tomada de decisão. Ou seja, a fim de aplicar precedentes, mais propriamente de determinar se um precedente é aplicável a um caso subsequente, é preciso observar os fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e, em seguida, analisar as similaridades com o caso subsequente, especificando se os fatos categorizados que foram considerados juridicamente importantes estão presentes e quais fatos não possuem relevância para o direito (MACEDO, 2015, p. 352-353).

Diferentemente do que ocorre em relação ao *overruling*, a técnica do *distinguishing* pode ser utilizada por qualquer juiz ou tribunal para deixar de aplicar um precedente, já que ela não significa sua revogação ou superação, mas apenas inaplicabilidade no caso concreto em razão de diferenças fáticas relevantes.

Ao lado da expressiva valorização dos precedentes, outra estratégia adotada na nova codificação processual para mitigar os efeitos maléficos da litigância repetitiva consiste na generalização da técnica de “processos modelo”, na qual do julgamento de um incidente suscitado em um processo individual se extrai uma norma jurídica a ser aplicada a todos os diversos casos que sejam similares àquele.

Como já mencionado acima, esta lógica foi implantada nos últimos anos, no Brasil, para o julgamento dos recursos especial e extraordinário mediante reformas operadas no atual CPC. O novo código, além de manter tais inovações (aperfeiçoando-as pontualmente), trouxe um novo instituto, o incidente de resolução de demandas repetitivas (doravante, IRDR), regulamentado em seus artigos 976 a 987, que ampliou consideravelmente as possibilidades de utilização da referida técnica.

Sua inspiração parece ter sido a do instituto do *musterverfahren*, do direito alemão, conforme apontado em artigo pioneiro de Cabral (2007, p. 132-133):

O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência coletiva para além das partes. A finalidade do incidente é fixar posicionamentos sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas.

[...]

O procedimento se inicia com um pedido de instalação do incidente-padrão

(*Musterfeststellungsantrag*), seja pelo autor seja pelo réu, perante o juízo do processo individual (*Prozessgericht*, o juízo de origem), com indicação do escopo da tratativa coletiva, descrito e exigido pela lei como requisito do pedido.

O IRDR pode ser instaurado de ofício, por juiz¹³² ou relator (diferenciando-se, neste ponto, do instituto alemão, que não admite instauração de ofício), ou a pedido, seja de alguma das partes em um processo, seja pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, independentemente de sua qualidade de parte, quando se deparem com a existência de processos repetitivos com questão comum. É instaurado sempre em um tribunal de segunda instância, devendo ser dirigido ao seu presidente.

São previstos dois requisitos de admissibilidade para sua instauração: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Ainda que o incidente venha a ser inadmitido pela ausência de algum dos requisitos, nada impede que seja novamente apresentado, com a demonstração de que a omissão foi suprida.

O primeiro requisito pode ser duplamente criticado, seja por exigir a efetiva repetição de processos (o ideal seria que a potencial já fosse suficiente, de modo a se evitar o surgimento do problema em vez apenas de mitigar o problema já existente), seja por limitar sua incidência a controvérsias jurídicas (já que seria de grande utilidade que fosse possível a definição conjunta de questão fática comum a processos individuais distintos, como, por exemplo, a apuração de causa de acidente aéreo em situação na qual diversas vítimas litigam individualmente contra a companhia aérea).

A instauração do IRDR deve receber ampla publicidade, inclusive com criação de banco de dados eletrônicos específico para esta finalidade. Deve ser julgado em até um ano, tendo preferência sobre os demais feitos, com exceção dos que envolvem réus presos e dos pedidos de *habeas corpus*.

A partir da comunicação, pelo relator aos respectivos juízos nos quais tramitem os processos (individuais e coletivos) nos quais esteja sendo discutida a questão objeto do incidente situados na área de atribuição do tribunal em questão (Estado ou Região), do juízo positivo de sua admissibilidade, eles devem ser suspensos, o que não impede a apreciação,

¹³² Embora a lei textualmente preveja a instauração de ofício “por juiz”, trata-se de hipótese cuja ocorrência mostra-se um tanto problemática, já que o próprio código, em outros dispositivos (por exemplo, art. 978, parágrafo único) deixa claro que a instauração do incidente pressupõe que haja, em tramitação no tribunal, recurso, remessa necessária ou processo de competência originária, no bojo dos quais haverá o pedido ou iniciativa para sua instauração. Ocorre que, nesses casos, já não haverá atuação perante o juiz de primeiro grau, donde se questiona de que forma ele poderia tomar a iniciativa para instauração de ofício. A melhor forma de superar a aparente contradição parece ser a interpretação no sentido de que, havendo já algum processo ou recurso em tramitação no tribunal, o juiz que, na origem, perceber a repetição de casos idênticos tramitando em primeira instância, oficial à respectiva presidência dando ciência da situação.

nos juízes de origem, de pedidos de tutela de urgência. Ademais, a suspensão deve durar no máximo um ano, prazo previsto para conclusão do julgamento do IRDR, podendo, no entanto, perdurar além disso caso haja decisão fundamentada do relator. Mesmo após o julgamento do incidente, a suspensão persiste, caso haja interposição de recurso especial ou extraordinário.

A suspensão pode, por outro lado, se estender a todos os processos em curso no país, desde que alguma das partes, Ministério Público ou Defensoria Pública dirija pedido neste sentido ao STJ ou STF. Trata-se de previsão problemática, já que, como o incidente ainda não terá sido julgado, sequer existe ou sabe se virá a existir interesse recursal, a justificar a provocação precoce dos tribunais superiores. Sob o ponto de vista prático, contudo, a medida é positiva, já que é bastante comum que a mesma situação atinja indivíduos situados em distintos Estados.

Após a instauração do incidente, o contraditório deve ser o mais amplo possível. Para isso, além da possibilidade de requisitar informações dos juízos em que tramitam processos em que a questão esteja sendo debatida, deve ouvir não apenas as partes mas também outros interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidade com interesse¹³³ na controvérsia. Ainda dentro do objetivo de assegurar o mais amplo contraditório possível, admite-se a realização de audiências públicas e oitiva de pessoas com conhecimento sobre a matéria. O Ministério Público, se não foi o autor do pedido, também deve necessariamente ser ouvido.

Concluídas tais diligências deve ser marcado o julgamento, no qual, após ouvidas as partes, Ministério Público e outros interessados, haverá a fixação da tese jurídica a ser aplicada a todos os processos individuais e coletivos em tramitação, e também aos que vierem a ser ajuizados, que versem sobre a mesma questão jurídica e estejam contidos na área de competência territorial do tribunal responsável pelo julgamento. Caso haja interposição de recurso especial ou extraordinário, os efeitos da decisão passarão a incidir sobre todo o território nacional.

Será cabível reclamação em face da decisão que não aplicar a tese jurídica fixada no IRDR. A tese jurídica fixada pode ser posteriormente revista, desde que haja provocação neste sentido pelo Ministério Público ou Defensoria Pública. Trata-se de outro ponto passível de críticas, já que seria mais indicado abrir a possibilidade de as partes de um processo específico também pleitearem a revisão de entendimento.

Percebe-se, portanto, que o novo CPC seguiu tendência que permeou as diversas reformas realizadas no atual sentido de buscar, nos processos individuais, a solução para a

¹³³ É nítido que a legislação aqui, ao falar de interesse não o circunscreveu ao interesse jurídico, como ocorre por exemplo no instituto da assistência. A interpretação, portanto, deve ser a mais ampla possível, abrangendo interesses econômicos, sociais, políticos, morais e outros.

litigância repetitiva. No tópico seguinte serão feitas considerações críticas a este respeito e sugestões para o enfrentamento do problema à luz do direito em vigor.

4.4.4. COMPARAÇÃO

Como tem sido frisado ao longo deste trabalho, existem duas formas atualmente no país de se judicializar conflitos massificados: tanto se admite que cada um dos vários interessados apresente demanda individual (modelo atomizado), o que dá origem aos denominados processos repetitivos, objeto de várias reformas na legislação processual ocorridas nas últimas décadas com o objetivo de melhorar a eficiência em seu julgamento, quanto que algum legitimado ajuíze ação coletiva que vise a tutela dos direitos das várias pessoas afetadas (modelo molecular), cuja regulamentação, nos últimos vinte e cinco anos, apenas recebeu alterações com o objetivo de restringir tal possibilidade.

Mostra-se muito claro, portanto, que o legislador ordinário vem conferindo ênfase maior à solução individual, o que se sobressai especialmente em um momento no qual o novo CPC recentemente aprovado segue o mesmo caminho¹³⁴. A via individual não apenas tem sido a que recebeu maior atenção legislativa, mas também, talvez até mesmo em razão disso, tem se revelado a de maior utilização prática. Muito embora talvez seja difícil a obtenção de dados estatísticos muito precisos a respeito, os estudos mencionados ao longo do trabalho revelam satisfatoriamente a ocorrência de tal fenômeno, bem como o impacto gerado sobre a prestação do serviço jurisdicional.

Grande parte do problema de lentidão que os processos judiciais apresentam advém da utilização da individual para o processamento dos conflitos de massa, com a instauração de um processo individual para cada uma das várias pessoas envolvidas. No entanto, esta repercussão sobre a efetividade da prestação jurisdicional não consiste no único ponto em que se verifica a existência de discrepância entre as duas possíveis formas de judicialização, já que, conforme já referido ao longo do texto, existem outros fatores igualmente importantes, como a garantia do acesso à justiça, da isonomia, do equilíbrio entre as partes litigantes e do adequado dimensionamento da questão litigiosa.

Outro ponto a ser levado em consideração, por outro lado, consiste no fato de que no ajuizamento de uma demanda individual o titular do direito possivelmente lesado terá a

¹³⁴ É sintomático, a propósito, que tenha havido veto presidencial ao principal dispositivo que, na nova codificação, representaria algum avanço para o processo coletivo, qual seja, o da conversão de uma ação individual em coletiva, ainda que referido instituto não apresentasse, em princípio, relação com o ponto objeto deste trabalho (defesa coletiva de direitos individuais), já que havia, no texto vetado, expressa previsão no sentido de sua inaplicabilidade aos direitos individuais homogêneos.

possibilidade de traçar, com maior liberdade, a estratégia e argumentos a serem utilizados, sendo inegável que o trato concentrado de várias situações distintas acaba trazendo uma restrição à liberdade individual.

O fato de a legislação nacional prever dois caminhos distintos para o trato da mesma questão não chega a causar estranheza, já que, como demonstrado por Mendes e Silva (2016), trata-se de tendência verificada em vários outros países, conforme sintetizado em quadro explicativo elaborado pelos referidos autores e abaixo transcrito:

Quadro 1 – Comparação entre as ações coletivas e os processos modelo.

PAÍS	AÇÕES COLETIVAS	PROCESSOS MODELO, INCIDENTAIS OU <i>TEST CLAIMS</i>
Alemanha	<i>Verbandsklagen</i>	<i>Musterverfahren</i>
Brasil	Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Ação de Improbidade Administrativa	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
Estados Unidos	<i>Class Actions</i>	<i>Consolidation e Multidistrict Litigation (MDL)</i>
Inglaterra	Ação Coletiva	<i>Group Litigation Order</i>

Fonte: Mendes e Silva (2016).

Contudo, ainda que não se questione a previsão, concomitante, destas duas formas de se lidar com os conflitos massificados, é necessário que se analise mais profundamente de que forma elas se relacionam entre si; ou seja, se há, de fato, uma sobreposição de mecanismos ou se eles se ajustam, e de que forma ocorreria tal ajuste.

Para isso, será feita, em primeiro lugar, uma análise sobre de que forma ambos os instrumentos respondem às principais necessidades decorrentes da conflituosidade de massas, abordando-se também o aspecto relativo à liberdade individual. Em seguida serão analisadas três questões que se considera, atualmente, como os principais óbices a um melhor desenvolvimento do processo coletivo envolvendo direitos individuais homogêneos, quais sejam, a legitimidade ativa, a relação existente entre demandas individuais e coletivas (o que inclui a análise da litispendência, conexão e coisa julgada) e a liquidação e execução de sentença.

4.4.4.1. ECONOMIA PROCESSUAL

O primeiro eixo em razão do qual as soluções serão comparadas consiste na economia

processual. Como reiteradamente exposto acima, a tramitação concomitante de grande quantidade de processos individuais nos quais é discutida uma mesma questão jurídica acaba por demandar uma grande quantidade de tempo e recursos comprometendo, de maneira significativa, a celeridade processual não apenas dos litígios repetitivos mas das demandas em geral, já que ocorre um forte aumento no congestionamento perante os órgãos que compõem o Poder Judiciário.

Este foi o fator que motivou o grande desenvolvimento de medidas que, nos últimos anos, buscaram conferir maior racionalidade às demandas repetitivas (já mencionadas anteriormente, podendo-se destacar a improcedência liminar do pedido, julgamento dos recursos especial e extraordinário por amostragem e, no novo código, o IRDR), sendo inegável a obtenção de alguma economia processual em razão disso. Ocorre que, conforme tem sido constatado pelo CNJ em seus levantamentos anuais “Justiça em Números”, a taxa de congestionamento no país não apenas não tem diminuído, como tem aumentado anualmente.

Ainda que ainda não seja possível medir os impactos das novas medidas trazidas pelo Código que entrará em vigor (em especial o IRDR e o sistema de precedentes vinculantes), a perspectiva é a de que as melhorias não devem ser tão significativas, pelas mesmas razões em razão das quais as medidas anteriores não lograram êxito: tratam-se de mecanismos que, para serem implantados, pressupõem que o problema (excesso de processos individuais que replicam uma mesma controvérsia jurídica) já esteja criado, não sendo aptos, portanto, a evitar a instauração da situação indesejada.

Conforme já diagnosticado nos estudos do CNJ, a maior taxa de congestionamento de processos atualmente existente no país ocorre em primeira instância, sendo que os mecanismos que buscam racionalizar a solução individual não tratam adequadamente desta realidade. A técnica para julgamento de recursos especial e extraordinário por amostragem apenas é utilizável a partir do momento em que volume considerável de recursos que veiculam a matéria comum passam a ser dirigidos aos tribunais superiores, o que pressupõe causas já previamente decididas em duas instâncias inferiores e, portanto, que já tenha decorrido tempo considerável desde o surgimento dos processos repetitivos.

Com o IRDR busca-se dar um passo além, já que ele é instaurado já em segunda instância. Ocorre que, além de, ainda assim, não evitar a formação de processos repetitivos no primeiro grau, a aplicabilidade nacional da tese jurídica firmada continua, como não poderia deixar de ser, dependendo de um pronunciamento do STF ou STJ, o que faz com que não se tenha perspectiva de uma melhora tão considerável em relação à situação atual.

Seja em sede de IRDR, seja por ocasião do julgamento de recursos especial ou

extraordinário repetitivos, vale ressaltar que o julgamento do incidente não soluciona, de imediato, os vários processos individuais pendentes, já que apenas fixa a tese jurídica que deve ser aplicada, restando, portanto, a realização dos vários julgamentos nos casos concretos. Muito embora haja a obrigatoriedade de aplicação, pelos juízes e tribunais competentes, da tese jurídica firmada, deve-se levar em consideração que ainda existe a possibilidade do surgimento de controvérsia consistente na identidade ou não do caso concreto com o paradigma julgado, mediante utilização da já mencionada técnica do *distinguishing* o que poderá demandar atividade cognitiva nos processos de origem, com a potencial repercussão sobre as instâncias superiores, que terão a possibilidade de reanalisar as situações em sede recursal.

Além disso, não se pode desprezar a possibilidade de casos, ainda que tendam a se tornar cada vez mais escassos, em que por desinformação ou inconformismo haja o mero descumprimento da tese jurídica firmada, o que demandará a utilização da reclamação em cada caso concreto no qual verificado o problema, gerando a necessidade de pronunciamentos das instâncias superiores em cada uma destas situações.

Por fim, deve-se reiterar a observação, já realizada, de que, em se tratando de IRDR, a aplicabilidade da tese jurídica nele firmado em princípio fica circunscrita à abrangência territorial (Estado ou região) do tribunal que proferiu a decisão, dependendo de provocação ao STJ ou STF para que possa ser aplicável a todo o território nacional.

Já no que tange ao processo coletivo, a avaliação acerca de sua utilidade na economia processual varia de acordo com a forma de sua aplicação, o que, por sua vez, decorre da interpretação a ser dada a alguns dispositivos. Trata-se de instrumento que, em tese, asseguraria um ganho muito maior neste quesito ao possibilitar a concentração, em uma mesma relação processual, da discussão acerca do direito de grande quantidade de pessoas. No entanto, três aspectos são essenciais para o melhor dimensionamento deste ganho: sua relação com as demandas individuais, a eficácia territorial da sentença proferida e a liquidação e execução das decisões nele proferidas. Eles serão melhor analisados no momento final deste trabalho, fazendo-se neste momento apenas uma breve contextualização.

O ajuizamento de uma ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos claramente possui algum grau de relação com as eventuais ações individuais que estejam em andamento, ou que venham a ser ajuizadas, que tenham por objeto os direitos individuais que se busca tutelar coletivamente.

Conforme acertadamente indica o art. 104 da Lei 8.078/90, não se trata de relação de litispendência. No entanto, o mesmo dispositivo, ao dispor sobre as hipóteses em que a

sentença de procedência de um processo coletivo beneficia as pessoas que estiverem com ações individuais em andamento, prevê que estas têm a mera faculdade de optar pela suspensão de seus processos. Por outro lado, o STJ, no importante julgamento do REsp 1.110.549/RS, posicionou-se no sentido da obrigatoriedade da suspensão dos processos individuais quando esteja em andamento ação coletiva que abranja seus objetos (BRASIL, 2009).

Trata-se de questão essencial para se avaliar o ganho de economia processual que pode ser trazida pela ação coletiva. A prevalecer uma interpretação mais literal do dispositivo ele tenderá a ser menor, ainda que haja um estímulo (perspectiva de se beneficiar da sentença coletiva) para que haja a suspensão. Vale ressaltar também que ainda são raros os casos em que os autores de demandas individuais são efetivamente notificados, em seus processos, acerca da existência de uma ação coletiva, de modo a fazer a opção entre prosseguir com o seu processo ou suspendê-lo. Isso significa que a imensa maioria das ações individuais acabará tramitando simultaneamente ao processo coletivo, reduzindo sensivelmente os possíveis ganhos de economia processual que tal instrumento poderia trazer. É certo que a existência de uma ação coletiva pode desestimular ainda a propositura de novas ações individuais versando sobre a mesma questão; entretanto, a ausência (ou o pouco) impacto sobre as já em andamento fazem com que não se tenha um ganho muito significativo, sob esta perspectiva.

No que se refere à eficácia territorial das sentenças proferidas, a questão gira em torno da interpretação a ser conferida ao art. 16 da Lei 7.347/85, que pode ser entendido no sentido de se determinar que a sentença proferida em processo coletivo que tem por objeto direitos individuais homogêneos apenas afetaria os indivíduos localizados na área de competência territorial do Juízo que a proferiu.

Trata-se de questão que, não obstante o longo tempo já decorrido desde o seu surgimento (trata-se de alteração legislativa promovida pela Lei 9.494/97, há quase vinte anos portanto), ainda suscita grande controvérsia na doutrina e jurisprudência, não tendo sido ainda pacificada. Uma interpretação mais literal do dispositivo analisado, da qual se discorda, representaria outro grande abalo na economia processual trazida pelo processo coletivo, já que se mostrariam necessárias várias ações coletivas simultâneas para enfrentar uma questão que, por exemplo, afetasse o território nacional. No momento destinado ao enfrentamento dos maiores desafios enfrentados pela defesa coletiva de direitos individuais a questão será vista de forma mais pormenorizada.

Em relação à liquidação e execução da sentença coletiva, o art. 97 também da Lei

8.078/90 pode dar a impressão de que se trata de fase a ser conduzida eminentemente pelos indivíduos beneficiados pela decisão. Do processo coletivo resulta uma sentença genérica que praticamente se limita a certificar a responsabilidade do demandado, advindo daí uma segunda etapa cognitiva, pulverizada, na qual cada um dos indivíduos beneficiados instaura uma demanda própria visando a demonstrar sua condição de beneficiado pela decisão e apurar a quantia que lhe é devida. Conforme se verá mais detalhadamente adiante, ainda que se trate de possibilidade prevista na legislação, não se pode mais considerar ser esta a solução normal para os processos coletivos que versem sobre direitos individuais homogêneos, sob pena de se comprometer gravemente a economia processual que poderia ser por ele gerada.

Tendo em vista que nenhuma utilidade prática advém da mera certificação da responsabilidade da demandada, entender que a efetiva reparação aos indivíduos lesados pela conduta ilícita dependa da propositura, por cada um deles, de uma demanda individual voltada a apurar os seus danos implica um inegável desvirtuamento da própria ideia de processo coletivo, que consistiria em instrumento com uma séria limitação, já que apenas trataria coletivamente de uma parcela da matéria a ser objeto da atividade cognitiva. Seria evidente a aproximação do processo coletivo aos demais instrumentos previstos para as ações individuais, já que estes também realizam papel semelhante, permitindo o tratamento conjunto de parte da questão mas sem prescindir da existência das inúmeras relações processuais individuais.

Portanto, em relação ao aspecto da economia processual, conclui-se que o processo coletivo, embora apresente larga vantagem em relação às ferramentas implantadas nos processos individuais, pode vir a ser até mesmo superado por este em tal quesito, a depender da interpretação a ser conferida às três questões acima elencadas.

4.4.2. ISONOMIA

O segundo eixo em razão do qual as soluções serão comparadas consiste na necessidade de se conferir tratamento isonômico aos vários indivíduos que se encontram diante da mesma situação conflituosa. É extremamente nocivo que, em casos como este, situações idênticas recebam soluções díspares, o que, além de abalar significativamente a própria credibilidade do Poder Judiciário, acaba por comprometer o princípio da isonomia.

Aqui, ao contrário do que ocorre em relação à economia processual, verifica-se que os instrumentos implementados nos processos individuais são em princípio aptos a garantir um aceitável nível de isonomia, já que, uma vez fixada a tese jurídica a ser aplicada, existem

instrumentos capazes de garantir que ela, de fato, venha a prevalecer em todos os processos individuais que estejam em andamento.

Neste sentido, é importante ressaltar que o avanço mais significativo foi dado no CPC que recentemente em vigor. São principalmente quatro os pontos em que se percebe um efetivo avanço em relação ao sistema atualmente existente: a possibilidade de a definição da questão comum ocorrer já em segunda instância aumenta a quantidade de matérias que podem ser decididas por esta via; esta mesma circunstância acaba por antecipar o momento em que se dá a definição da questão comum; a forma de aplicação da tese jurídica firmada aos casos individuais foi significativamente aperfeiçoada; a implantação de um sistema de precedentes obrigatórios contribui para que se evite decisões discrepantes em casos similares. A seguir cada um destes pontos será melhor explicado.

Os mecanismos atualmente em vigor apenas permitem a fixação de tese jurídica a partir da técnica de processo modelo nas hipóteses dos recursos especial e extraordinário, conforme reformas empreendidas na legislação processual nos últimos anos. Como se sabe, tratam-se de recursos que possuem hipóteses de cabimento estritamente previstas no texto constitucional, não bastando, como ocorre nos recursos ordinários (em especial na apelação e agravo) a mera sucumbência para que a parte derrotada possa manejá-los.

Isso ocorre porque se tratam de recursos cuja principal finalidade não está na defesa dos direitos subjetivos das partes envolvidas no litígio específico, mas sim na proteção do próprio direito objetivo, visando-se garantir sua aplicação correta e uniforme no território nacional. Assim, se tal valor não se encontrar em risco, ainda que tenha havido sucumbência de algumas das partes envolvidas, não será cabível a interposição dos recursos extraordinários (tal denominação abrange o recurso especial e o extraordinário em sentido estrito) aos tribunais superiores (respectivamente, STJ e STF).

As hipóteses de cabimento do recurso especial encontram-se previstas no art. 105, III da Constituição Federal. Ele é cabível em face de decisões proferidas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando elas: a) contrariarem tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por sua vez, os casos que desafiam a interposição de recurso extraordinário são aqueles arrolados no art. 102, III do texto constitucional, consistindo em qualquer julgamento, proferido em única ou última instância, que: a) contrariar dispositivo da Constituição Federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de

governo local contestado em face da Constituição Federal; ou d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Por um lado, verifica-se que a abrangência do recurso extraordinário é mais ampla, já que é cabível contra qualquer decisão proferida em última instância, diferentemente do recurso especial, que pressupõe decisão proferida por Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça, ficando, com isso, excluídas de seu cabimento, por exemplo, as decisões proferidas por Tribunais Regionais Eleitorais (sendo cabível recurso, no entanto, ao Tribunal Superior Eleitoral), Tribunais Regionais do Trabalho (sendo cabível recurso, no entanto, ao Tribunal Superior do Trabalho) e Juizados Especiais (nos quais, à míngua de equivalente recursal, a tarefa de uniformização de jurisprudência é feita através das turmas regionais e nacional de uniformização).

Sob outra perspectiva, contudo, verifica-se que a abrangência do recurso especial também pode ser considerada mais ampla, já que inexistente, em relação a ele, o requisito da repercussão geral, prevista em relação ao recurso extraordinário, fazendo com que este apenas possa ser conhecido caso o processo no qual manejado possua questões relevantes sob o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, de modo a ultrapassar os interesses subjetivos das partes envolvidas no litígio concreto.

Ainda que se verifique que a maior parte dos litígios envolvendo processos repetitivos admitirão a interposição de algum destes recursos e, conseqüentemente, a solução mediante a técnica do julgamento por amostragem, não se pode ignorar que as limitações cognitivas existentes acabam por restringir, em alguma medida, as possibilidades de utilização do referido mecanismo.

Diante disso, a instituição, no novo CPC, do IRDR representa um avanço na possibilidade de utilização da técnica de processo modelo, já que não se mostra necessária a presença dos requisitos previstos para a interposição do recurso especial ou extraordinário, ainda que haja, como já visto, a previsão de requisitos específicos, quais sejam, de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança pública.

Outro desdobramento decorrente do fato de a legislação atual apenas permitir a utilização da técnica de julgamento modelo perante os tribunais superiores consiste no fato de que o momento da fixação da tese jurídica tende a ser mais postergado, aumentando-se, com isso, o risco de uma quantidade maior de situações individuais restar excluída da incidência da tese jurídica que vier a ser fixada.

Até que se identifique a repetição de uma quantidade grande de recursos

extraordinários acerca de uma mesma questão de direito, mostra-se perfeitamente possível que uma quantidade considerável de outros casos análogos já tenha sido julgada em caráter definitivo, seja porque os tribunais superiores acabaram julgando os recursos sem que naquele momento já estivessem presentes os requisitos para a aplicação do julgamento por amostragem, seja porque pode simplesmente não ter havido recursos a eles, tendo o caso transitado em julgado em primeira ou segunda instâncias.

De todo modo, terá havido uma quantidade razoável de casos individuais que, já tendo transitado em julgado por ocasião da fixação da tese jurídica em julgamento por amostragem, não mais poderão ser influenciados por ela. Diante disso, estarão sujeitos ao risco de quebra de isonomia, já que o trânsito em julgado pode ter se dado em sentido oposto ao fixado no julgamento modelo, gerando o indesejado efeito de aplicação de soluções discrepantes para casos análogos e o conseqüente comprometimento da credibilidade do próprio Poder Judiciário.

Aqui também se nota o efeito benéfico decorrente da criação do IRDR, pois, a partir do momento em que se torna possível antecipar o instante de fixação da tese jurídica (já que isso pode ser feito já a partir de quando se notar o excesso de recursos interpostos contra decisões de primeira instâncias), diminui-se, ainda que não se elimine, a possibilidade de casos concretos escaparem da aplicação da tese jurídica fixada por terem tido seu trânsito em julgado anteriormente a tal momento.

Como já mencionado anteriormente, a anterior forma de aplicação da tese jurídica firmada em recursos extraordinários e especial repetitivos encontrava-se prevista nos artigos 543-B e 543-C do CPC/1973.

Em relação ao recurso extraordinário, caso o julgamento paradigma indique a ausência de repercussão geral na questão, todos os demais recursos interpostos e aguardando exame de admissibilidade nos tribunais de origem serão automaticamente não admitidos. Se, no entanto, houver o reconhecimento da repercussão geral e, conseqüentemente o julgamento do mérito, os tribunais de origem das decisões em relação às quais foram interpostos os demais recursos farão novo julgamento, ocasião em que poderão declarar o recurso prejudicado (se a decisão recorrida estiver de acordo com o entendimento firmado no julgamento modelo) ou se retratar (na hipótese contrária). Caso não haja retratação de decisão que foi contrária à tese que veio a ser fixado, o recurso interposto teve ter sua admissibilidade avaliada e, sendo o caso de conhecimento, pode ser liminarmente provido.

Em relação ao recurso especial, a previsão atual segue na mesma linha, já que, se a decisão recorrida estiver de acordo com a tese jurídica fixada, o recurso terá seu seguimento

denegado e, na hipótese contrária, será novamente apreciado, permitindo-se, portanto que haja reconsideração e, apenas mantida a orientação divergente é que se fará o exame de admissibilidade do recurso interposto.

Na nova codificação percebe-se a ocorrência de um importante aperfeiçoamento de tais mecanismos. Em se tratando de recurso especial ou extraordinário repetitivos (art. 1.040 para ambos, já que a regulamentação foi unificada), ficam mantidas as providências atualmente em vigor para os casos em que ficaram retidos outros recursos especiais ou extraordinários nos tribunais de origem, podendo haver sua inadmissibilidade ou oportunidade de novo julgamento. No entanto, como agora deve ocorrer a suspensão de todos os processos que tenham por objeto a questão debatida, independentemente de seu grau de jurisdição (art. 1.037, II), a tese jurídica firmada será aplicada também a todos estes processos de imediato (art. 1.040, III).

Ademais, caso se trate de IRDR, a aplicação será ainda mais eficaz, já que a partir do julgamento do incidente, com a definição da tese jurídica a ser aplicada, ocorrerá sua imediata incidência sobre todos os processos que versem sobre a questão definida (desde que estejam sob a competência territorial do respectivo tribunal, como já visto) e inclusive aos futuros casos ainda a serem ajuizados.

Por fim, o último aspecto no qual se nota importante evolução com a nova codificação consiste na criação do já mencionado sistema de precedentes vinculantes, gerando a vinculação dos órgãos jurisdicionais ao entendimento fixado por eles mesmos ou em instâncias superiores. A aplicabilidade deste sistema mostra-se bastante útil para os casos de demandas repetitivas, gerando a possibilidade de aplicação imediata e uniforme de um determinado entendimento jurídico, ainda que não tenham sido realizados os procedimentos específicos previstos para a litigância repetitiva (IRDR e recursos especial e extraordinário repetitivos).

Já em relação ao processo coletivo, por sua vez, a questão da isonomia entre as diversas situações individuais similares mostra-se plenamente solucionada, já que, como a discussão estará concentrada em uma mesma relação processual, não existe o risco de tratamento discrepante para situações idênticas. Trata-se de uma vantagem significativa que é inerente à própria natureza do processo coletivo.

Há no entanto, um aspecto que, ainda, que se diferencie da perspectiva pela qual a questão vem sendo até aqui abordada, pode, a depender da interpretação que se dê aos dispositivos legais aplicáveis, apresentar certo reflexo negativo sobre a questão da isonomia no processo coletivo. Trata-se da já referida questão da sua liquidação e execução, pois, caso

se entenda que tais fases devem ocorrer de forma preferencialmente individual, é inegável a ocorrência de risco no sentido de que parte dos indivíduos beneficiados pela sentença condenatória podem vir a ser beneficiados e outros não.

Tal risco decorre, primeiramente, da possibilidade de a demandada não possuir patrimônio suficiente para arcar com todos os débitos, vindo a tornar-se insolvente. Embora haja instrumentos previstos no ordenamento jurídico adequados a tais situações (recuperação judicial, falência), os quais visam à tutela isonômica dos credores (dentro de suas respectivas categorias) o fato é que a situação de insolvência pode revelar-se apenas em momento no qual parte dos credores já esteja satisfeita, fazendo com que fiquem em situação privilegiada em relação aos demais.

Em segundo lugar, pode ocorrer que, simplesmente, parte dos credores não tome conhecimento da existência da condenação proferida em um processo coletivo no qual sua situação individual encontra-se abrangida. Como se sabe, uma das grandes fragilidades ainda existentes em nosso processo coletivo consiste na insuficiência da publicidade que lhe é dada, pois a única forma de publicidade prevista especificamente na legislação consiste na publicação de edital, o que é manifestamente insuficiente para dar um conhecimento adequado aos interessados. Ainda que a legislação preveja, na falta de habilitação dos credores individuais, a possibilidade de execução subsidiária pelos legitimados coletivos, note-se que se trata de hipótese na qual o valor arrecadado será destinado a um fundo comum para a defesa de direitos difusos, não se revertendo em favor do verdadeiro beneficiado.

Frise-se que, sob tal aspecto (garantia e isonomia da satisfação material dos direitos), os aperfeiçoamentos dos mecanismos individuais trazidos no novo Código são inócuos, já que eles visam apenas a garantir a aplicação isonômica da tese jurídica fixada, sem a preocupação com a etapa de sua realização prática, que continuará se desenvolvendo individualmente, com os riscos acima apontados.

Conclui-se, portanto, que, no tocante ao eixo da isonomia, não obstante as efetivas melhorias nas soluções previstas para os processos individuais e do risco no processo coletivo, este inegavelmente consiste em caminho mais capaz de garantir que haja um tratamento isonômico aos indivíduos envolvidos, evitando-se que situações fáticas idênticas acabem recebendo tratamentos discrepantes.

4.4.3. ACESSO À JUSTIÇA

O terceiro eixo em razão do qual as soluções serão comparadas consiste na promoção

do mais amplo possível acesso à justiça. O objetivo consiste em se avaliar qual o caminho que se revela mais indicado para permitir que uma maior quantidade de pessoas seja efetivamente beneficiada pelas decisões judiciais, sendo reparada nas lesões sofridas aos seus direitos.

Pela perspectiva individual, não se mostram pertinentes a este aspecto as técnicas de processos repetitivos vistas nos itens anteriores, já que elas têm como objetivo garantir a harmonia e celeridade no julgamento dos processos já existentes, não implicando, portanto, aumento de cobertura da tutela jurisdicional.

Por outro lado, não se pode desprezar os significativos avanços ocorridos nos últimos anos em relação ao tema do acesso à justiça. Os empecilhos financeiros foram enfrentados com a concessão de gratuidade nas custas processuais e criação de órgão público (Defensoria Pública) voltado à assistência jurídica aos necessitados. Além disso, foram ampliadas as possibilidades de postulação sem a necessidade de advogado, conforme se verifica no processo trabalhista. Ademais, os juizados especiais, voltados a questões de menor porte, trazem ambos os avanços e ainda uma significativa desburocratização em seu procedimento.

Vale mencionar ainda que, pela própria evolução do Estado brasileiro, o Poder Judiciário (e demais órgãos com atuação na atividade jurisdicional) encontra-se presente de forma cada vez mais capilarizada no país e, portanto, mais próximo de uma parcela cada vez maior da população, o que representa significativo fator da facilitação do acesso à justiça.

Não se quer dizer com isso que os desafios para um amplo e efetivo acesso à justiça por toda a população estejam totalmente superados, já que ainda resta muito a ser feito. Contudo, é inegável que houve importantes avanços acerca da questão. Sobre os empecilhos ainda existentes, cabe destacar que, além do aperfeiçoamento e consolidação dos avanços já ocorridos (melhor estruturação da Defensoria Pública e Juizados Especiais, *etc.*), nota-se que as principais barreiras que ainda precisam ser rompidas são de duas ordens.

Em primeiro lugar, a promoção de uma maior informação por parte da população, que, muitas vezes, não tem um conhecimento adequado de seus direitos, não podendo, portanto, identificar que houve alguma lesão a eles. Ressalte-se também que, muitas vezes, mesmo tendo a noção de que houve lesão a direitos, falta conhecimento sobre de que forma levar ao Poder Judiciário a sua questão.

Em segundo, a falta de credibilidade do Poder Judiciário, decorrente da crise de efetividade de seus provimentos, faz com que, ainda que as pessoas tenham o conhecimento de que houve lesão a seus direitos e saibam os caminhos existentes para a propositura de uma demanda, preferem buscar outras formas para solução de seus conflitos ou simplesmente aceitar a consolidação de uma situação ilegal por não ver, no processo judicial, um meio de

obter de maneira célere o bem da vida pretendido. Esta postura tende a ser mais forte quanto menor for o proveito econômico envolvido, chegando a pontos (os já mencionados danos de bagatela) em que o processo judicial individual mostra-se notoriamente inadequado para a tutela da situação.

Já o processo coletivo, por possibilitar a tutela de indivíduos sem que eles necessitem deduzir demandas individuais, mostra-se como caminho muito mais adequado à promoção de um amplo e efetivo acesso à justiça. Mesmo que o indivíduo sequer saiba que seu direito foi lesado, ou, caso saiba, não conheça os meios que devem ser percorridos para a propositura de uma demanda, ou, ainda conhecendo, avalie que não vale a pena (seja pela pequena dimensão da lesão, seja pela ausência de credibilidade do processo judicial) ajuizar uma ação, ainda assim será tutelado em juízo e poderá vir a ser efetivamente beneficiado pelo provimento jurisdicional a ser proferido.

Tal como mencionado em itens anteriores, a plena funcionalidade do processo coletivo na perspectiva de garantia de amplo e efetivo acesso à justiça também possui relação com a interpretação a ser dada às suas fases de liquidação e execução. A se entender que são prioritariamente individuais parte deste benefício resta comprometida, já que as dificuldades apenas serão postergadas para a etapa seguinte. Ora, se o fato de haver sentença genérica fixando a responsabilidade do autor do dano pode contornar alguns dos óbices ao acesso da justiça vistos acima (já que o processo individual a ser ajuizado tenderá a ser mais célere e simples), não resolve todos (pois continuará sendo necessária a presença dos requisitos mínimos a propositura de uma demanda, sem contar na questão do conhecimento da existência da sentença genérica), de forma que se trata de questão de grande relevância.

Existem ainda outras duas questões cuja definição possui grande relevância para a avaliação do acesso à justiça garantido por meio do processo coletivo, estando ambos entre as quais a parte final deste item dedicará maior atenção. A primeira, já referida acima, gira em torno da interpretação a ser dada ao art. 16 da Lei 7.347/85, pois, se interpretado no sentido de que a eficácia territorial do provimento jurisdicional circunscreve-se à área de competência do Juízo que o proferiu, é inegável o abalo que isso representará sobre o aspecto aqui tratado, já que, muitas vezes, a maior parte da população que seria beneficiada pela decisão judicial acabará não o sendo. A segunda decorre de controvérsia existente acerca da extensão da tutela jurisdicional em ações promovidas por associações, bem como dos exatos contornos da legitimidade ativa dos legitimados públicos para a tutela de direitos individuais homogêneos. Tais questões serão melhor vistas em momento posterior, adiantando-se, desde logo, que possuem importante repercussão no âmbito do acesso à justiça, já quanto mais ampla for a

possibilidade de legitimação, maiores serão as chances de uma mais efetiva promoção deste acesso.

Verifica-se, então, que o processo coletivo, indubitavelmente, constitui ferramenta apta a promover um maior acesso à justiça em comparação ao processo individual, mesmo considerando os significativos avanços ocorridos nesta via.

4.4.4. DIMENSIONAMENTO DOS IMPACTOS

O quarto eixo em razão do qual as soluções serão comparadas consiste na possibilidade de um melhor dimensionamento dos impactos práticos decorrentes da questão inerente aos conflitos massificados. Trata-se de fator de grande relevância prática, podendo influenciar de maneira efetiva o conteúdo das decisões a serem tomadas.

Em primeiro lugar, este dimensionamento permite, como já foi mencionado anteriormente, que se identifique situações em que a parte demandada não terá patrimônio suficiente para arcar com todas as indenizações devidas, permitindo-se que sejam tomadas as medidas adequadas para que se lide com este tipo de situação, instaurando-se o concurso de credores.

Ademais, muitos são os casos em que a controvérsia gira em torno de questões que, por envolverem a aplicação de princípios jurídicos aparentemente contrapostos, mostra-se necessária a realização de uma ponderação no caso concreto. Ora, esta ponderação apenas poderá ser realizada de maneira mais adequada em situações nas quais a totalidade dos interesses realmente em jogo esteja presente, permitindo um sopesamento mais exato das questões envolvidas no caso e das repercussões decorrentes das possíveis decisões a serem tomadas. Serão fornecidos dois exemplos que podem ajudar no melhor entendimento da questão.

Imagine-se, por exemplo, situação de um tratamento médico recentemente desenvolvido e teoricamente capaz de, de maneira inovadora, combater eficazmente alguma doença mortal para a qual até então não havia tratamento igualmente satisfatório. O novo tratamento, que tem um custo muito elevado, não integra a relação daqueles fornecidos pelo Poder Público à população gratuitamente no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o que não impede vários de seus possíveis beneficiários de ingressarem com demandas judiciais para obter (e, em alguns casos, logrando êxito) seu fornecimento pelo Poder Público sob o argumento do caráter fundamental do direito à vida, natureza universal do SUS e pelos estudos científicos que apontam a eficácia do tratamento. Ainda que se trate de doença não

muito frequente, sabe-se que ela afeta 20.000 pessoas (cerca de 0,1% da população), sendo que 1% delas buscou judicialmente a realização deste novo procedimento e metade obteve a ordem judicial que pleiteava. O custo mensal de um tratamento destes é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), concluindo-se que as ordens judiciais proferidas importam despesas de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) por mês e o tratamento para todas as pessoas que se encontram na mesma condição significaria um dispêndio de R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) a cada 30 dias. Como se trata de doença não tão frequente e bastante dispersa no território nacional, nenhum dos juízes responsáveis pelas cem decisões que determinaram o custeio do tratamento proferiu mais de duas delas. Ora, como se trata de questão em que se discute a obrigação de o Estado fornecer cobertura em saúde não prevista na legislação que rege o SUS, sua apreciação judicial deve realizar um raciocínio de cunho ponderativo no qual levará em consideração o valor da vida humana que se pretende tutelar e a possibilidade de êxito, mas, também, a dimensão que esse custo representará sobre o financiamento do sistema de saúde do país como um todo. Neste sentido, quando o julgador se depara com este problema em apenas um caso concreto, tenderá a fazer tal avaliação a partir do impacto que aquela situação específica tem o potencial de causar. Ocorre que, como já sido, o próprio sistema tem buscado formas de preservar a isonomia e coerência de situações da mesma natureza, de modo que uma decisão tomada em um caso individual, no qual não se tinha noção muito precisa de seu dimensionamento geral, pode servir como paradigma para casos análogos, ocasionando uma repercussão não prevista e até mesmo insustentável. No exemplo dado, o valor para o custeio do tratamento em favor de todas as pessoas em idêntica situação comprometeria quase 2% do orçamento da saúde do país, o que poderia levar à inviabilização de serviços em benefício de uma parcela muito maior da população. Ora, se tal questão recebesse tratamento coletivo ficaria muito mais fácil de se realizar o adequado dimensionamento do custo desta implantação e, portanto, um sopesamento mais preciso dos valores envolvidos.

Outro exemplo que pode ser fornecido consiste no de uma operadora de telefonia celular que, tendo utilizado uma estratégia agressiva para aumento de venda de suas linhas no mercado, com promoções bastante atrativas para atrair novos clientes, realizou vendas em quantidade muito acima à sua estrutura de rede implantada. O resultado disso foi a queda abrupta da qualidade dos serviços por ela prestados, prejudicando de maneira considerável todo o universo de seus consumidores. Como se sabe, a agência reguladora que disciplina o setor de telecomunicações possui diversos indicadores para medir a qualidade do serviço prestado pelas operadoras de telefonia móvel, prevendo metas de qualidade que devem ser

alcançadas. A operadora do exemplo fornecido, em razão de sua estratégia mercadológica, encontra-se em situação de descumprimento de grande parte das metas de qualidade fixadas e, não obstante, continua a comercializar suas linhas a novos clientes sem realizar, de maneira satisfatória, as melhorias necessárias em sua rede. Muito embora os clientes tenham a opção de migrar para operadoras concorrentes, verifica-se que apenas uma parcela muito pequena opta por tal caminho, enquanto que a maioria permanece, ainda que insatisfeita, em razão de conveniências pessoais. Uma ínfima parcela destes consumidores que permanecem na operadora, ainda que insatisfeitos, opta por ajuizar demandas individuais nas quais, demonstrando que os serviços não lhe estão sendo ofertados de maneira satisfatória, pretende obrigar a operadora a cumprir os termos do contrato e normas aplicáveis ao caso. Não obstante na maioria destes casos ter sido proferida decisão antecipatória dos efeitos da tutela, a operadora não as cumpre de maneira satisfatória, mesmo que com a aplicação de multas diárias. Uma medida que possivelmente se mostraria apta a constranger a empresa demanda a alcançar os níveis de qualidades aos quais é obrigada seria a proibição de que ela viesse a comercializar novas linhas enquanto não corrigidos os problemas existentes. Muito embora a legislação admita a ampla aplicabilidade de medidas coercitivas para o cumprimento de obrigações de fazer, é certo que, em razão do fato de não haver uma tipificação legal das que podem ser aplicadas, deve ser feito um juízo de proporcionalidade no qual se pode concluir, no caso concreto, que determinada medida mostre-se excessivamente grave e, em razão disso, não seja aplicada. Ora, no exemplo fornecido, a medida de suspensão da venda de novas linhas em todo o território nacional, embora possa ser considerada razoável quando se analisa a situação em sua dimensão geral (descumprimento generalizado de diversas metas de qualidade estabelecidas pela agência reguladora), pode parecer exagerada ao se analisar apenas uma situação individual, na qual só se pode vislumbrar o prejuízo e transtorno causados a um consumidor específico, o que não é suficiente sequer para se concluir pelo descumprimento das metas de qualidade estabelecidas, já que elas são calculadas a partir de um percentual fixado sobre todos os clientes da operadora.

Em ambos os exemplos o processo coletivo sobressai-se como local muito mais adequado para o proferimento de decisões mais compassadas com a realidade e, portanto, mais justas, na medida em que possibilita que um determinado problema seja visto em sua total e real dimensão. Os mecanismos criados nos processos individuais, em que se extrai, da decisão proferida em um caso individual, a norma jurídica a ser aplicada para as demais situações análogas, revelam-se, também quanto a este quesito, em nítida desvantagem, pois muito embora se possa levar em consideração, em um processo individual, este

dimensionamento coletivo, trata-se de caminho visivelmente mais tortuoso e que nem sempre pode se mostrar possível.

4.4.5. PARIDADE

O quinto eixo em razão do qual as soluções serão comparadas consiste na possibilidade de se realizar uma disputa em condições de maior igualdade entre os litigantes, facilitando uma tomada de decisões mais justa.

Conforme já mencionado anteriormente, os processos repetitivos possuem, como uma de suas principais características, a de ter o seu polo passivo ocupado por entes (em geral o Poder Público ou grandes empresas) que são multiplamente demandados por diversos indivíduos por uma mesma questão. Estes grandes entes, ocupantes do polo passivo das demandas repetitivas, constituem o que parte da doutrina passou a denominar de litigantes habituais. Por outro lado, os autores de ações desta natureza são pessoas que, na maioria das vezes, têm apenas aquele ou alguns poucos processos judiciais em que são partes, caracterizando o que esta classificação designa por litigantes eventuais.

Ora, não demanda muito esforço a constatação de que um litigante habitual possui um visível ganho de escala sobre o eventual, já que, como já faz parte dos seus custos fixos a manutenção de um grande aparato encarregado de sua defesa judicial, o impacto proporcional de um litígio individual chega a ser insignificante. Por outro lado, para o indivíduo o ajuizamento e manutenção de um processo judicial tende a representar um peso relativo muito maior, tanto em termos estritamente financeiros mas também no que diz respeito ao próprio desgaste pessoal que a situação gera.

Esta intuitiva diferença faz com que, enquanto para um litigante habitual seja muito mais fácil manter um determinado processo individual em andamento, podendo protelá-lo sem que isso lhe cause transtorno mais expressivo, o litigante individual possui uma capacidade muito mais reduzida para suportar tal peso.

Neste sentido, o processo coletivo, ao contrapor (pelo menos na grande maioria das vezes, já que pode ocorrer de algum dos legitimados ativos não chegar a se enquadrar em tal categoria, como no caso de alguma associação de menor porte, por exemplo) dois litigantes habituais, faz com que as partes envolvidas no litígio tenham condições mais aproximadas de mantê-lo em andamento. Este maior equilíbrio de forças que o processo coletivo pode, em tese, proporcionar é, por sua vez, muito importante já que aumenta as possibilidades de o resultado mostrar-se mais justo e adequado.

4.4.6. LIBERDADE

Um último aspecto mediante o qual se considera importante realizar a comparação entre a solução individual e a coletiva para a questão da litigância repetitiva consiste no relativo ao grau de liberdade individual reservada às pessoas que possivelmente tiveram seus direitos individuais lesados.

Nos itens anteriores foi demonstrada uma série de vantagens que o processo coletivo possui sobre os mecanismos criados para o aperfeiçoamento do tratamento individual das demandas massificadas, consistindo em uma maior garantia de economia processual, de tratamento isonômico entre todos os afetados, de amplo acesso à justiça, de dimensionamento mais preciso dos interesses envolvidos e de disputa mais párea entre os polos processuais.

Existe um outro aspecto, contudo, em que, teoricamente, os processos individuais apresentam vantagem, consistente na possibilidade de assegurar ampla liberdade ao indivíduo afetado, no sentido de definir, conforme sua conveniência pessoal, o melhor momento de ajuizar sua demanda e, também, a melhor estratégia a ser utilizada, o que abrange uma série de possíveis aspectos envolvidos na decisão de demandar em juízo.

A propositura de uma ação judicial envolve algumas escolhas a serem tomadas pelo demandante. Ao descrever os fatos que dão suporte ao direito alegado optará por dar maior ou menor ênfase a um ou outro aspecto da situação, ou mesmo omitir algo, conforme entenda que melhor favorecerá à procedência de sua tese. Do mesmo modo, não raramente a fundamentação jurídica pode seguir mais de um caminho, de modo que o autor indicará de que forma entende que se direito pode ser melhor fundamentado, podendo lançar mão de uma ou mais das possíveis fundamentações e, nesta hipótese, de acordo com a ordem de preferência que lhe parecer mais coerente.

Além da fundamentação fática e jurídica, que constituem a delimitação de sua causa de pedir, a formulação do pedido consiste em outro momento que envolve a tomada de algumas importantes decisões. Caso se trate simplesmente de pretensão a algum valor financeiro, pode em tese haver formas diferentes para se dimensioná-lo, o que pode variar em razão de uma série de fatores, desde a definição de tese jurídica aplicável (por exemplo, se uma determinada hipótese enseja a devolução em dobro prevista no art. 42, parágrafo único da Lei 8.078/90 ou se ela deve ser simples), passando por aspectos subjetivos (se uma determinada lesão acarretou, além do dano material, também algum de natureza moral) e podendo chegar até mesmo a divergência quanto ao método para realização do cálculo (por exemplo, índice de correção monetária e de juros que deve incidir).

Contudo é nos casos em que o pedido não se resume a uma pretensão pecuniária que a questão ganha ainda maior complexidade. É que, em se tratando de obrigação que consista na prestação de um serviço, fornecimento de um produto ou mesmo determinada abstenção, abre-se um variado leque de opções a serem feitas pelo autor da demanda. Primeiramente, há várias possíveis formas de se especificar a prestação pretendida, de forma mais genérica ou mais detalhada, sendo que cada possibilidade trará pontos positivos e negativos. Pode-se, também, optar pela formulação de pedidos subsidiários, cuja ordem de preferência atenderá aos interesses individuais do demandante. Por fim, a própria obtenção de uma tutela específica envolve um conjunto de outros aspectos, já que a legislação é, felizmente, bastante aberta quanto os meios que podem ser utilizados para sua realização. Uma escolha mais adequada destes meios coercitivos certamente terá influência sobre o maior êxito da medida e, conseqüentemente, a realização do direito pretendido. Existe, ademais, a possibilidade de conversão desta prestação específica em seu equivalente monetário. Ora, a escolha por esta conversão e seu respectivo momento também atende a questões de evidente conveniência pessoal.

Um exemplo que pode ilustrar muito bem as possíveis variáveis que envolvem a formulação de um pedido é visto no art. 18, § 1º da Lei 8.078/90, que trata da responsabilidade do fornecedor por vício do produto. Prevê o referido dispositivo que, não sanado o vício, o consumidor pode optar por uma destas três alternativas: substituição do produto por outro da mesma espécie e em perfeitas condições de uso; restituição imediata da quantia paga, com correção monetária, além de eventuais perdas e danos quando for o caso; e, por fim, o abatimento proporcional do preço. Apenas as circunstâncias pessoais de cada um é que poderão indicar, para cada consumidor, qual é a solução que melhor lhe satisfará.

Outro aspecto com inegável espaço para a análise das circunstâncias subjetivas específicas do caso concreto individual consiste nos aspectos relacionados à concessão de tutela de urgência, referindo-se, sob tal denominação, tanto a de natureza satisfativa (tratada em nosso CPC atual como tutela antecipada) quanto a de caráter assecuratório (prevista sob o enquadramento de processo cautelar).

Pode-se, em um tratamento simplificado da matéria, reduzir os requisitos necessários à sua concessão ao binômio *periculum in mora* e *fummun bonis iuris*, estando o primeiro relacionado à necessidade de concessão imediata da medida e o segundo ligado à probabilidade de êxito da tese que embasa o pedido.

Se o segundo requisito em princípio tende a incidir de maneira uniforme entre todos os interessados, com a ressalva já feita acerca das estratégias de fundamentação fática e jurídica,

pois se está tratando de demandas repetitivas em que existe uma similitude entre todas as situações individuais envolvidas, quando se analisa o aspecto relativo à demonstração da necessidade de imediata implementação da medida, é inegável a existência de uma margem muito maior para as subjetividades. É que, a depender das características, do caso concreto, a implementação da medida pode envolver um maior ou menor senso de urgência. O atraso na entrega de uma unidade habitacional em um empreendimento imobiliário, por exemplo, repercute de forma diferente se o adquirente for pessoa solteira que está realizando investimento ou família que se encontra sem outra opção de moradia. O direito material aplicável a ambos os casos será o mesmo, mas as diferentes peculiaridades individuais podem ensejar avaliações distintas quanto à avaliação da urgência existente na situação.

Ultrapassados os aspectos relativos à delimitação do pedido e da causa de pedir, que em princípio são definidos no momento de propositura da demanda, restam ainda uma série de outras decisões a serem tomadas em todo o decorrer da instrução processual, em suas variadas fases e instâncias de julgamento. Serão destacados dois aspectos que se considera mais relevantes para a demonstração pretendida.

O primeiro deles consiste em toda a atividade de instrução probatória a ser realizada no decorrer da demanda. Já a petição inicial deve vir acompanhada da prova documental que o autor pretende produzir (o que não lhe impossibilita de apresentar novos documentos em momentos posteriores do processo). Com a apresentação da contestação, contudo, é que se mostra possível a delimitação dos pontos fatos controversos, a serem dirimidos pelos vários meios de prova que em tese podem ser produzidos.

Ora, a opção por produzir ou não provas e os meios a serem utilizados envolve, também, um importante aspecto de estratégia processual, que, por sua vez, decorre de alguns outros fatores. Embora seja tarefa do juiz a fixação dos pontos controvertidos na lide, não raramente esta delimitação não é feita de forma adequada e expressa no curso do processo, o que abre margem a diversas interpretações, a depender do que se entenda que tenham sido os fatos alegados na petição inicial e da ocorrência de impugnação específica em contestação, bem como de possíveis fatos impeditivos, modificativos ou extintivos alegados na defesa e se foram questionados em sede de réplica.

Além da delimitação em si dos pontos fáticos controversos, outro fator que influi sobre as decisões a serem tomadas advém da fixação dos respectivos ônus probatórios, pois, embora haja uma fixação já prevista em lei (ao autor cabe alegar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor alegados em sua defesa), ganha cada vez mais força, na doutrina e na jurisprudência, a aplicação de uma

distribuição dinâmica do referido ônus, havendo, ademais, regra expressa de inversão prevista no art. 6º, VIII da Lei 8.078/90. Muito embora haja discussão acerca de se tratar ou não de regra de julgamento (hipótese em que a inversão, ou fixação dinâmica, é feita apenas no momento da própria sentença, enquanto que outra parcela da doutrina entende que as partes devem ser previamente avisadas, preferencialmente por ocasião do saneamento do feito), o fato é que se trata de circunstância a ser levada em consideração na definição da estratégia probatória.

Tomada a decisão sobre a necessidade e conveniência de se provar um determinado fato (o que depende da avaliação que se faça quanto à sua controvérsia e titularidade do ônus de demonstrá-lo), uma outra ordem de opções advém dos possíveis meios de prova a serem utilizados para a demonstração, pois, muito embora algumas situações sejam inegavelmente objeto de um meio específico, não se pode deixar de considerar que em muitos casos mais um meio pode se revelar viável (vítima de um acidente de veículo pode procurar demonstrar a culpa da parte adversária com a oitiva de testemunhas que presenciaram a ocorrência ou com a realização de exame pericial, por exemplo). Cada meio de prova poderá se mostrar mais ou menos adequado, assim como cada um deles terá custos financeiros e repercussão sobre a duração do processo próprios, aspectos estes que também são levados em consideração na definição das provas a serem produzidas.

O segundo aspecto consiste nas possibilidades recursais. Para além da decisão que põe termo ao processo, apreciando ou não o mérito da pretensão deduzida, o caminhar processual pressupõe a tomada de uma série de outras decisões anteriores, sobre os mais diversos aspectos que podem ser envolvidos.

A apreciação de tutela de urgência, a decisão de incidentes processuais (como a impugnação ao valor da causa e as exceções de suspeição e incompetência relativa, por exemplo), a formação ou não de litisconsórcio e das mais variadas formas de intervenção de terceiros, o deferimento para a produção de provas requeridas pelas partes e a própria forma de sua produção são exemplos de algumas questões surgidas ao longo do processo e que podem desafiar interposição de recursos.

A utilização desta via impugnativa consiste em aspecto também ligado à estratégia processual, já que, muito embora a maior parte da doutrina aceite a aplicação do princípio que veda a *reformatio in pejus* também no processo civil (ou seja, a parte recorrente não pode ter sua situação piorada no julgamento do recurso), em que não há previsão expressa em lei, o fato é que se admite também exceções a tal princípio, em geral nos casos que envolvem matéria de ordem pública, de modo que a apresentação de recurso traz algum risco, ainda que

reduzido à situação jurídica do recorrente.

O aspecto mais relevante, contudo, parece não estar ligado à decisão quanto a recorrer ou não, mas sim nas escolhas tomadas no recurso a ser ajuizado, já que em várias situações mais de uma forma impugnativa pode parecer aplicável à situação, de modo que a avaliação mais ou menos adequada a ser realizada pela parte interessada poderá influenciar sobre o respectivo êxito. Outro fator de grande importância consiste na realização adequada de prequestionamento, de modo a possibilitar que a questão possa ser levada ao conhecimento dos tribunais superiores mediante a utilização dos recursos de natureza extraordinária.

Os aspectos sobre os quais se discorreu neste tópico consistem em algumas das tomadas de decisão que a propositura de uma demanda judicial acarreta, de modo que o processo individual aparenta levar expressiva vantagem sobre a solução coletiva no sentido de possibilitar uma ampla liberdade de escolha para o indivíduo afetado. Alguns pontos, contudo, também devem ser levados em consideração.

Não se pode perder de vista, primeiramente, que se está diante de processos de natureza repetitiva ou massificada, nos quais grande parte das nuances e complexidades acima descritas não ocorrem, ou ocorrem em um grau muito mais reduzido, de modo que algumas das questões colocadas simplesmente não ocorrem. Desta forma, os aspectos relativos à dilação probatória em princípio mostram-se ausentes, já que, como visto, tratam-se de demandas que se caracterizam pela desnecessidade de atividade instrutória, seja por não possuírem controvérsia fática, seja porque os pontos fáticos controversos mostram-se passíveis de resolução por análise documental. Esta simplificação procedimental também repercute de forma sensível sobre os aspectos recursais, já que tenderão a ser muito mais reduzidas as oportunidades para apresentação de recursos. Por fim, a formulação de pedidos também tenderá a ser bem mais simplificada, com pouca margem para decisões de cunho subjetivo.

Em segundo lugar, deve se ressaltar que toda a tendência existente para os processos individuais já retira parte da participação pessoal de todos os interessados na solução de seu caso concreto. É que, como tem sido frisado, estes litígios de natureza repetitivas caracterizam-se, em geral, pela presença de uma única controvérsia jurídica, comum a uma grande quantidade de situações individuais, de modo que a fixação da tese jurídica aplicável aos casos consiste, praticamente, na decisão de toda a controvérsia e, portanto, do processo individual. Ora, como tem sido visto, a grande tendência observada nos processos individuais tem sido justamente a adoção de técnicas de julgamento que permitam que a tese jurídica fixada em um caso concreto seja automaticamente (ou o mais próximo possível disso)

aplicada a todas as demais situações análogas, de modo que os indivíduos interessados também não participam pessoalmente da fixação da tese jurídica que praticamente esgota o objeto de seu processo individual.

Ainda que se observe que tais técnicas de julgamento inseridas nos processos individuais busquem assegurar uma participação mais ampla, não se circunscrevendo ao esquema tradicional do contraditório entre as partes em sentido estrito, é certo, por outro lado, que tais técnicas de ampliação e qualificação do contraditório (com a realização de audiências públicas e participação de *amicus curiae*) são perfeitamente compatíveis com o processo coletivo.

Por fim, nada impede que eventuais especificidades individuais que se mostrem pertinentes sejam, sim, objeto de processos de natureza individual, os quais, aí, já terão seu campo de incidência bastante reduzido.

4.5 PRINCIPAIS DESAFIOS

Vistas as principais razões pelas quais se entendem ser o processo coletivo uma via mais adequada para lidar com os litígios massificados, possuindo várias vantagens em comparação aos mecanismos criados com o objetivo de aperfeiçoar os processos repetitivos (individuais), é inegável, por outro lado, a constatação de que se trata de caminho cujo potencial não tem sido utilizado por inteiro na realidade brasileira.

Acredita-se que sejam três os principais fatores que contribuem para que o processo coletivo não tenha todo o seu potencial explorado, o que poderia trazer uma solução definitiva para o problema dos processos repetitivos, passando-se a discorrer acerca de cada um deles.

4.5.1. LEGITIMIDADE ATIVA

O primeiro consiste na questão relativa à legitimidade ativa para o ajuizamento de demandas judiciais em prol de direitos individuais homogêneos. Trata-se de matéria que se encontra expressamente prevista no art. 82 da Lei 8.078/90, que prevê a legitimidade dos seguintes entes: Ministério Público; União, Estados, Municípios e Distrito Federal; entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta; associações. Embora não haja previsão expressa da Defensoria Pública no dispositivo em questão, ela também possui legitimidade, prevista no art. 5º, II da Lei 7.347/85.

As questões relativas à legitimidade ativa serão de duas ordens: análise das restrições,

legislativas ou jurisprudenciais, que se procura impor às hipóteses de legitimidade ativa existentes; análise acerca do instituto da representação adequada mencionado por grande parte da doutrina que se dedica ao assunto e de sua aplicabilidade no Brasil.

O primeiro aspecto exige, portanto, uma análise específica em relação a cada um dos colegitimados. O trabalho enfatizará os três principais legitimados para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, quais seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, abordando as principais restrições existentes em relação a cada um deles.

A Constituição Federal, em seu art. 129, III, inclui entre as funções do Ministério Público a promoção da ação civil pública para a proteção de “interesses difusos e coletivos”, o que faz com que haja quem defenda a impossibilidade do referido órgão promover a defesa dos denominados direitos individuais homogêneos.

No entanto, a Lei 8.078/90 – que, muito embora seja denominada de CDC, instituiu, em seu Título III, disposições aplicáveis ao processo coletivo em geral, conforme se depreende do art. 21 da Lei 7.347/85 – trouxe nova configuração às atribuições do Ministério Público, conferindo-lhe, conforme artigos 81, parágrafo único e 82, I, legitimidade para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Deve ser levado em consideração, em primeiro lugar, que o texto constitucional por vezes se caracteriza por não utilizar terminologias técnicas, razão pela qual se mostra de grande importância a utilização de métodos adequados para sua interpretação, como o sistemático e teleológico. No caso em questão, deve-se lembrar que, por ocasião da promulgação da Constituição Federal, ainda não havia, em nosso direito positivo, a hoje tradicional classificação entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, surgida apenas dois anos depois, com a já referida Lei 8.078/90. Percebe-se que a norma constitucional sequer se refere a “direitos”, preferindo a terminologia “interesses”, no que também foi suplantada pela legislação posterior. Portanto, mostra-se perfeitamente razoável o entendimento de que os “direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” definidos pela Lei 8.078/90 correspondem aos “interesses difusos e coletivos” do texto constitucional, os quais foram melhor delimitados pelo legislador ordinário.

No entanto, ainda que não se entenda desta forma, não enxergando no texto constitucional expressa permissão para que o Ministério Público realize a defesa dos direitos individuais, isso não torna inconstitucional a previsão concretizada pelo legislador ordinário. É que o texto constitucional não pretende prever exhaustivamente todas as atribuições do Ministério Público, conforme se verifica em seu art. 129, IX, que abre a possibilidade do exercício de outras funções a serem indicadas pelo legislador, desde que compatíveis com sua

finalidade e que não incluam a representação judicial e consultoria jurídica da Administração Pública.

Assim, seja por previsão expressa no art. 129, III da Constituição Federal, seja por previsão expressa no art. 82, I da Lei 8.078/90 (a qual, por sua vez, é permitida pelo art. 129, IX da Constituição), conclui-se que o sistema jurídico processual brasileiro expressamente admite a defesa, pelo Ministério Público, dos direitos individuais homogêneos. É neste sentido que se inclina a maior parte da doutrina brasileira, como, por exemplo, Didier Júnior e outros (2013) e Venturi (2007).

Por outro lado, tem prevalecido na jurisprudência dos tribunais a linha doutrinária defendida, entre outros, por Zavascki (2011) segundo a qual, tendo por base o art. 127 da Constituição Federal – que, ao definir os contornos do Ministério Público, o incumbe, dentre outros, da defesa dos “interesses sociais” - defende que deva haver, no caso concreto, a presença do requisito da “relevância social” para admitir a defesa, pelo Ministério Público, de direitos individuais homogêneos¹³⁵.

O maior problema decorrente da orientação que vem predominando em nossa jurisprudência consiste na falta de critérios muito precisos para definir o que se entende por “relevância social”, conforme se observará nos exemplos a seguir colacionados.

O STF, inicialmente chegou a entender ser possível a defesa, pelo Ministério Público, apenas de direitos individuais homogêneos decorrentes de relação de consumo, conforme se verifica no julgamento abaixo¹³⁶:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - **A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de**

¹³⁵ Não obstante, trata-se de matéria que enseja controvérsia na doutrina, podendo-se identificar cinco correntes: a) ampliativa: admite a ampla possibilidade da defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público; b) eclética ou mista: reconhece a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos quando existente um relevante interesse social; c) temática: reconhece a legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos em matérias expressamente mencionadas pelo legislador, como, por exemplo, relações de consumo (Lei 8.078/90), investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89) e prejuízos causados por administradores de instituições financeiras (Lei 6.024/74); d) restritiva absoluta: não reconhece atribuição em hipótese alguma em razão da falta de menção expressa no texto constitucional; e) restritiva aos indisponíveis: reconhece a legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos apenas quando indisponíveis.

¹³⁶ Vale ressaltar que na ocasião, embora vencida a tese sustentada pelo relator, foram apresentados posicionamentos dissidentes: o do Min. Mauricio Correa, que reconhecia a legitimidade para a defesa de outras categorias de direitos individuais homogêneos, desde que previstos pelo legislador, e do Min. Sepúlveda Pertence, que veio a se consagrar posteriormente, no sentido de admitir a ampla legitimidade desde que presente o interesse social.

consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - **O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo** (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis." (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido. (RE 195.056/PR, **09/12/1999, Pleno**, Rel. Min. Carlos Veloso) (BRASIL, 1999, não paginado).

Em um segundo momento, o STF passou a também admitir a legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos decorrentes de relações trabalhistas, conforme se verifica no julgamento abaixo:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA ESFERA TRABALHISTA. 1. Assentada a premissa de que a lide em apreço versa sobre direitos individuais homogêneos, para dela divergir é necessário o reexame das circunstâncias fáticas que envolvem o ato impugnado por meio da presente ação civil pública, providência vedada em sede de recurso extraordinário pela Súmula STF nº 279. 2. Os precedentes mencionados na decisão agravada (RREE 213.015 e 163.231) revelam-se perfeitamente aplicáveis ao caso, pois neles, independentemente da questão de fato apreciada, **fixou-se tese jurídica no sentido da legitimidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos na esfera trabalhista**, contrária à orientação adotada pelo TST acerca da matéria em debate. 3. Agravo regimental improvido. (RE 394.180/CE, **23/11/04, segunda turma**. Rel. Min. Ellen Gracie) (BRASIL, 2004, não paginado).

Houve, com o passar do tempo, uma evolução na jurisprudência do STF no tocante ao assunto, chegando ao entendimento atual segundo o qual se admite a legitimidade do Ministério Público para promover a defesa de direitos individuais homogêneos em geral, não mais apenas dos decorrentes de relação de consumo e trabalhista, desde que presente o requisito do relevante interesse social. É o que se verifica no julgamento abaixo, em que se concluiu pela existência da legitimidade em demanda na qual se procurava assegurar, a beneficiários da previdência social, o direito de obter certidão:

E M E N T A: DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS - SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CERTIDÃO PARCIAL DE TEMPO DE SERVIÇO - RECUSA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA - DIREITO DE PETIÇÃO E DIREITO DE OBTENÇÃO DE CERTIDÃO EM REPARTIÇÕES PÚBLICAS -

PRERROGATIVAS JURÍDICAS DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CONSTITUCIONAL - EXISTÊNCIA DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO "DEFENSOR DO POVO" (CF, ART, 129, II) - DOCTRINA - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O direito à certidão traduz prerrogativa jurídica, de extração constitucional, destinada a viabilizar, em favor do indivíduo ou de uma determinada coletividade (como a dos segurados do sistema de previdência social), a defesa (individual ou coletiva) de direitos ou o esclarecimento de situações. - A injusta recusa estatal em fornecer certidões, não obstante presentes os pressupostos legitimadores dessa pretensão, autorizará a utilização de instrumentos processuais adequados, como o mandado de segurança ou a própria ação civil pública. - **O Ministério Público tem legitimidade ativa para a defesa, em juízo, dos direitos e interesses individuais homogêneos, quando impregnados de relevante natureza social, como sucede com o direito de petição e o direito de obtenção de certidão em repartições públicas.** Doutrina. Precedentes. (RE 472.489/RS, 29/04/08, segunda turma, Rel. Min. Celso de Mello) (BRASIL, 2008, não paginado).

Pode-se, portanto, resumir da seguinte forma o entendimento só STF acerca da matéria: a) nos casos decorrentes de relação de consumo e trabalhista, sempre se verifica a legitimidade ativa do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos; b) nos demais casos, a legitimidade fica condicionada à demonstração do relevante interesse social.

O STJ também tem adotado posicionamento semelhante. No entanto, ao se analisar os casos julgados, percebe-se nitidamente a falta de um critério objetivo para a identificação do relevante interesse social, gerando insegurança jurídica.

Assim, por exemplo, o STJ entendeu estar presente o referido requisito: em demanda buscando a indenização a lesados por explosão ocorrida em *shopping center*¹³⁷; em demanda buscando indenização a usuários do serviço público de saúde em razão de óbitos ocorridos em maternidade pública¹³⁸; em demanda buscando defender direitos de mutuários do sistema financeiro de habitação¹³⁹; na defesa de consumidores de canal de televisão por assinatura¹⁴⁰; ao apontar o caráter abusivo de cláusula em contrato de arrendamento mercantil¹⁴¹ e de contrato de abertura de crédito¹⁴²; na defesa de direito de servidores e pensionistas em pleito de natureza remuneratória¹⁴³; na defesa de direitos de adquirentes de apartamentos residenciais¹⁴⁴; na defesa de direito de aposentados quanto ao ingresso gratuito em campos de

¹³⁷ REsp 279.273/SP, 04/12/03, terceira turma, Rel. Min. Nancy Andrighi (BRASIL, 2003).

¹³⁸ REsp 637.332/RR, 24/11/04, primeira turma, Rel. Min. Luiz Fux (BRASIL, 2004).

¹³⁹ REsp 613.480/PR, 08/03/05, segunda turma, Rel. Min. Eliana Calmon (BRASIL, 2005).

¹⁴⁰ REsp 308.486/MG, 09/20/02, terceira turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (BRASIL, 2002).

¹⁴¹ REsp 509.654/MA, 24/08/04, terceira turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito (BRASIL, 2004).

¹⁴² REsp 292.636/RJ, 11/06/02, quarta turma, Rel. Min. Barros Monteiro (BRASIL, 2002).

¹⁴³ REsp 371.385/PB, 12/11/02, quinta turma, Rel. Min. Felix Fischer (BRASIL, 2002).

¹⁴⁴ REsp 187.668/DF, 06/12/01, terceira turma, Rel. Min. Ari Pargendler (BRASIL, 2001).

futebol¹⁴⁵; na defesa de direito de contribuintes para afastar a cobrança indevida de taxa de iluminação pública¹⁴⁶.

Não obstante a insegurança jurídica decorrente do critério casuístico adotado, é possível perceber o delineamento de algumas orientações gerais que podem ser consideradas como entendimento consolidado no âmbito da jurisprudência da referida corte: a) ampla possibilidade de atuação na defesa dos direitos individuais homogêneos dos consumidores¹⁴⁷; b) legitimidade para discussão de matéria de natureza previdenciária¹⁴⁸; c) legitimidade para defender os usuários de serviços públicos¹⁴⁹; d) legitimidade para defender direitos individuais homogêneos relativos à infância e juventude¹⁵⁰; e) legitimidade para defender direitos

¹⁴⁵ REsp 242.643/SC, 19/10/00, quarta turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar (BRASIL, 2000).

¹⁴⁶ REsp 49.727/RS, 21/09/94, primeira turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo (BRASIL, 1994).

¹⁴⁷ AgRg no AREsp 405682/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 20/06/2014; AgRg no AREsp 372936/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013; REsp 1324712/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 13/11/2013; AgRg no AREsp 78949/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 09/10/2013; EDcl no AgRg no AREsp 34403/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 17/09/2013; REsp 1342899/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 09/09/2013; AgRg no Ag 956696/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 01/07/2013; REsp 726975/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 06/12/2012; REsp 976217/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 15/10/2012; REsp 568734/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012.

¹⁴⁸ EDcl no AgRg no REsp 1064075/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013; AgRg no Ag 1284414/PA, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 22/02/2013; AgRg no REsp 1174005/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013; AgRg no REsp 986053/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012; AgRg no AgRg no REsp 972279/BA, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012; AgRg no REsp 1213329/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2011, DJe 10/10/2011; AgRg no REsp 1177432/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2011, DJe 27/06/2011; REsp 1220835/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 09/06/2011; MC 11949/SC (decisão monocrática), Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 11/06/14, DJe 20/06/2014; REsp 1443469/SC (decisão monocrática), Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 31/03/14, DJe 11/04/2014.

¹⁴⁹ EDcl nos EDcl no REsp 1010130/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/06/2014; AgRg no AREsp 139216/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2013, DJe 25/11/2013; AgRg no AREsp 50151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2013, DJe 16/10/2013; AgRg no AgRg no REsp 1155380/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013; AgRg no REsp 1344098/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012; REsp 976217/RO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 15/10/2012; REsp 568734/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 29/06/2012; REsp 1099634/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 15/10/2012; AgRg no Ag 1249559/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012; REsp 984005/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 26/10/2011. (VIDE INFORMATIVOS DE JURISPRUDÊNCIA N. 523; 497; 483; 455; 408; 387 e 342)

¹⁵⁰ AgRg no REsp 1368769/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em

individuais homogêneos relativos a pessoas desprovidas de recursos financeiros¹⁵¹; f) legitimidade para defender direitos individuais homogêneos relativos à saúde¹⁵²; g) legitimidade para defender direitos individuais homogêneos de mutuários do sistema financeiro habitacional¹⁵³.

Em relação à Defensoria Pública, a controvérsia também tem por origem sua previsão constitucional, gerando controvérsia acerca dos exatos contornos a serem dados às normas que definem seu âmbito de atribuição. Diferentemente do que ocorre em relação ao Ministério

06/08/2013, Dje 14/08/2013; REsp 509968/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/12/2012, Dje 17/12/2012; AgRg no REsp 1094914/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2012, Dje 13/09/2012; REsp 976021/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, Dje 03/02/2011; REsp 440502/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, Dje 24/09/2010; REsp 1005587/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2010, Dje 14/12/2010; EREsp 488427/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/09/2008, Dje 29/09/2008; EREsp 695665/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/04/2008, Dje 12/05/2008; REsp 1201226/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 19/05/2014, Dje 26/05/2014; REsp 1222537/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 07/11/2013, Dje 11/11/2013.

¹⁵¹ REsp 1410520/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, Dje 10/12/2013; AgRg no REsp 1297893/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, Dje 05/08/2013; AgRg no REsp 1327279/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, Dje 04/02/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1075839/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, Dje 27/05/2010; AgRg no Ag 1131833/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/08/2009, Dje 26/08/2009; AgRg no REsp 946973/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2008, Dje 19/12/2008; AREsp 502889/CE (decisão monocrática), Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, julgado em 13/06/2014, Dje 13/06/2014; AREsp 264338/CE (decisão monocrática), Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado em 26/05/2014, Dje 06/06/2014; AREsp 519171/RS (decisão monocrática), Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, julgado em 23/05/2014, Dje 27/05/2014; REsp 1201226/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro OG FERNANDES, julgado em 19/05/2014, Dje 26/05/2014; REsp 1417400/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 31/03/2014, Dje 09/04/2014.

¹⁵² AgRg no REsp 1443783/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, Dje 06/08/2014; REsp 1365202/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, Dje 25/04/2014; REsp 1410520/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, Dje 10/12/2013; AgRg no REsp 1297893/SE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, Dje 05/08/2013; AgRg no REsp 1162946/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, Dje 07/06/2013; AgRg no AREsp 314002/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, Dje 22/05/2013; REsp 1136851/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, Dje 07/03/2013; AgRg no AREsp 91114/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, Dje 19/02/2013; AgRg no REsp 1327279/MG, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, Dje 04/02/2013; AgRg no REsp 1086805/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/08/2011, Dje 15/09/2011.

¹⁵³ AgRg no REsp 739483/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, Dje 23/04/2010; AgRg no REsp 800657/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, Dje 16/11/2009; REsp 1126708/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2009, Dje 25/09/2009; EREsp 644821/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2008, Dje 04/08/2008; AgRg nos EREsp 633470/CE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 30/06/2006, Dje 14/08/2006; REsp 1042609/GO (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2014, Dje 12/06/2014; REsp 1346361/PR (decisão monocrática), Rel. Ministro MAURO CAMPBELL, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2014, Dje 06/03/2014.

Público, o dispositivo constitucional, no caso, art. 134, *caput*, expressamente prevê sua atribuição para a promoção de direitos individuais e coletivos (e não poderia ser diferente, ao menos no que tange à primeira categoria, já que esta, defesa de direitos individuais, consiste na atribuição mais tradicionalmente exercida pelo órgão), condicionando que esta promoção se dê em prol dos necessitados de recursos financeiros. Muito embora haja controvérsia sobre a definição desta categoria de necessitados, havendo quem defenda a inclusão de outras modalidades, como a dos necessitados organizacionais, o texto constitucional é bastante claro ao se referir à hipossuficiência de recursos financeiros, sendo neste sentido que se encaminha o entendimento dos tribunais superiores acerca da matéria.

Por sua vez, a Lei Complementar 80/94 expressamente prevê, no art. 4º, VII, sua atribuição para a promoção de ação civil pública para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, “quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” (BRASIL, 1994, não paginado). Esta previsão, por sua vez, decorreu da já mencionada alteração legislativa à Lei 7.347/85, promovida pela Lei 11.448/07, que incorporou a Defensoria Pública ao rol de legitimados ativos à propositura de ação civil pública, previsto em seu art. 5º.

Como se trata de previsão genérica, sem vinculação a interesses de hipossuficientes financeiros, foi ajuizada a ação direta de inconstitucionalidade 3943 em face do referido dispositivo, a qual veio a ser julgada em maio de 2015:

Ementa

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 5º, INC. II, DA LEI N. 7.347/1985, ALTERADO PELO ART. 2º DA LEI N. 11.448/2007). TUTELA DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS (COLETIVOS STRICTO SENSU E DIFUSOS) E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DEFENSORIA PÚBLICA: INSTITUIÇÃO ESSENCIAL À FUNÇÃO JURISDICIONAL. ACESSO À JUSTIÇA. NECESSITADO: DEFINIÇÃO SEGUNDO PRINCÍPIOS HERMENÊUTICOS GARANTIDORES DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS: ART. 5º, INCS. XXXV, LXXIV, LXXVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE NORMA DE EXCLUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

Decisão

Após o relatório e as sustentações orais, pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga; pela Advocacia-Geral da União, da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo amicus curiae Associação Nacional dos Defensores Públicos da União - ANDPU, do Dr. Rafael Da Cás Maffini; pelo amicus curiae Associação Direitos Humanos em Rede - Conectas Direitos Humanos, do Dr. Marcos Roberto Fuchs; pelo amicus curiae Associação Nacional de Defensores Públicos - ANADEP, do Dr. Pedro Lenza, e, pelo Ministério Público Federal, do Dr.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros, o julgamento foi suspenso. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, e, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 06.05.2015.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, reconheceu a legitimidade ativa da requerente, vencido o Ministro Marco Aurélio. Por maioria, o Tribunal rejeitou a preliminar de prejudicialidade da ação, vencido o Ministro Teori Zavascki. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, julgou improcedente o pedido formulado na ação. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, de palestra e compromissos na República Italiana e do Programa de Visitantes Internacionais, por ocasião das Eleições para a Câmara dos Comuns do Reino Unido, e, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 07.05.2015 (BRASIL, 2015, não paginado).

Entendeu o STF, acertadamente, que o perfil constitucional da instituição no sentido de ser voltada à defesa dos direitos dos hipossuficientes financeiros em nada se choca com sua legitimidade para atuar no processo coletivo, já que se trata de possibilidade, que, pelo contrário, mostra-se indispensável ao satisfatório desempenho da função de que é incumbida em nossa ordem constitucional. Conforme destacado pela Ministra relatora Carmen Lúcia em seu voto:

A constatação de serem normalmente mais graves as lesões coletivas, aliada à circunstância de tender o tempo gasto em processos coletivos a ser menor, evidencia que a opção por ações coletivas racionaliza o trabalho pelo Poder Judiciário e aumenta a possibilidade de assegurar soluções uniformes e igualitárias para os diferentes titulares dos mesmos direitos, garantindo-se não apenas a eficiência da prestação jurisdicional, a duração razoável do processo e a justiça das decisões, que se igualam em seu conteúdo sem contradições jurisprudenciais não incomuns em demandas individuais (BRASIL, 2015, não paginado).

A própria relatora, contudo, realizou importante advertência:

Não se está a afirmar a desnecessidade de observar a Defensoria Pública o preceito do art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição, reiterado no art. 134 (antes e depois da Emenda Constitucional n. 80/2014). No exercício de sua atribuição constitucional, deve-se sempre averiguar a compatibilidade dos interesses e direitos que a instituição protege com os possíveis beneficiários de quaisquer das ações ajuizadas, mesmo em ação civil pública (BRASIL, 2015, não paginado).

Não obstante definida a questão no sentido da possibilidade do ajuizamento de ação civil pública pela Defensoria Pública, algumas questões mais específicas ainda podem dar ensejo a controvérsias. De maneira mais especificamente relacionada ao objeto deste trabalho, caberia, em tese, o questionamento no sentido de se saber se, para que se admita sua legitimidade, é necessário que todo o grupo de indivíduos lesados esteja na situação de

hipossuficiência financeira. Ou, em outras palavras, se seria admissível que indivíduo que não seja financeiramente necessitado possa vir a se beneficiar do resultado de ação civil pública promovida pela Defensoria Pública.

Se a tutela coletiva tem por objetivo justamente o tratamento concentrado de direitos individuais pulverizados, trazendo uma variedade de vantagens nos mais variados aspectos, conforme demonstrado em tópicos anteriores, representaria um grande retrocesso, e até mesmo um paradoxo, admitir que a sentença proferida em processo coletivo poderia ser cindida para beneficiar apenas parte dos indivíduos que se encontrassem em situação fática compatível.

Seria igualmente despropositado a interpretação no sentido de que, na hipótese em que o grupo de possíveis beneficiados pelo provimento jurisdicional incluía pessoas que são e que não são financeiramente hipossuficientes, não haveria a possibilidade de atuação da Defensoria Pública, já que se trataria de uma indevida (e, portanto, inconstitucional) restrição à defesa dos necessitados. A violação fica ainda mais grave quando se verifica que esta possível restrição não atenderia a qualquer valor constitucionalmente protegido, razão pela qual resta clara sua inaplicabilidade.

O único caso em que parece ser admitida a restrição para a Defensoria Pública atuar em prol de direitos individuais homogêneos consiste em situações nas quais se poderia, desde logo, verificar a impossibilidade de o grupo de pessoas tuteladas incluir qualquer uma que fosse financeiramente hipossuficiente. É neste sentido a lição de Didier Júnior e outros (2013, p. 222):

Para que a Defensoria seja considerada como “legitimada adequada” para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas “necessitadas”, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de PlauStation III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas.

É interessante notar que os contornos dados aos perfis de legitimidade ativa do Ministério Público (necessidade de haver relevância social) e Defensoria Pública (necessidade de haver pessoas financeiramente hipossuficientes entre as possíveis beneficiadas) acaba aproximando bastante as hipóteses de atuação de ambas as instituições em prol dos direitos individuais homogêneos.

Por fim, no que tange às associações, as possíveis restrições à sua atuação advêm, principalmente, de duas ordens de questões, quais sejam, a necessidade de haver autorização expressa e específica para cada demanda judicial a ser ajuizada e, em segundo lugar, se o

universo de pessoas beneficiadas pela iniciativa se circunscreve aos seus associados.

Como já foi mencionado em momento anterior, o art. 5º, XXI da Constituição Federal não contém norma que não pode ser interpretada em sua literalidade estrita, hipótese em que se consideraria que trata, simplesmente, da possibilidade de associados expressamente autorizarem determinada associação para representá-los judicialmente, já que tal possibilidade sequer precisaria de norma constitucional expressa, já que decorre de institutos admitidos tradicionalmente no direito privado. Parece ser claro, portanto, e isso decorre do próprio texto constitucional, que se pretende conferir a possibilidade de as associações agirem, em nome próprio, na defesa dos direitos de seus associados, sem a necessidade de autorizações individuais e específicas para cada iniciativa.

Já no tocante à segunda ordem de questionamentos, não parece advir necessariamente do texto constitucional a possibilidade de atuação do ente associativo em favor de não associados. Tal possibilidade, que existe em nosso ordenamento jurídico, decorre, na verdade, de dispositivos legais previstos nas Leis 7.347/85 e 8.078/90, que, ao preverem a legitimidade ativa das associações, em momento algum limitaram o universo de seus beneficiados àqueles que compusessem formalmente o rol dos respectivos entes. Ademais, restrição em tal sentido se mostraria claramente contrário ao próprio espírito da legislação.

Neste sentido, resta clara a inconstitucionalidade do art. 2º-A, *caput* e parágrafo único da Lei 9.494/97, que buscou instituir exigências descabidas para a propositura de ações coletivas versando acerca de direitos individuais homogêneos em face do Poder Público, ao prever que a sentença coletiva abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator, além de dispor no sentido de que a petição inicial deva obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Muito embora o STF ainda não tenha pronunciado tal inconstitucionalidade, trata-se de posicionamento defendido pela grande maioria da doutrina que se dedica ao assunto, tendo em vista a evidente restrição à tutela jurisdicional que a referida regra representa.

Vistas as principais restrições que podem em tese ser impostas aos mais importantes legitimados à defesa coletiva de direitos individuais, resta ainda abordar um tema que perpassa por todos eles, qual seja, o da existência, em nosso ordenamento jurídico, do requisito da legitimidade adequada para a admissibilidade para a atuação de qualquer um deles.

Trata-se de instituto presente no direito norte-americano, no qual o exame de

admissibilidade de uma *class action* passa pela análise acerca da reunião, pelo autor da demanda, das condições necessárias a defender de maneira adequada o interesse de todo o grupo abrangido pelo objeto da demanda.

O processo coletivo norte-americano, conforme já foi ressaltado, caracteriza-se pelo fato de que a legitimidade ativa é exercida pelos próprios indivíduos que integram o grupo dos possíveis beneficiados pela lide a ser proposta. Esta realidade pressupõe que o Judiciário faça uma análise no sentido de saber se, entre a grande quantidade de possíveis representantes daquela coletividade, qual deles terá condições de realizar a melhor defesa de todo o grupo afetado, de modo a diminuir o máximo possível os riscos decorrentes de uma atuação falha, ou mesmo de um possível conluio com a parte adversária.

Trata-se de realidade bastante distinta da brasileira, cujo sistema processual coletivo tem funcionamento próprio, baseado na previsão de pessoas jurídicas (públicas e privadas) às quais é conferida legitimidade extraordinária para, em nome próprio, defender direitos de um grupo de pessoas. Esta diferença levou a maior parte da doutrina a apontar que, enquanto o direito norte-americano possui um controle *ope judicis* da representatividade adequada, o Brasil consagra um sistema *opr legis* para a realização desta função. Ou seja, o exame que o juiz norte-americano faz no caso concreto foi, no Brasil, realizado pelo legislador, que, no momento de definir os entes legitimados, presumiu que representariam de maneira adequada os interesses da coletividade.

Ressalte-se que tal discussão não tem, tradicionalmente, uma importância tão elevada nas discussões doutrinárias em razão da concepção segundo a qual o processo coletivo não irá prejudicar os direitos individuais (o que não se mostra acertado, como será visto adiante), fazendo com que eventual falha na atuação dos legitimados não fosse apta a causar lesões ou transtornos mais expressivos.

Ultimamente vem crescendo na doutrina a posição no sentido de defender a incorporação de tal requisito à legislação brasileira, havendo quem aponte que ele já existe de *lege lata*, decorrendo do princípio do devido processo legal:

Trata-se de princípio que impõe o controle judicial da adequada representação, só estaria legitimado quem, após a verificação de legitimação pelo ordenamento jurídico, apresentar condições de adequadamente desenvolver a defesa em juízo dos direitos afirmados (legitimação conglobante) (DIDIER JÚNIOR *et al.*, 2013, p. 116).

Pensa-se que tal princípio, pode, de fato, ser extraído de nosso ordenamento jurídico, havendo previsão expressa de mecanismos a serem utilizados na hipótese de defesa

insuficiente de direitos individuais homogêneos por parte de algum legitimado extraordinário.

O primeiro mecanismo consiste na própria previsão de um rol heterogêneo de colegitimados, tornando possível que qualquer deles intervenha em uma ação que se encontre em andamento, seja de ofício ou mesmo por provocação do juiz da causa, com o fim de atuar em conjunto em seu polo ativo e, desta forma, corrigir eventuais deficiências em uma atuação que se encontre em andamento.

O segundo mecanismo consiste na previsão de intervenção do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, em todos os processos coletivos em que ele não seja o autor. A única utilidade desta regra consiste, justamente, no fato de se tratar de medida direcionada a garantir a melhor defesa possível de tais direitos. Desta forma, aumenta-se substancialmente as chances de atuações inadequadas serem percebidas e sanadas tempestivamente.

O terceiro mecanismo decorre das possibilidades de utilização analógica da regra contida no art. 28 do Código de Processo Penal, que admite que o juiz, discordando de arquivamento penal promovido por membro do Ministério Público, provoque a instância superior deste ente para que seja feita uma nova análise da questão. Trata-se de inegável mecanismo de controle destinado a corrigir possível deficiência na defesa de direito coletivo por ente legitimado a tanto. Embora no processo civil a questão não se ponha nos mesmos termos, já que, entre outros fatores, o Ministério Público não é o único legitimado, de modo que seu entendimento no sentido de que não deve propor determinada demanda não impede a atuação dos demais legitimados e, principalmente, em se tratando de direitos individuais homogêneos, dos indivíduos lesados, pode-se ler, no dispositivo em questão, uma ampla possibilidade de atuação judicial destinada a prevenir malefícios gerados por uma atuação inadequada pelo legitimado do processo coletivo, a qual, no entanto, deve ser devidamente sopesada com o objetivo de não comprometer a equidistância e imparcialidade inerentes à função de julgamento.

Diante do que foi exposto, pode-se afirmar que a superação dos entraves ao processo coletivo derivados da legitimidade ativa passa, em primeiro lugar, pela retirada dos óbices, muitas vezes defendidos em sede doutrinária e jurisprudencial, a uma atuação mais ampla dos entes legitimados a agir. Esta retirada permitirá um aumento na possibilidade de acesso à via coletiva, aumentando assim sua relevância. No que tange ao Ministério Público e Defensoria Pública, pensa-se que a extensão de sua legitimidade nos termos defendidos neste trabalho decorre diretamente da forma como se encontra prevista no direito positivo, sendo que as tentativas de restringi-la carecem de um embasamento jurídico mais sólido. No que diz respeito às associações, existe um importante óbice contido no art. 2º-A da Lei 9.494/97, cuja

aplicação deve ser afastada em razão notória incompatibilidade ao texto constitucional.

Definidos os âmbitos de atribuição dos legitimados ativos, outro aspecto consiste na avaliação qualitativa de sua atuação. Trata-se de questão de mais alta importância, principalmente em razão das soluções defendidas no ponto seguinte, que representam significativa diferença no que tange ao impacto do processo coletivo sobre os direitos individuais, em comparação ao que é defendido pela maior parte da doutrina. Defende-se que esta avaliação qualitativa, embora de suma relevância, não deve ser feita em abstrato, posto que o legislador já trouxe previsão dos entes legitimados, restando a análise a ser realizada, a partir do caso concreto, por meio dos mecanismos acima expostos.

4.5.2. LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA

No que tange ao tema da relação entre as demandas coletivas e individuais, uma primeira premissa que se precisa estabelecer consiste no dimensionamento dos exatos contornos das primeiras, tendo em vista a controvérsia que existe a respeito da interpretação que deve ser conferida ao art. 16 da Lei 7.347/85, que determina que a sentença fará coisa julgada “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

A doutrina costuma apontar o evidente erro técnico em que o dispositivo incide ao confundir as noções de coisa julgada e eficácia subjetiva da sentença, já que a primeira não pode, por sua própria natureza, ter sua incidência cindida como pretende a regra legal, se interpretada de modo mais literal.

Contudo, ainda que se contorne o equívoco técnico existente, ainda assim a aplicação de tal norma suscita perplexidade, pois se choca de maneira frontal com toda a principiologia que rege o processo coletivo, já que demandaria a necessidade do ajuizamento de diversas ações coletivas simultâneas para tratar de um mesmo assunto, as quais podem vir a ser bastante numerosas, caso, por exemplo, trate-se de tema com abrangência nacional.

Trata-se de dispositivo em vigor há quase vinte anos no país, o que não impede que ainda haja intenso debate acerca de sua incidência. Pode-se indicar três principais correntes que se formaram ao longo desses últimos anos: a) uma primeira rejeita a aplicação do dispositivo, por considerá-lo inconstitucional; b) uma segunda simplesmente o aplica na literalidade (ou no que ele pretendeu que fosse sua literalidade); c) por fim, uma terceira corrente, que na verdade pode ser desdobrada em outras, busca dar-lhe uma interpretação de modo a limitar seu âmbito de incidência (ARENHART, 2013).

Arenhart (2013) demonstra de maneira cabal a impossibilidade de aplicação literal da

regra em análise:

Como se sabe, a *competência* é somente um critério que se presta para a distribuição da atividade jurisdicional entre os vários magistrados existentes. Não se presta, por isso, a determinar limitação quanto à imutabilidade da sentença ou de seus efeitos. Na realidade, os efeitos da decisão judicial estão ligados à *jurisdição* exercida pelo juiz, sendo certo que um Estado pode impor uma decisão nos limites em que tem condições de exercer seu poder. Parece evidente essa conclusão, mas não é o juiz que tem poder de dizer o direito, e sim a *jurisdição*, que é por ele representada. Se o magistrado tem competência pode dizer o direito em nome do Estado; se não tem não pode (ARENHART, 2013, p. 243).

Contudo, a mera recusa na aplicação do dispositivo por inconstitucionalidade parece inviável, por ora, tendo em vista que referida questão foi apreciada pelo STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ocasião em que este, ao apreciar o pedido de liminar, o indeferiu, não tendo havido posterior julgamento de mérito em razão da falta de aditamento à petição inicial, o que se mostrava necessário em face de posteriores reedições da medida provisória que incorporou tal regra ao texto da Lei 7.347/85. Trata-se da ADI 1.576, transcrevendo-se abaixo o acórdão em que o pedido de liminar foi apreciado:

TUTELA ANTECIPADA - SERVIDORES - VENCIMENTOS E VANTAGENS - SUSPENSÃO DA MEDIDA - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Ao primeiro exame, inexistente relevância jurídica suficiente a respaldar concessão de liminar, afastando-se a eficácia do artigo 1º da Medida Provisória nº 1.570/97, no que limita o cabimento da tutela antecipada, empresta duplo efeito ao recurso cabível e viabiliza a suspensão do ato que a tenha formalizado pelo Presidente do Tribunal a quem competir o julgamento deste último. LIMINAR - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL ANTECIPADA - CAUÇÃO - GARANTIA REAL OU FIDEJUSSÓRIA. Na dicção da ilustrada maioria, concorrem a relevância e o risco no que o artigo 2º da Medida Provisória nº 1.570/97 condicionou a concessão da liminar, ou de qualquer medida de caráter antecipatório, à caução, isso se do ato puder resultar dano a pessoa jurídica de direito público. SENTENÇA - EFICÁCIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em princípio, não se tem relevância jurídica suficiente à concessão de liminar no que, mediante o artigo 3º da Medida Provisória nº 1.570/97, a eficácia erga omnes da sentença na ação civil pública fica restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator (BRASIL, 1997, p. 123).

Dentre as correntes intermediárias, destaca-se entendimento que tem sido adotado pelo STJ em diversos casos, segundo o qual os efeitos territoriais de decisão em processo coletivo apresentariam variação, a depender do órgão jurisdicional que por último tenha apreciado o litígio. Trata-se de entendimento que, embora parta de uma interpretação mais literal do art. 16 da Lei 7.347/85, acaba por permitir a possibilidade de ampliação dos efeitos da decisão, na medida em que a lide passe a ser apreciada por instâncias superiores.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO. EFICÁCIA TERRITORIAL DA SENTENÇA. EXECUÇÕES INDIVIDUAIS DO TÍTULO. JUÍZO COMPETENTE.

I - A orientação fixada pela jurisprudência sobranceira desta Corte é no sentido de que a decisão proferida no julgamento de Ação Civil Pública faz coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou.

II - Dessa forma, se o órgão prolator da decisão é o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cumpre concluir que o acórdão tem eficácia em toda a extensão territorial daquela unidade da federação. Por outro lado, a eficácia subjetiva do aresto, estendeu-se à todos os poupadores do Estado que mantinham contas de poupança junto ao réu.

III - Considerando o princípio da instrumentalidade das formas e do amplo acesso à Justiça, desponta como um consectário natural dessa eficácia territorial a possibilidade de os agravados, consumidores titulares de direitos individuais homogêneos, beneficiários do título executivo havido na Ação Civil Pública, promoverem a liquidação e a execução individual desse título no foro da comarca de seu domicílio. Não há necessidade, pois, que as execuções individuais sejam propostas no Juízo ao qual distribuída a ação coletiva.

IV- Agravo Regimental improvido.

(STJ, AgRg no REsp 755429/PR, terceira turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 17/12/2009) (BRASIL, 2009, não paginado).

A tese proposta pelo STJ, contudo, não resolve de maneira satisfatória a situação, vez que depende, para que seja dada eficácia nacional à decisão da ocorrência de um fato (apreciação da matéria por algum tribunal superior) que, caso ocorra, levará bastante tempo, o que compromete os ganhos trazidos a partir da resolução concentrada dos litígios massificados. Ademais, mostra-se juridicamente frágil pelos mesmos motivos já expostos em face da interpretação mais literal do art. 16, pois continuará a admitir uma inconcebível restrição territorial dos efeitos de decisões judiciais proferidas nos processos coletivos.

A melhor solução para a controvérsia parece ser a trazida por Arenhart (2013). Referido autor propõe que a regra do art. 16 seja lida em harmonia com o sistema de processo coletivo previsto nas Leis 7.347/85 e 8.078/90, de modo que a noção de “competência territorial” mencionada no dispositivo seja buscada nos artigos 2º da própria Lei 7.347/85 e 93 da Lei 8.078/90, o que possibilitaria seu pleno entendimento.

Tais dispositivos, lembre-se, tratam, respectivamente, da natureza absoluta da competência territorial no processo coletivo e de seu critério de fixação, dimensão do dano, e de sua respectiva extensão, ao se estabelecer o foro da capital nacional ou de qualquer dos Estados como o competente para tratar de danos de âmbito regional ou nacional, admitindo que os demais foros conheçam apenas dos casos que tratem de dano de extensão local.

A partir da interpretação conjunta de tais regras, conclui o autor, chega-se ao entendimento de que o art. 16, ao limitar os efeitos da decisão em processos coletivos, o faz tendo em vista a noção de competência territorial existente dentro do próprio subsistema que rege o processo coletivo, de modo que, em se tratando de juízo situado em capital federal ou estadual, sua competência, por abarcar todo território nacional, faz com que as respectivas decisões tenham, portanto, este caráter nacional.

Como se vê, não se trata de buscar órgão que tenha competência “nacional” no sentido de “tribunal nacional”. Trata-se, ao contrário, de notar que a própria legislação de regência atribui *competência territorial* para julgar causas coletivas que envolvam danos nacionais ou regionais a todos os juízes de primeiro grau lotados em capital de Estado ou no Distrito Federal. Sendo assim, o art. 16 da LACP, simplesmente significa que, quando a decisão provém de um desses órgãos, terá efeito nacional, se o pedido for assim vazado (ARENHART, 2013, p. 256).

Visto o melhor entendimento acerca dos exatos contornos do provimento jurisdicional proferido em processos coletivos que tratem de direitos individuais homogêneos, resta a análise da forma como se relacionam com as eventuais demandas individuais em curso que tratem da mesma questão. A matéria é tratada pelos artigos 81, 103 e 104 da Lei 8.078/90.

É certo, em primeiro lugar, que uma ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos tem elementos constitutivos diferentes dos de qualquer ação individual ajuizada por uma das pessoas integrantes do rol de possíveis beneficiados pelo provimento coletivo, de modo que, não havendo identidade entre as respectivas lides, não se pode falar de extinção dos processos individuais em razão de litispendência ou coisa julgada.

Se não se verifica identidade entre as demandas coletivas e individuais, é inegável, por outro lado, que alguma relação ocorre entre elas, já que há uma margem, ainda que pequena, de sobreposição, já que a ação coletiva, ao abranger todos os indivíduos que se encontram perante a mesma controvérsia jurídica, acaba por abarcar também cada um daqueles que eventualmente possuam demanda individual acerca do tema.

Trata-se, portanto, de situação que se assemelha bastante à da continência, fenômeno previsto no art. 56 do atual CPC, em que se verifica identidade de partes e de causa de pedir entre duas ou mais ações, sendo que uma delas possui objeto mais amplo, abrangendo as demais. O objeto das ações individuais encontram-se inegavelmente abrangidos pelo da ação coletiva. Verifica-se, também, a ocorrência de identidade entre suas causas de pedir. Por outro lado, no polo ativo das demandas a relação de identidade é apenas parcial, já que o autor da ação coletiva age como legitimado extraordinário para a defesa dos direitos de todos os indivíduos que se encontram na mesma situação, incluindo-se aí os que demandaram individualmente.

Ainda que não haja relação de continência em sentido estrito, é certo que existe algum grau de conexão entre demanda coletiva e individual. Ocorre que, diferentemente do que se dá no sistema do CPC, que determina a reunião das causas conexas, não há qualquer mandamento no subsistema do processo coletivo determinando o julgamento conjunto do processo coletivo e individuais que tratem da mesma controvérsia. Tal mandamento se

revelaria inadequado, seja porque os litigantes individuais encontram-se não raramente pulverizados geograficamente, por vezes em todo o país, seja porque traria, na maioria das vezes, uma quantidade muito grande de sujeitos processuais, inviabilizando o andamento do processo.

Visto que o processo coletivo não gera litispendência ou coisa julgada em relação às demandas individuais e tampouco importa sua reunião a ele para julgamento conjunto, poder-se-ia concluir que o sistema processual admite a plena concomitância entre o trâmite da demanda coletiva e das individuais. Neste sentido parecem apontar os artigos 103, §§ 2º e 3º e 104, *caput* da Lei 8.078/90.

A questão, contudo, merece análise mais detida. Acerca do assunto, costuma ser mencionado o importante precedente do STJ em que se analisou a possibilidade de se determinar a suspensão das ações individuais por ocasião da pendência de processo coletivo que as abrangesse:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1.110.549/RS, segunda seção, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28 de outubro de 2009) (BRASIL, 2009, não paginado).

O voto condutor, acertadamente, indicou que a própria técnica de processos modelo que vem sendo adotada pela legislação no julgamento de recursos extraordinários nas hipóteses de lides repetitivas já contém o mecanismo de suspensão em massa de processos individuais, constituindo-se em medida necessária para que se possa fornecer resposta célere e coerente às lides desta natureza:

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles idênticamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide, que se caracteriza, em verdade, como uma

macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz (BRASIL, 2009, não paginado).

O relator deixou claro, contudo, que a suspensão obrigatória dos processos individuais não repercutiria sobre a possibilidade de seu ajuizamento, que restaria incólume:

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva (BRASIL, 2009, não paginado).

Outro momento que merece ser destacado do voto condutor deste importante precedente é aquele no qual resta evidenciado o principal motivo, além da possibilidade de conversão do processo individual em cumprimento da sentença coletiva¹⁵⁴, em razão do qual entende que deva ser mantida a possibilidade do ajuizamento de ações individuais ainda que no transcurso de processo coletivo que as contemple, qual seja, eventuais peculiaridades do caso concreto:

O direito ao *ajuizamento* individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer conseqüências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão (BRASIL, 2009, não paginado).

Adiante-se, desde já, que a solução aqui defendida vai mesmo além do entendimento firmado pelo STJ no referido precedente, defendendo a impossibilidade, via de regra, do ajuizamento ou prosseguimento de demandas individuais quando existente lide coletiva que as abarca. O ponto de partida principal para a tese aqui sustentada consiste no instituto do interesse processual, apontado pela doutrina como uma das condições necessárias ao exercício do direito de ação.

Conforme lição repetida pela grande maioria da doutrina processualista brasileira, o interesse processual caracteriza a partir da análise da necessidade e utilidade daquele processo para a satisfação pretendida pela parte demandante. Ou seja: se, por exemplo, a parte demandada não apresenta qualquer resistência àquela pretensão, o processo é desnecessário,

¹⁵⁴ Ver tópico a seguir.

já que o bem da vida poderia ser obtido sem sua instauração; se, por exemplo, o objeto da ação consiste na realização de prova de concurso público e esta já ocorreu sem que o demandante a tenha realizado em razão do indeferimento de antecipação dos efeitos da tutela, o processo é inútil, já que da sentença de procedência não poderia mais advir qualquer ganho para a situação jurídica do autor. Muito embora parte da doutrina ainda aponte uma terceira vertente do interesse processual, ligada à adequação do meio processual utilizado, a maior parte dos autores limita-se a tratar do instituto mediante o binômio utilidade / necessidade.

Registre-se também a existência de profícuo debate acerca da existência das condições da ação como categoria processual autônoma, que decorre da teoria da asserção, havendo importante corrente que a equipara à improcedência do pedido. Em geral, os críticos de tal teoria costumam indicar, primeiramente, que, quando se reconhece a carência do direito de ação, este, na verdade, já foi exercido, visto que instaurada uma relação processual. Outra ordem de questionamentos advém do fato de que a sentença que reconhece a falta de uma das condições não faz coisa julgada material, o implica a admissão de nova propositura da mesma demanda. Por fim, controverte-se sobre a possibilidade de reconhecer a carência de ação sem a necessidade de dilação probatória, ou seja, a partir da demanda tal como proposta. Conclui, esta corrente crítica, que o reconhecimento de carência de ação inevitavelmente necessita do exame de matérias de mérito, equiparando-se a hipóteses nas quais a improcedência do pedido pode ser reconhecida liminarmente, de modo que não se diferencia desta em essência.

Ainda que se reconheça a impossibilidade de, por exemplo, identificar a possibilidade jurídica do pedido como categoria autônoma em relação ao mérito da causa, bem como que muitos dos exemplos utilizados para se referir à ilegitimidade de partes e falta de interesse de agir também constituem-se questões de mérito, entende-se que, nestas duas últimas hipóteses mostra-se, sim, possível vislumbrar instância que, sem se confundir com o mérito da causa, condiciona o próprio exercício do direito de ação.

Dando-se exemplos a partir do processo coletivo, quando a Defensoria Pública ajuíza ação para a defesa de grupo de pessoas sem qualquer hipossuficiência financeira (para ficar no exemplo já citado anteriormente, consumidores de algum veículo de alto padrão), a identificação de sua ilegitimidade ativa não possui qualquer relação com o mérito da causa. Por conseguinte, a eventual extinção do processo sem julgamento do mérito não impede que a ação seja novamente proposta, desta vez, por exemplo, por alguma associação que defende interesse de consumidores. Não se diga que, neste caso, o ajuizamento da nova ação poderia ocorrer ainda que a extinção do processo anterior tivesse ocorrido por improcedência do pedido, já que, como se sabe, todos os legitimados extraordinários do processo coletivo atuam

como legitimados extraordinários, sendo que a parte da relação material é sempre a mesma, de modo que é de identidade (e não de conexão) a relação existente entre duas ações coletivas com idêntico objeto e ajuizadas por legitimados distintos¹⁵⁵.

Já o exemplo do interesse processual pode ser obtido justamente a partir da tese aqui defendida. Como foi visto ao longo da exposição, nosso sistema processual tem sido pródigo em criar uma série de mecanismos com o objetivo de assegurar a aplicação de uma mesma tese jurídica aos diversos processos específicos que versam acerca de uma controvérsia jurídica comum. Em se tratando do fenômeno da denominada litigância repetitiva, esta busca tem se tornado uma preocupação central do sistema processual, conforme se verifica nos métodos para julgamento por amostragem dos recursos especial e extraordinário, bem como outras técnicas previstas na legislação, tais como a improcedência liminar do pedido e julgamentos monocráticos pelos relatores.

Também já foi mencionado que o novo CPC intensificou ainda mais referida busca, principalmente mediante a previsão do IRDR e instituição de um sistema de precedentes vinculantes, tudo com o objetivo de assegurar a aplicação uniforme da tese jurídica prevalecente.

Ora, conforme foi visto por ocasião da conceituação dos litígios massificados, estes se caracterizam, dentre outros fatores, pela sua simplicidade e padronização, de modo que a definição de sua controvérsia jurídica central equivale à definição do próprio mérito da causa. Se já é amplamente admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro, como não poderia ser diferente, que a definição da tese jurídica comum deva ocorrer de maneira concentrada, de modo a permitir sua aplicação uniforme perante todas as situações individuais, não se vê qualquer motivo minimamente razoável para admitir, via de regra, nestes casos de litigância repetitiva, a instauração ou manutenção de processos individuais quando se verificar o andamento de um processo coletivo que os abranja.

Se a solução daquele processo individual se esgota a partir da solução de sua controvérsia jurídica central, a qual, por sua vez, depende da fixação de uma tese jurídica, parece evidente que, existindo processo coletivo que trate da questão¹⁵⁶, é esta a sede mais adequada para que haja tal fixação. Reconhece-se que não há, no direito positivo, qualquer

¹⁵⁵ O que, frise-se, consiste em questão diferente daquela consistente na consequência a ser dada, se extinção de um dos processos ou de reunião de todos para julgamento conjunto, a partir do momento em que se identifique a existência de duas ações coletivas com o mesmo objeto.

¹⁵⁶ Vale ressaltar que, havendo mais de um processo coletivo que trate da mesma questão, a solução deve ser ou da extinção de todos com exceção do prevento ou sua reunião para julgamento conjunto; não se entrará aqui no mérito sobre qual a destinação mais adequada, observando-se apenas que em ambos os casos há uma consequência comum, que consiste na impossibilidade de a mesma controvérsia receber decisões em sedes distintas e, portanto, com risco de contradição.

regra que expressamente determine a prevalência do processo coletivo como local preferencial para a definição da tese jurídica a ser aplicada.

Trata-se, contudo, de decorrência necessária da própria principiologia que rege o direito processual. A ação coletiva, por não discutir nenhuma situação individual específica, é o palco ideal para que a discussão da tese jurídica ocorra da forma mais objetiva possível, sem que possa ser influenciada por eventuais peculiaridades do caso concreto. Mostra-se, também, apta a possibilitar que o contraditório ocorra da forma mais ampla e completa, já que o problema poderá ser discutido em sua plenitude, considerando-se a repercussão da decisão na perspectiva da totalidade dos interesses afetados. É a melhor forma, portanto, de se assegurar a eficiência da atividade processual, justiça no seu resultado e tratamento isonômico a todos os interessados.

Sendo o processo coletivo a sede mais adequada, não há motivos para a coexistência de demandas individuais. Aceitar a propositura de grande quantidade de demandas individuais cuja controvérsia esgota-se em uma mesma questão jurídica, a qual, por sua vez, será resolvida em outro processo, consiste em um visível desperdício de atividade jurisdicional, que apenas justificar-se-ia sob uma perspectiva: permitir que os processos individuais, suspensos para a resolução da controvérsia jurídica, pudessem, na hipótese de reconhecimento dos direitos massificados, ser desde já executados. Sequer esta utilidade existe, conforme será visto no tópico seguinte.

Tal conclusão tem repercussão importante sobre um grande entrave que costuma ser apontado para o maior desenvolvimento da defesa coletiva de direitos individuais, qual seja, o regime de coisa julgada, ou, mais especificamente, o fato de a sentença de improcedência no processo coletivo não fazer coisa julgada para as demandas individuais. Os críticos apontam que referida regra, concebida para efetivar uma maior proteção em prol dos indivíduos afetados pelas lesões massificadas, acaba por retirar boa parte da utilidade deste processo coletivo, já que ele, no caso de improcedência, não evitaria o problema da grande quantidade de demandas individuais versando sobre uma mesma questão.

A questão precisa ser melhor analisada. De fato, não se pode falar em coisa julgada em tais hipóteses, já que evidentemente não há relação de identidade entre as demandas. Isso, todavia, não significa que a improcedência da demanda coletiva não resolve o problema do excesso de processos individuais em que se discute o mesmo tema. Conforme defendido acima, a pendência de processo coletivo retira o interesse processual para o surgimento e prosseguimento de ações individuais que estejam nele abarcadas. Vindo este processo coletivo a ser julgado improcedente e tendo havido trânsito em julgado de tal decisão, está-se diante de

um precedente judicial que, evidentemente, não pode ser ignorado posteriormente.

No sistema atual, mostra-se possível a aplicação do art. 332 do CPC, autorizando o julgamento liminar de improcedência nas ações individuais propostas com o mesmo objeto. Vale ressaltar também que foi instituído, no Brasil, um sistema de precedentes obrigatórios, buscando garantir a estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência produzida pelos tribunais (CPC, art. 927).

Portanto, diante do dispositivo em questão, tendo havido, em processo coletivo, fixação de uma tese jurídica que seja comum a grande quantidade de situações paralelas, eventuais demandas individuais, ainda que não sejam afetadas pela coisa julgada de que se revestiu o primeiro, não podem, por outro lado, receber soluções divergentes, sob pena de se desvirtuar o sistema de precedentes obrigatórios previstos na legislação.

As demandas individuais, para que sejam admitidas na pendência de um processo coletivo, ou mesmo após o seu julgamento, devem demonstrar a existência de alguma peculiaridade relevante no caso concreto que seja suficiente a autorizar que este possa receber tratamento específico, que pode ser diferente do adotado na via coletiva. Alguns exemplos podem ajudar no entendimento deste ponto:

a) uma determinada cláusula restritiva de direitos em contrato de adesão que afeta milhares de consumidores tem sua legalidade questionada, ante a possibilidade de não ter sido suficientemente destacada, em descumprimento ao disposto no art. 54, § 4º da Lei 8.078/90; ainda que se trate de que questão comum a todas as situações individuais, mostra-se possível, em tese, que, em uma situação individual, o consumidor demonstre que, por alguma falha gráfica, seu contrato específico encontra-se impresso de modo diferente da grande maioria, o que pode gerar repercussão quanto à análise da presença e suficiência de destaque na cláusula restritiva, de modo a autorizar, no seu caso concreto, solução discrepante em relação à generalidade das situações;

b) o reconhecimento, em ação coletiva, de que a prática, por determinada instituição financeira, de oferecer juros melhores em financiamento para os consumidores que contratarem seu serviço de cartão de crédito não se constitui em venda casada não impede que algum consumidor demonstre que, no seu caso concreto, tal prática abusiva acabou ocorrendo porque o funcionário que o atendeu informou que o financiamento apenas seria possível no caso de aquisição desse outro serviço; ressalte-se que, neste caso, a demanda individual não procuraria rediscutir a tese jurídica firmada no precedente coletivo, mas sim apresentar situação fática que dele difere, o que autoriza, em tese julgamento em outro sentido.

Trata-se, portanto, de clássica aplicação da técnica de *distinguishing*, já referida

anteriormente, por meio da qual se procura diferenciar a situação concreta da que foi objeto do precedente, de modo a defender que a tese jurídica neste firmada não vincula o novo caso. Ressalte-se apenas que, nos casos aqui tratados, o precedente não é firmado em uma situação concreta individual, mas sim em um processo coletivo que trata de uma determinada “situação-tipo”, a partir da qual deve ser feita a análise que possibilite uma eventual distinção.

Além destas hipóteses, pode-se conceber pelo menos uma outra na qual de mostre viável a propositura de demanda individual na pendência de processo coletivo que a abarque, ainda que não se identifique distinção relevante. Trata-se das hipóteses que autorizem a concessão de tutela de urgência. Como se sabe, tais provimentos dependem, via de regra, do preenchimento de requisitos ligados à aparência do direito e urgência da situação. O primeiro aspecto, nas demandas massificadas, será sempre comum a todas as situações; contudo, o segundo é bastante influenciado por possíveis peculiaridades do caso concreto.

Portanto, havendo plausibilidade jurídica na tese defendida coletivamente, pode o indivíduo demonstrar que, a par disso, sua situação concreta indica a urgência no adiantamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida, de modo a obter a concessão de uma tutela de urgência, que talvez não seja extensível a todas as pessoas do mesmo grupo.

4.5.3. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO

Por fim, restam ser abordados os aspectos relativos à liquidação e execução da sentença proferida em processo coletivo acerca de direitos individuais homogêneos. Como já visto, o regime instituído pela Lei 8.078/90 prevê a possibilidade de o juiz proferir uma sentença condenatória genérica de procedência que basicamente se limita a certificar a responsabilidade do(s) demandado(s) no sentido de indenizar um conjunto de indivíduos que incidir nas situações abrangidas pelo seu conteúdo.

A partir desta sentença genérica abre-se a possibilidade de cada pessoa ajuizar uma demanda individual que terá por objetivo a apurar a quantia que lhe é devida e executá-la perante o(s) responsável(is), de modo que haveria a tendência de, ao processo coletivo, suceder grande quantidade de demandas individuais, desta feita com o objeto mais reduzido.

Nesta perspectiva, o processo coletivo teria, inclusive, grandes semelhanças em comparação aos mecanismos criados para a melhoria do tratamento individual das demandas massificadas, visto que, tal como acontece nestes, haveria simplesmente uma cisão cognitiva que permitisse o tratamento coletivo de uma parte do problema sem prescindir da instauração de demandas individuais, em cada caso concreto, para que houvesse a solução definitiva das

situações, já que a única forma de se evitar a necessidade destas instaurações seria o cumprimento espontâneo da condenação, o que não se mostra muito comum na prática processual.

Os problemas desta solução são facilmente identificáveis. Em primeiro lugar, as dificuldades de cientificação de todos os indivíduos interessados fazem com que exista uma tendência no sentido de que a maior parte dos afetados acabará não realizando a liquidação e execução individuais. Por outro lado, se todos, ou pelo menos a maioria, realizasse a etapa individual, surgiria outro problema, tendo em vista que a celeridade processual que se buscava obter com o processo coletivo mostrar-se-ia comprometida a partir do momento em que o Judiciário se visse tomado de grande quantidade destas demandas; ou seja, não seria de grande valia evitar, por meio do processo coletivo, a propositura de inúmeras ações individuais apenas para que este problema fosse adiado para, no caso de procedência do processo coletivo, passar-se a admitir que estas inúmeras ações viessem então a ser propostas, ainda que com objeto mais restrito.

Uma primeira ressalva que deve ser feita é no sentido da delimitação do âmbito de incidência deste regramento legal. Mostra-se evidente que sua aplicabilidade é restrita a uma das possíveis modalidades de tutela jurisdicional, qual seja, a de obter quantia em dinheiro. Por conseguinte, os pleitos visando, por parte do demandado, entrega de coisas ou realização de condutas comissivas ou omissivas não se encontram sujeitos a tal regulamentação.

Tal constatação, por sua vez, pode levar a dois possíveis caminhos: ou se entende que os provimentos jurisdicionais excluídos da disciplina expressa na Lei 8.078/90 (sentença genérica seguida de processos individuais de liquidação e execução) estão, por consequência, excluídos da possibilidade de tutela pela via coletiva, ou se entende que estão, sim, sujeitos à defesa concentrada, a qual, contudo, se operacionaliza de forma diversa.

A segunda opção é, claramente, a mais acertada. Deve-se sempre priorizar caminhos que assegurem a mais ampla possibilidade de tutela jurisdicional de direitos, já que isso se mostra em maior consonância com os princípios constitucionais que regem a atividade jurisdicional. Portanto, o fato de a legislação específica apenas apresentar regulamentação expressa de execução de uma modalidade de tutela jurisdicional significa, simplesmente, que apenas em relação a esta modalidade é que houve a necessidade de previsão de uma disciplina específica, já que, no tocante às demais, mostravam-se adequadas as regras relativas ao processo civil geral.

Portanto, um primeiro reparo a ser feito é o de que, desde a entrada em vigor da Lei 8.078/90, as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa certa, em situações individuais, já se

mostravam passíveis de proteção por meio da via coletiva, não lhes sendo aplicável a dinâmica de proferimento de sentença genérica seguida de execuções individuais. Nestes casos, já se deveria entender que, não havendo na legislação a necessidade de processos individuais de execução, a satisfação da sentença condenatória deveria ser obtida no próprio processo coletivo, de forma concentrada, na qual o legitimado extraordinário tomaria as medidas necessárias a assegurar que todos os indivíduos afetados pelo provimento jurisdicional fossem efetivamente beneficiados da forma prevista.

Há, ainda, um segundo reparo, este voltado às próprias obrigações de pagamento em dinheiro, objeto da regulamentação específica prevista na Lei 8.078/90. Vale ressaltar, primeiramente, que não se pode esquecer que, sendo o processo coletivo um subsistema do direito processual, encontra-se submetido às regras e princípios deste último, que apenas deixam de alcançá-lo a fim de preservar possíveis peculiaridades inerentes ao seu objeto. A partir de tal premissa, deve-se ter em mente que, por ocasião da entrada em vigor da Lei 8.078/90, o CPC ainda não havia tido a sua disciplina acerca da liquidação e execução de sentença reformulada por uma série de alterações legislativas, destacando-se entre elas as que foram trazidas pela Lei 11.232/05.

Até então, a partir do proferimento de uma sentença condenatória abria-se a possibilidade para o autor de mover, perante o condenado, um segundo processo, este de natureza executória, destinado a obter, a partir do patrimônio deste, a satisfação da dívida. O processo, regulamentado pelos artigos 646 e seguintes do CPC/1973 (que com a reforma passaram a ser aplicáveis apenas para os casos de título executivo extrajudicial), iniciava-se a partir de uma nova petição inicial, que, por sua vez, gerava uma nova citação ao agora executado, para que, em 24 horas, realizasse o pagamento ou indicasse bens a serem penhorados. A opção legislativa, portanto, era no sentido de que o cumprimento forçado de uma sentença condenatória realizava-se a partir da instauração de uma nova relação processual, ainda que envolvendo as mesmas partes que integraram a lide que a gerou.

A lógica que então informava a execução de sentenças condenatórias acabou por afetar o tratamento conferido ao processo coletivo. Ainda que o legislador tivesse a plena possibilidade de prever, para o subsistema de processo coletivo, regramento específico e mais adequado às suas características, acabou por não se desvencilhar de um modelo que então era bastante tradicional ao processo civil pátrio, de modo que insistiu na necessidade de instauração de relação processual autônoma para a realização das etapas de liquidação e execução de sentenças condenatórias. Ora, nos casos em que os direitos reconhecidos na sentença coletiva são, em sua essência, individuais, entendeu o legislador que o caminho mais

adequado seria o de tornar estas derradeiras etapas também individuais. Tudo isso, repita-se, como consequência da premissa assumida no sentido de que era necessária a instauração de um novo processo.

Como visto, a já mencionada Lei 11.232/05 mudou substancialmente a regulamentação da matéria, ao prever que a liquidação e execução de uma sentença condenatória nada mais são do que etapas posteriores daquele mesmo processo, que independem de nova petição inicial ou citação (CPC/1973, art. 475-I). Esta nova lógica foi plenamente incorporada pelo Código de Processo Civil já em vigor (art. 513).

É certo que a mudança legislativa alcançou apenas o texto do CPC, sem realizar alterações nas leis que tratam especificamente do processo coletivo. Contudo, não se pode esquecer que, sendo o processo coletivo um subsistema do direito processual, mostra-se submetido à esfera de influência das normas que o regem, de modo que não há qualquer vedação em tese ao fato de uma alteração legislativa operada no âmbito geral surtir efeito sobre um subsistema específico.

Para que se possa melhor avaliar a repercussão, em um subsistema, de alteração de natureza geral, é necessário que se procure ver de que forma ela se relaciona com a principiologia peculiar dele. Ou seja, se via de regra não se mostra possível que uma mudança geral afete uma realidade específica, isso ocorre tão somente porque se presume que, ante as peculiaridades existentes nesta realidade específica, ela mostra-se melhor disciplinada em sua regulamentação específica. Isso não impede, contudo, que se avalie que, em determinado caso, a mudança de natureza geral não apenas não se choca com a realidade específica como até mesmo atende de maneira melhor às duas necessidades. Neste caso, não há razão para se impedir a aplicação da nova disciplina.

Trata-se, exatamente, da hipótese ora em análise. As mudanças operadas nas atividades de liquidação e execução de sentença condenatória não se mostram em nada contrárias às peculiaridades que integram o processo coletivo. Verifica-se, muito pelo contrário, que acabam por atendê-lo de maneira mais completa e eficaz. Conforme já foi visto anteriormente, a necessidade de realização de uma etapa individual de liquidação e execução da sentença condenatória acaba comprometendo parte das vantagens trazidas pela utilização do processo coletivo.

Conclui-se, portanto, que, diante da legislação em vigor, não se mostra mais necessário que cada um dos indivíduos beneficiados por sentença condenatória coletiva ajuíze demanda individual para liquidá-la e executá-la, tendo havido revogação implícita do art. 100 da Lei 8.078/90. Já quanto ao art. 97 da mesma Lei, entende-se que não chega a ser caso de

revogação, tendo em vista que o dispositivo fala que os indivíduos “podem” promover a liquidação e execução da sentença condenatória, sendo o caso apenas de interpretá-lo sistematicamente à luz das posteriores alterações no direito positivo. Tal possibilidade ainda pode existir em subsidiariamente, em pelo menos duas situações: a) a partir do momento em que se verificar omissão no legitimado coletivo que promoveu a ação de que resultou a sentença, bem como na dos demais co-legitimados em sucedê-lo; b) nos casos do indivíduo que, em decorrência de alguma falha, não tenha sido beneficiado pela execução coletiva.

A liquidação e execução coletivas mostram-se viáveis pois, em se tratando de relações jurídicas massificadas nos termos em que definidos para os fins do presente trabalho, sempre há um dos polos da relação jurídica que concentra vínculos simultâneos com uma grande quantidade de pessoas (como tem sido dito reiteradamente, trata-se, via de regra, do Poder Público ou empresas de grande porte). Deste modo este adversário comum, por conter as informações que permitem a identificação dos beneficiários da sentença e individualização dos respectivos créditos, deve adotar as providências práticas necessárias à concretização do provimento jurisdicional existente.

Portanto, na forma prevista pelo CPC (art. 523) o autor da ação civil pública deverá, no momento de cumprimento da sentença, pleitear a intimação do demandado para identificar todos os beneficiários da decisão e, se for o caso, os respectivos valores a que têm direito, bem como para comprovar que realizou seu adimplemento. Não obstante a plena aplicabilidade, ao processo coletivo, do regime geral de cumprimento de sentença, alguns ajustes precisam ser realizados para uma melhor adaptação às suas particularidades.

Primeiramente, tendo em vista que se tratam de situações caracterizadas, na maioria das vezes, pela pouca complexidade fática, não parece ser o caso de aplicação das modalidades de liquidações previstas da legislação processual (CPC, art. 509), mas sim de direcionamento de ordem judicial dirigida ao demandado para que este forneça as informações necessárias à satisfação dos indivíduos atingidos pelo processo. Aqui duas mudanças precisariam ser feitas, em relação às regras do processo individual, para tornar esta técnica mais eficaz para as sentenças coletivas.

O primeiro delas consiste na necessidade de se instituir mecanismo mais rigoroso para o combate à má-fé processual. Como se trata de execução que depende, para seu êxito, de uma ativa colaboração da parte demandada, faz-se necessário estimular de maneira mais firme tal postura, o que pode ser obtido mediante reprimenda mais grave a falhas no seu dever de colaboração. Neste sentido, a multa de até 10% sobre o valor da causa (CPC, art. 81) pode mostrar-se insuficiente a tal propósito, o que demandaria a possibilidade de flexibilizá-la.

Duas ressalvas, contudo, merecem ser feitas. É que a multa por litigância de má-fé, ainda que se sujeite ao referido limite legal, não se confunde com eventual *astreinte*, podendo ser com ela cumulada. Ademais, se não obstante tais mecanismos de reprimenda notar-se que a omissão da parte demanda impediu que todos ou parte dos indivíduos pudesse ser identificado e ter seus créditos quantificados, ainda assim restaria o caminho subsidiário de permitir o processamento de liquidação e execução pela via individual.

O segundo delas consiste no prazo de quinze dias, previsto no já mencionado art. 523, para que o devedor realize o pagamento, sob pena de lhe ser acrescida multa de dez por cento. Tal prazo, que é plenamente compatível com a lógica individual, pode revelar-se insuficiente para o processamento e organização das informações necessárias ao cumprimento de uma sentença coletiva. Deste modo, a solução ideal mostra-se no sentido da possibilidade de fixação de um prazo que de mostre mais adequado às circunstâncias do caso concreto, que pode exceder bastante aos quinze dias previstos no dispositivo legal.

Um segundo ajuste que se mostra indispensável para adaptar a técnica processual às sentenças coletivas diz respeito à possibilidade de cumprimento provisório da sentença, previsto nos artigos 520 e 521 do CPC. Frise-se que esta possibilidade acaba sendo a regra geral nos processos coletivos, visto que, diferentemente do que ocorre no modelo individual, o recurso de apelação não é, via de regra, recebido em seu efeito suspensivo (Lei 7.347/85, art. 14).

Trata-se de modalidade de cumprimento que, por sua natureza, acarreta riscos ao exequente, já que, vindo a sentença a ser revista, este precisará devolver o que obteve a título provisório. Na técnica de execução coletiva aqui concebida, em que as providências para o cumprimento da obrigação correm independentemente de participação, e até ciência, do credor, o cumprimento provisório revela-se inadequado, por representar um risco excessivo, já que pode ocorrer de indivíduos virem a ter que devolver valores recebidos a título provisório sem terem tomado a decisão de correr tal risco.

Desta forma, defende-se que, embora seja possível o cumprimento provisório de sentença coletivo, este deva, excepcionalmente, ser realizado sempre na via individual, local que se mostra propício à tomada de decisões desta natureza, que carregam uma carga predominantemente subjetiva.

5 CONCLUSÃO

O momento atual, caracterizado, de um lado, pelo surgimento de conflitos com potencial para atingir simultaneamente uma quantidade cada vez maior de pessoas (gerando o fenômeno que alguns autores chegaram a denominar de “explosão de litigiosidade”) e, de outro, por uma ênfase crescente no individualismo (decorrente do agravamento dos ideais que informaram o surgimento da modernidade, a ponto de se apontar a entrada em um novo paradigma, pós-moderno), impõe novos e complexos desafios ao Poder Judiciário, colocando em cheque a sua capacidade de continuar sendo a instância destinada a solucionar os conflitos de interesse existentes.

Para que possa enfrentar adequadamente os novos desafios que lhe são impostos, o direito precisa também se adaptar a esta nova realidade, o que inclui a revisão de aspectos fundamentais de sua estrutura e de marcos teóricos que se consolidaram no decorrer de séculos. Para ficar nos dois exemplos abordados expressamente no curso do trabalho, não se mostra mais cabível uma concepção fechada de sistema jurídico, visto que ele precisa se mostrar flexível o suficiente para se adequar a um mundo em constante mutação, assim como é preciso que se evolua do entendimento de que as normas se esgotam nas regras positivadas para se reconhecer o caráter normativo dos princípios jurídicos.

Dentre os vários desafios trazidos ao direito por esta nova realidade, a abordagem centrou-se em um específico, qual seja, o dos conflitos massificados, que acabam por dar origem a uma situação que se reputa indesejada, aqui denominada de processos repetitivos, na qual uma mesma controvérsia jurídica que afeta paralelamente grande quantidade de pessoas passa a ser discutida, simultaneamente, em um grande número de processos judiciais, autônomos entre si e processados em diferentes juízos, foros e até mesmo justiças.

Procurou-se demonstrar que a legislação em vigor prevê duas formas de se processar tais demandas, quais seja, a via individual e coletiva. Foi visto, no entanto, que, muito embora a segunda mostre-se, teoricamente, muito mais vantajosa do que a primeira, sob inúmeros aspectos, que ela não tem sido suficientemente desenvolvida, não recebendo maior ênfase pelo legislador, o que culmina no fato de que, ano após ano, não se percebe avanço efetivo no tratamento da litigância repetitiva no país.

A configuração do subsistema de processo coletivo no Brasil foi objeto de análise própria, na qual se procurou indicar, ainda que resumidamente, as principais normas, constitucionais e legais, que regem a matéria, com o objetivo de, a partir delas, se chegar ao desenho básico deste subsistema, de modo a se extrair os principais princípios que o

informam. Esboçou-se, na ocasião, a identificação, sob a denominação comum de processo coletivo, a identificação de dois fenômenos distintos, na linha do que é colocado por parte da doutrina que se dedica ao assunto.

Sem a pretensão de se esgotar os vários aspectos envolvidos na questão, procurou-se abordar três questões que se considerou como principais entraves a um maior desenvolvimento do processo coletivo de direitos individuais, quais seja, as da legitimidade ativa, repercussão da lide coletiva sobre as individuais e liquidação / execução da sentença condenatória. Em cada um destes aspectos o trabalho indicou a posição que reputa mais adequado às normas que compõem o sistema de direito processual brasileiro, em especial seu subsistema de processo coletivo.

As teses aqui desenvolvidas nestes pontos-chaves do processo coletivo podem ainda se constituir em entendimento minoritário na doutrina e jurisprudência. Acredita-se, no entanto, que são passos importantes que podem ser dados no sentido de consolidar o processo coletivo como via principal para a solução dos litígios massificados, já que possibilitam uma solução de forma mais célere, possibilitando um mais amplo acesso à justiça, dando condições para uma decisão melhor embasada, assegurando tratamento isonômico a todos que se encontrem em situações idênticas e possibilitando uma decisão mais justa, por resultar de relação na qual as partes encontram-se em uma maior paridade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Tradução: Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática de sua interpretação e aplicação)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Cláudia Maria (Coord.). **Demandas repetitivas relativas ao sistema de crédito no Brasil e propostas para sua solução**. Curitiba: PUCPR, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução, Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução, Plínio Dent. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução: Márcio Pugliesi *et al.* São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986.** Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com as alterações posteriores, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7510.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm#art97>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997.** Disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998.** Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9756.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001.** Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001.** Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de conhecimento. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10358.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111187.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006.** Altera os arts. 504, 506, 515 e 518 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativamente à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais, ao recebimento de recurso de apelação e a outras questões. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11276.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006.** Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/L11277.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006**. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11280.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006**. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111382.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.418, de 19 de dezembro de 2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111419.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008**. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010**. Transforma o agravo de instrumento interposto contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial em agravo nos próprios autos, alterando dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12322.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 fev. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 755429/PR (2005/0089854-4)**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634860/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-755429-pr-2005-0089854-4-stj>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 49.727/RS**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 21 de setembro de 1994.

_____. **Recurso Especial nº 187.668/DF**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, 6 de novembro de 2001.

_____. **Recurso Especial nº 242.643/SC**. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 19 de outubro de 2000.

_____. **Recurso Especial nº 279.273/SP (2000/0097184-7)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7381192/recurso-especial-esp-279273-sp-2000-0097184-7/inteiro-teor-13045981>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Especial nº 292.636/RJ (2000/0132618-0)**. Relator: Ministro Barros Monteiro. Brasília, DF, 11 de junho de 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7567553/recurso-especial-esp-292636-rj-2000-0132618-0>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Especial nº 308.486/MG (2001/0026810-2)**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 24 de junho de 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19662728/recurso-especial-esp-308486-mg-2001-0026810-2>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 371.385/PB (2001/0158598-5)**. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, 12 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530293/recurso-especial-esp-371385-pb-2001-0158598-5>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Especial nº 509.654/MA**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, 24 de agosto de 2004.

_____. **Recurso Especial nº 613.480/PR**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, 8 de março de 2005.

_____. **Recurso Especial nº 637.332/RR (2004/0036689-2)**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 24 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7239478/recurso-especial-esp-637332-rr-2004-0036689-2>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Especial nº 1.110.549/RS (2009/0007009-2)**. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, 28 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6116413/recurso-especial-esp-1110549-rs-2009-0007009-2/inteiro-teor-12257639>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1576-1**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de abril de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347137>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943 DF**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 7 de maio de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3943&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Extraordinário nº 195.056/PR**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 9 de dezembro de 1999. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738393/recurso-extraordinario-re-195056-pr>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. **Recurso Extraordinário nº 394.180/CE**. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 23 de novembro de 2004.

_____. **Recurso Extraordinário nº 472.489/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 29 de abril de 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. O novo procedimento-modelo (musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 147, p. 123-146, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. Frabris, 1988.

COHEN, Ernesto *et al.* **Gestão social**: como obter eficiência e impacto nas políticas sociais. Brasília, DF: ENAP, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Departamento de Pesquisas Judiciárias. **Justiça em números 2014**: ano-base 2013. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. O regime processual das causas repetitivas. *In*: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito, 2013. p. 829-843.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. **Democracia urbana**: é possível coadunar desenvolvimento sustentável e práticas democráticas nos espaços urbanos no Brasil? Curitiba: Juruá, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil**: processo coletivo. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 4.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARIA, José Eduardo. **El derecho em la economia globalizada**. Tradução: Carlos Lema Añón. Editorial Trotta: Madri, 1996.

_____. **O Estado depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo *et al.* **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: Max Limonad, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica**: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FARIÑAS DULCE, María José. **Globalización, ciudadanía y derechos humanos**. Madri: Dykinson, 2004. (Bartolomé de las Casas).

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Prefácio. *In*: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (Coord.). **Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções préprocessuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça**. São Paulo: FGV, 2010.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

_____. **Modernidade e identidade**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GIDDENS, Anthony *et al.* **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução: Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2012.

GIDI, Antônio *et al.* (Coord.). **Comentários ao código modelo de processos coletivos**: um diálogo ibero-americano. Salvador: Juspodivm, 2009.

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

GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo**: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: GZ, 2008.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**: o poder de criatividade do juiz e o acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HOBSBAWM, Eric J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Tradução, Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. **A era do capital**: 1848-1875. Tradução, Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

_____. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução, Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **A era dos impérios**. Tradução, Sieni Maria Campor e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **La globalización ilustrada**: ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo. Madri: Dykinson, 2004. (Bartolomé de las Casas).

KRETSCHMANN, Ângela. **História crítica do sistema jurídico**: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMA, Rafael Bellem de. **Regras na teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2014.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**: das origens à escola histórica. Tradução: Calos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2008. v. 1.

_____. **Sistema e estrutura no direito**: o século XX. Tradução: Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

LOTUFO, Renan (Coord.). **Sistema e tópica na interpretação do ordenamento**. Barueri: Manole, 2006.

MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 17, n. 68, p. 11-60, out./dez. 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo, Saraiva, 2004.

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

MENDES, Aluisio; SILVA, Larissa Pochmann da. Ações coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 535-566.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (Coord.). **Processo coletivo**: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 71-95.

NEDEL, Antônio. **Uma tópic jurídica**: clareira para emergência do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NEVES, Antônio Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. 1.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RAMOS, Gisela Gondin. **Princípios jurídicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2011. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência, v. 1).

SILVA, Janaína Lima Penalva da. Demandas repetitivas: soluções processuais ou gerenciais. *In*: SEMINÁRIO DEMANDAS REPETITIVAS NA JUSTIÇA FEDERAL, 2013, Brasília, DF. [Anais...] Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/serie-cadernos/Volume%2029%20Serie%20Cadernos.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil de 2015. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 190-131.

VENTURI, Elton. **Processo coletivo brasileiro**: a tutela jurisdicional de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In*: ZANETI JÚNIOR, Hermes (Org.). **Processo coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 49-107.

WILBURG, Walter. Desenvolvimento de um sistema móvel no direito civil. Apresentação da tradução. Tradução: Raul Guichard. **Direito e Justiça**, Lisboa, v. 14, n. 3, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.