



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

ERALDO RAMOS TAVARES JÚNIOR

ACESSO À JUSTIÇA E MACROLIDES

Salvador
2015

T231 Tavares Júnior, Eraldo Ramos,
 Acesso à justiça e macrolides / por Eraldo Ramos Tavares
 Júnior. – 2015.
 152 f.

 Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza.
 Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia,
Faculdade de
 Direito, 2015.

 1. Acesso à justiça. 2. Interesses coletivos. 3. Tutela. I.
 Universidade Fe-

ERALDO RAMOS TAVARES JÚNIOR

ACESSO À JUSTIÇA E MACROLIDES

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

ERALDO RAMOS TAVARES JÚNIOR

ACESSO À JUSTIÇA E MACROLIDES

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, na forma do Regimento Interno do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal da Bahia, e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos professores abaixo firmados, em sessão pública de defesa no dia ___ de _____ de 2015:

Aprovada em ___ de _____ de 2015, com nota _____.

Banca Examinadora:

Wilson Alves de Souza – Orientador. _____
Doutor (Universidad del Museo Social Argentino - Buenos Aires) e *Pós-Doutor*
(Universidade de Coimbra).
Universidade Federal da Bahia

Dirley da Cunha Júnior. _____
Mestre (Universidade Federal da Bahia) e *Doutor* (Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo - PUC/SP).
Universidade Federal da Bahia.

AGRADECIMENTOS

O Mestrado em Direito não é algo fácil. Do ingresso à conclusão da dissertação é preciso muita dedicação para superar os obstáculos de uma concorrida seleção, a aprovação em todas as disciplinas e, por fim, a elaboração do trabalho final. Assim, como “toda pessoa sempre é a marca das lições diárias de outras tantas pessoas (Gonzaguinha)”, a superação dessas etapas contou com o apoio e lições de algumas pessoas, que, de uma forma, contribuíram para que eu pudesse chegar a esse momento. É preciso, portanto, agradecer a todos àqueles que estiveram ao meu lado e acreditaram neste sonho.

Em primeiro lugar, agradeço a minha família. Aos meus pais, Eraldo Ramos Tavares e Berenice Serafim Tavares, a meus irmãos, Rogério Serafim Tavares e Gustavo Serafim Tavares, a meu primo-irmão, Alessandro Abbehusen Tavares, pelo amor e pelo carinho. Aos meus afilhados, Arthur e Ana Maria, vocês acalentaram meu coração e serão sempre amados por mim. Aos meus sogros, Joaquim Gerlene Lima Vasconcelos e Maria Altina Caires Vasconcelos, e a meu cunhado, Márcio Caires Vasconcelos, pela compreensão e apoio nos momentos difíceis.

Agradeço à minha esposa, Livia Tavares, pessoa que sempre vibrou com as minhas vitórias. Quando menos esperava, um sorriso meigo despertou algo diferente em meu coração. Após dez anos, a emoção de vê-la sorrir permanece íntegra e creio que o amor brotado daquele sorriso jamais se acabará.

Meus sinceros agradecimentos a Advocacia Tavares Novis e a todos os seus integrantes, pela compreensão quanto a minha ausência e por entender este meu desejo. Vocês são exemplos de profissionalismo e dedicação. Além do orgulho que sinto em fazer parte desta equipe, sinto-me completo por ter Lauro Novis, Milton Mendes, Rodrigo Freire, Carolina Mendes, Bernardo Vita, Rafael Platini, Heitor Castro, Bianca Matos, Fernanda Ferreira, Diego Britto, Luciana Couto e, todos os demais, como verdadeiros amigos.

Retribuo, aqui, o agradecimento de meu amigo Eddie Parish, pelo apoio incondicional ao longo dessa jornada. Tenho certeza que a nossa amizade demonstra que não existe momento certo para o surgimento de uma amizade. Elas surgem naturalmente, diante do despertar de

uma admiração. Estendo meus agradecimentos a Flávia Parish, que mesmo grávida e de férias, colocou-se à disposição para fazer a revisão do trabalho.

Ao meu orientador, Professor Wilson Alves de Souza, obrigado pela dedicação, respeito, disponibilidade. Sempre acreditei que não existe caminho seguro senão àquele pautado no carácter, na honestidade e no respeito ao próximo. E o seu exemplo me faz acreditar que essa premissa é verdadeira.

Registro os agradecimentos a todos os professores do núcleo de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em especial aos professores Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, Nelson Cerqueira, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Pimenta e Freddie Didier Júnior, que contribuíram significativamente com a minha formação.

De forma específica, agradeço, ao Professor Freddie Didier Júnior, pela revisão do artigo intitulado de Juizados Especiais, precedente judicial e importância do relatório, posteriormente publicado na Revista de Processo n. 222. Não bastasse tamanha alegria, o artigo ainda mereceu a citação no Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

Ao Professor Antonio Gidi, que, mesmo diante do pouco tempo que estive no Brasil, colocou-se à disposição para avaliar meu projeto de pesquisa, lançando diversas críticas construtivas.

Por fim, deixo aqui meus sinceros agradecimentos a Fernando Mário Pires Daltro Júnior e Iran Furtado, dois amigos que sempre me incentivaram nesta empreitada.

“De tanto ver triunfar as nulidades,
de tanto ver prosperar a desonra,
de tanto ver crescer a injustiça, de
tanto ver agigantarem-se os
poderes nas mãos dos maus, o
homem chega a desanimar da
virtude, a rir-se da honra, a ter
vergonha de ser honesto”.

(Rui Barbosa)

“Matar o sonho é matarmo-nos. É
mutilar a nossa alma. O sonho é o
que temos de realmente nosso, de
impenetravelmente e
inexpugnavelmente nosso”

(Fernando Pessoa)

RESUMO

A presente dissertação se propõe à análise do acesso à justiça diante de uma nova conflituosidade social. Parece não existir dúvidas de que a tutela jurisdicional individual não é suficiente para a pacificação das relações conflituosas em massa, que assolam os tribunais de todo o país, através de milhares de ações repetitivas, com o mesmo objeto, e quase sempre, com o mesmo pedido. Aqueles que diariamente militam nos fóruns brasileiros têm a absoluta certeza de que questões relativas litígios seriados desafiam uma tutela jurisdicional diferenciada. Torna-se, então, imprescindível o estudo e desenvolvimento do tema, fazendo uma análise da Jurisdição e do Processo à luz do paradigma democrático, da compreensão do acesso à justiça na atualidade, bem como da tutela coletiva de direito, em especial dos direitos individuais homogêneos. Assim, o presente trabalho começa analisando os conceitos clássicos do processo e a sua repercussão da realidade jurídica brasileira atual. Após, procurou-se apontar os principais problemas que impedem o incremento do acesso à justiça, em especial diante de uma sociedade extremamente massificada, apresentando sugestões para superação dos problemas. Por fim, procurou tecer algumas considerações acerca do incidente de coletivização das demandas repetitivas, inserido no Novo Código de Processo Civil, aprovado pelo Senado Federal e pendente de envio para sanção presidencial. Essas são algumas questões discutidas no presente trabalho, que não tem o fito de esgotar a matéria, mas de fomentar e contribuir para a discussão do tema.

Palavras-chave: acesso à justiça; direitos individuais homogêneos; tutela coletiva de direitos; Macrolides; incidente de coletivização de demandas repetitivas.

ABSTRACT

This work proposes the analysis of access to justice before a new social bickering. There seems to be no doubt that the individual legal protection is not enough for the pacification of conflictive relations in mass, that plague the courts across the country through thousands of repetitive actions, with the same object, and almost always with the same request. Those who daily militate in Brazilian forums have absolutely sure that serial disputes concerning issues challenge a different remedy. It is then a need to study and develop the subject by making an analysis of Jurisdiction and Procedure in the light of the democratic paradigm, understanding of access to justice at the present time as well as the collective protection of law, in particular of individual rights homogeneous. Thus, this paper begins by analyzing the concepts of classical process and its impact of the current Brazilian legal reality. After, we tried to identify the main problems that prevent increased access to justice, especially before an extremely mass society, making suggestions for overcoming the problems. Finally, we tried to make some observations about the collectivization of the incident repetitive demands, inserted in the New Code of Civil Procedure, approved by the Senate and pending submission to presidential approval. These are some issues discussed in this paper, which has the aim to exhaust the subject, but to encourage and contribute to the discussion of the topic

Key words: access to justice; individual rights homogeneous; collective protection of rights; macrolides; collectivization incident repetitive demands.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ação Cautelar
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgRg	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
BA	Bahia
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
coord.	coordenador
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTN	Código Tributário Nacional
DF	Distrito Federal
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
ed.	edição
EMBRAER	Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.
etc.	<i>et cetera</i>
HC	<i>Habeas Corpus</i>
j.	juízo
Min.	Ministro
MG	Minas Gerais
N.º	Número
NCPC	Novo Código de Processo Civil
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
org.	organizador
p.	página
RDDP	Revista Dialética de Processo Civil

Rel.	Relator
REPRO	Revista de Processo
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
RS	Rio Grande do Sul
RT	Revista dos Tribunais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFPR	Universidade Federal do Paraná
v.	volume
vol.	volume

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	14
2.	DIREITOS, JURISDIÇÃO E PROCESSO	17
2.1.	O Direito e processos de adaptação social	17
2.2.	Estado Liberal, positivismo e direitos subjetivos individuais	19
2.3.	Estado Social, força normativa dos princípios e direitos fundamentais	24
2.4.	Do sistema de precedentes judiciais e a sua influência da composição dos conflitos atuais	35
2.5.	Direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e massificação das relações	41
2.6.	A jurisdição no Estado Contemporâneo e democrático	42
2.7.	Nova conflituosidade e a necessidade de eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas e efetivas. Da relação direito e processo e suas consequências. Processo coletivo e regime jurídico das demandas repetitivas	44
3.	ACESSO À JUSTIÇA	49
3.1.	Acesso à Justiça e o relatório do Projeto de Florença. Evolução do conceito de acesso à justiça no paradigma liberal para o paradigma social	51
3.1.1.	Problemas identificados pelo Projeto do Florença	54
3.1.2.	Soluções propostas	58
3.2.	Acesso à Justiça Democrático	61
3.3.	Acesso à Justiça, direitos fundamentais, garantia e vetor ético	64
3.4.	Acesso à Justiça, à ordem jurídica justa e meios alternativos para solução dos conflitos	66
3.5.	Acesso à justiça e processo eletrônico	72
3.6.	Acesso à Justiça e precedentes judiciais	74
3.7.	Acesso à Justiça, direitos transindividuais, sociedade de massa e ações coletivas	76
3.8.	Classificação do Acesso à Justiça.	80
3.9.	Releitura e atualização do conceito de Acesso à Justiça: inexistência de restrição ao direito fundamental	82
4.	MACROLIDES E O REGIME JURÍDICO DAS DEMANDAS REPETITIVAS	87
4.1.	Novos direitos e massificação das relações jurídicas.	87
4.2.	Macrolides e tutela jurisdicional adequada.	90
4.3.	Demandas repetitivas e tutela coletiva dos interesses e direitos difusos, coletivos e	

individuais homogêneos.	93
4.3.1. Interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.	93
4.3.2. Interesses e Direitos Difusos	97
4.3.3. Interesses e Direitos Coletivos	98
4.3.4. Interesses e Direitos Individuais Homogêneos	100
4.3.5. Impropriedade da Identificação <i>a priori</i>: importância da correta individualização dos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido)	106
4.4. Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos	109
4.4.1. Tutela Jurisdicional Diferenciada	109
4.4.2. Princípios da Tutela Jurisdicional Coletiva	111
4.4.3. Ação Civil Coletiva	113
4.4.4. Influência do Direito Comparado na formação da Tutela Jurisdicional Coletiva	113
4.4.5. A Técnica de cognição adotada na Ação Civil Coletiva: repartição da atividade Cognitiva	114
4.4.6. Ação Coletiva propriamente dita	116
4.4.7. Ação de Cumprimento: liquidação e execução da sentença genérica	119
4.4.8. Liquidação e execução coletiva	120
4.5. Da litispêndência da ação coletiva e das ações individuais	120
4.6. Coisa Julgada e técnicas de vinculação	127
4.7. Outros problemas relacionados à tutela de direitos individuais homogêneos	133
4.8. Tutela das demandas repetitivas no Código de Processo Civil	135
4.8.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas	136
5. CONCLUSÕES	142
REFERÊNCIAS	145

1. INTRODUÇÃO

Karl Popper afirma que o ponto de partida da epistemologia é o *problema*¹: “o caráter e a qualidade do problema e também, é claro, a audácia e a originalidade da sugestão sugerida, que determinam o valor ou a ausência do valor de uma empresa científica²”. Neste sentido, identificou-se um problema, sério e atual, que é a compreensão do Acesso à Justiça ante as Macrolides.

De fato, parece não existir dúvida de que a tutela jurisdicional individual não é suficiente para a pacificação das relações conflituosas em massa, que assolam os tribunais de todo o País, através de milhares de ações repetitivas, com o mesmo objeto e, quase sempre, com o mesmo pedido. Aqueles que diariamente militam nos fóruns brasileiros têm a absoluta certeza de que questões relativas a litígios seriados desafiam uma tutela jurisdicional diferenciada.

Assim, para direcionamento da pesquisa, foram formuladas as seguintes questões: a) com efeito, a propositura de uma ação civil coletiva não impede a propositura ou o prosseguimento da ação individual, sob o fundamento de que não há litispendência entre elas? b) o legislador pátrio assegurou, de fato, o direito de agir com independência fora dos juízos coletivos? c) eventual limitação ou restrição da coexistência de ações individuais e ações coletivas violaria o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou, em verdade, a limitação do número de demandas, ainda que paradoxalmente, ampliaria o acesso aos direitos e à Justiça? d) eventual dispositivo que estabelecesse ou dispusesse que “não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses e direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados (PL 5.139/2009)” seria juridicamente possível no ordenamento jurídico brasileiro? e) a compreensão de acesso à Justiça indica que todo indivíduo tem o direito de demandar o Poder Judiciário, em caráter individual, ou, em verdade, é o direito de cada um ter seu interesse devidamente representado³? f) pode-se avaliar as técnicas associadas ao direito de auto-exclusão (*right to opt out*) incidentes nas ações coletivas, propondo a adoção de um sistema misto, sem que tal fato comprometa o acesso à tutela de direitos e à Justiça?

¹ POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 3ª edição, p. 14.

² POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 3ª edição, p. 15.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

Assim, a presente dissertação tem a finalidade de realizar uma leitura atualizada do Acesso à Justiça diante de uma nova conflituosidade social.

Para tanto, iniciou-se pela abordagem da jurisdição e do processo no Estado liberal, no Estado Social e na atualidade, analisando as mudanças significativas, que alteraram a compreensão outrora existente, em especial diante das mudanças na teoria da norma, no papel do juiz e da jurisprudência, no surgimento de novos fatos relevantes.

Em seguida, examinou-se de forma específica o acesso à justiça a partir do Projeto de Florença, que, a despeito de ter sido elaborado sob a influência de um Estado Social, identificou óbices e possíveis soluções que possuem total pertinência ao direito brasileiro. Ainda neste tópico, fez-se necessário identificar a natureza jurídica do acesso à justiça e abordar novas implicações do acesso à justiça, tais como a relação com os meios alternativos de solução de demandas, o processo eletrônico. Já neste capítulo, abordou-se o foco da presente dissertação que é a tutela dos direitos individuais homogêneos e a necessidade atualização do conceito de acesso à justiça.

No quarto capítulo da dissertação, enfrentou-se o conceito das demandas repetitivas, sua origem, suas características e o seu regime jurídico, destacando-se a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, oportunidade em que foram feitas diversas considerações acerca dos problemas que comprometem a efetividade de tal tutela, em especial a questão da litispendência, da coisa julgada e das técnicas de exclusão. Ainda não que não seja o ponto central do trabalho, também se abordou neste capítulo a tutela individual dos direitos individuais homogêneos e o Incidente de coletivização de demandas repetitivas, instituto que ingressará no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do Novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado no Senado Federal em seu texto básico em 16 de dezembro de 2014 e em votação definitiva em 17 de dezembro de 2014, tendo o texto definitivo sido enviado à sanção presidencial em 24 de fevereiro de 2015.

Destarte, a pesquisa teve como objetivo geral o estudo do acesso à justiça a partir do Projeto de Florença até os dias atuais. Seus objetivos específicos referem-se exatamente ao estudo da tutela dos direitos individuais homogêneos, suas peculiaridades materiais e processuais, na medida em que, embora individuais e divisíveis, podem ser tutelados coletivamente, o que

consiste na incorporação, com as adequações necessárias à realidade brasileira, das *class actions* norte-americanas, tão difundidas.

Utilizou-se o método analítico-sintético, haja vista que o objeto deste trabalho já havia sido abordado em outras obras publicadas por processualistas consagrados e que foram devidamente citados ao longo do texto e, ao final, indicados na bibliografia consultada. Por sua vez, valeu-se da pesquisa bibliográfica no campo do direito processual civil, bem como da pesquisa documental, mediante consultas à jurisprudência – em especial dos tribunais superiores –, e de diversos artigos publicados na Revista de Processo e em *sites* especializados.

2. DIREITOS, JURISDIÇÃO E PROCESSO.

Inicialmente, ressalta-se que não se pretende incorrer na “confusão epistemológica⁴”, ou em um “universalismo a-histórico⁵”, discorrendo sobre uma visão histórica do acesso à justiça, até porque tal pretensão tornaria necessária a adoção de métodos e técnicas de pesquisa específicas à história jurídica, que extrapolam o objeto do presente trabalho.

O objetivo, portanto, do presente capítulo é indicar algumas premissas de estudo sobre o acesso à justiça, relacionando-o com uma conflituosidade social contemporânea, ao processo e aos direitos fundamentais.

2.1. O Direito e processos de adaptação social.

O Direito “é um dos processos sociais de adaptação, como a Religião, a Moral, a Arte, a Economia, a Política e a Ciência⁶”. Trata-se de um fenômeno complexo, que possui total relação com a sociedade e seus valores⁷, na medida em que exerce sobre aquela uma função ordenadora⁸, diante de uma pauta de conduta, que deve ser levada em consideração pelas pessoas, que naturalmente coexistem e encontram-se vinculadas⁹, por intermédio das normas jurídicas¹⁰⁻¹¹.

⁴ OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em: < http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf >. Acesso em: 21 out. 2014.

⁵ MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979 *apud* OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em: < http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf >. Acesso em: 21 out. 2014.

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, p. 25.

⁷ Luís Roberto Barroso afirma que a “função social do Direito é a disciplina da vida social, com base nos valores e fins legitimamente estabelecidos”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

⁸ Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco conceituam a função ordenadora como a “de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros”. Os precitados Autores afirmam que a tarefa da “ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo sacrifício e desgaste”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 27

⁹ Afirma Larenz que, na noção de Direito, como a palavra já linguisticamente sugere, vai coenvolvida a ideia de uma pauta, pela qual *devemos* orientar a nossa conduta, a ideia de injuntividade ou vinculatividade. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

¹⁰ Não existe uniformidade na compreensão do que seria norma. Neste sentido, Robert Alexy aborda a polêmica acerca do conceito de norma, concluindo ao final pela adoção de um conceito semântico da norma, que para o referido Autor não é igualmente adequado para todas as finalidades, mas, quando se trata de problemas da dogmática jurídica e da aplicação do direito, é sempre mais adequado que qualquer outro conceito de norma: “Não é de surpreender que a discussão acerca do conceito de norma como conceito fundamental da Ciência do

José Roberto dos Santos Bedaque ressalta que a vida em sociedade implica a existência de inúmeras relações entre seus integrantes, e que algumas dessas relações são objeto de regulamentação pelo Estado, o qual edita as normas de conduta, para observância de todos¹².

O referido processo de adaptação do Direito na escolha dos fatos relevantes e na edição das normas jurídicas¹³ possui estreita relação com o Poder, pois “toda a norma de direito envolve uma opção, uma decisão por um caminho dentre os muitos possíveis. É evidente que a norma jurídica surge de um ato decisório do poder político¹⁴”.

É neste sentido que Wilson Alves de Souza afirma que o “sistema político e o sistema jurídico existem integrados, de maneira que quem detém o poder diz o que é o direito e impõe coercitivamente o que decidiu estabelecer como o direito¹⁵”.

Associado ao homem e à sociedade, o Direito apresenta a “estrutura temporal da historicidade¹⁶”, em razão de seu processo de adaptação relacionar-se com a evolução da

Direito não tenha fim. Toda definição desse conceito implica decisões sobre o objeto e o método da disciplina, ou seja, sobre seu próprio caráter. Dessa forma, a fundamentação daquilo que se sustenta variará conforme se entenda norma como o “sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta” ou uma “expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada”, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social. Ainda que em medidas diversas, os problemas sugeridos por essa enumeração são importantes para as análises a serem aqui feitas. Por outro lado, esse não é o seu objeto. Isso sugere que se busque um modelo de norma que, de um lado, seja sólido o suficiente para constituir a base das análises que se seguirão e, de outro lado, suficientemente frágil para que seja compatível com o maior número de decisões no campo dos problemas mencionados. Essa exigências são satisfeitas por um modelo semântico, compatível com as mais variadas teorias da validade”. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 52.

¹¹ Humberto Ávila afirma que normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33.

¹² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 11.

¹³ A norma jurídica, enquanto proposição, prevê hipoteticamente fatos de possível ocorrência no mundo. A esses elementos da norma, isto é, o fato ou conjunto de fatos previstos abstratamente, dá-se o nome de suporte fático. Quando o que se está previsto na norma acontece, dá-se a “incidência”, de modo que o fato passa a ser considerado “jurídico”. Composto o fato jurídico, surgem, no mundo jurídico, os efeitos previstos em abstrato na norma. MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsó, 1954, p-5-6.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

¹⁵ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 21.

¹⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

sociedade e ao surgimento de novas circunstâncias fáticas¹⁷, de modo que é fundamental seja o Direito avaliado de acordo com o momento histórico e fixação do poder político, para que seja possível avaliar “sua adequação quando aplicado à realidade social que procura ordenar¹⁸”.

Portanto, diante do problema que compõe o objeto de estudo deste trabalho, impõe-se a análise da realidade social contemporânea¹⁹, visando à compreensão de o conceito atual de acesso à justiça, em especial para verificação dos fatos que se tornaram relevantes para o mundo jurídico e, portanto, passaram a sofrer a incidência de regras jurídicas.

O reconhecimento de novos direitos sociais; de direitos fundamentais de terceira dimensão; da massificação das relações jurídicas; do papel do juiz na reconstrução do Direito, dentre outros, impactou no desenvolvimento da Dogmática Jurídica e, portanto, desafia um novo olhar do operador do direito.

2.2. Estado Liberal, positivismo e direitos subjetivos individuais.

Conforme exposto anteriormente, uma das características do Direito é a historicidade. Neste contexto, a compreensão do direito no Estado Liberal e no Estado Contemporâneo afigura-se importante, pois novas circunstâncias fáticas e novos direitos foram evidenciados e, por consequência, há necessidade de uma adequação da tutela jurídica correspondente, ante essa nova realidade social.

¹⁷ Há fatos que não interessam ao mundo jurídico. Se alguns desses fatos entram no mundo jurídico, é porque o direito se interessou por ele. A técnica que tem o direito, mero processo social de adaptação, para chamar a si o fato que antes não lhe importava, é a *regra jurídica*. MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*, Campinas: Bookseller, 1998, p. 23.

¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 37.

¹⁹ Segundo Habermas, “hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve de pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129.

É preciso, portanto, estudar o Estado, ainda que brevemente, e o correspondente conceito de jurisdição, na medida em que “estudar a jurisdição é também estudar o Estado, pois o tema é jurídico e é político a um só tempo²⁰”.

O Estado Liberal²¹ erigiu-se da Revolução Francesa e identificou como valores primordiais a igualdade, a propriedade e a liberdade. Adotou, ainda, como premissa o princípio da legalidade, que serviu como fundamento da burguesia para conter os abusos do antigo regime, subsumidos no absolutismo do rei. O referido princípio acabou “por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por autoridade dotada de competência normativa²²”.

Em que pese à relação entre o princípio da legalidade e o ideal de liberdade, com a fixação de direitos individuais – em especial a adoção da premissa de que o Estado estava limitado àquilo que a lei autorizasse e de que os cidadãos poderiam fazer tudo que não fosse vedado pela lei –, em verdade, verificou-se, à época, uma mudança da supremacia do rei para um poder extremo do parlamento²³, pois os limites impostos não decorriam dos princípios e dos valores da sociedade, e sim da validade formal da lei, concebida como geral e abstrata.

²⁰ RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

²¹ Segundo Dirley da Cunha Junior: “confunde-se, no plano político, com o liberalismo e, com este, sua marcha no século XIX e nos primeiros três lustros do século XX, foi triunfal. Assim, ou pela derruba dos tronos, ou pela outorga dos monarcas, todos os Estados europeus, um a um, exceto a Rússia, adotaram Constituição. A ideia e necessidade de Constituição ganhou força no liberalismo político e econômico, que triunfa com as revoluções dos séculos XVIII e XIX. No plano econômico, o liberalismo afirma a virtude da livre concorrência, da não intervenção do Estado, enfim, o *laissez-faire*, que enseja a expansão do capitalismo. No plano político, o liberalismo encarece os direitos naturais do homem, tolera o Estado como um mal necessário e exige, para prevenir eventuais abusos, a separação de poderes que Montesquieu teorizou no seu *Espírito das leis*. A dizer, a concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considera como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos de autoridade; de outro lado, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de Adam Smith, segundo o qual o Estado é impróprio para exercer funções de ordem econômica”. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 29.

²² MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

¹⁸ Essa compreensão de “supremacia do parlamento” desenvolvida na França e que influenciou o Brasil é completamente distinta da desenvolvida na Inglaterra. Neste sentido, esclarece Luis Guilherme Marinoni: “A *supremacy of the English parliament* tem significado completamente distinto do da supremacia do legislativo e do princípio da legalidade, tais como vistos pela Revolução Francesa”. Em continuidade, abordando tal distinção e seus efeitos em relação ao papel do juiz na construção do direito, afirma o precitado autor: “Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução Francesa, e os juízes não mereciam confiança, a supremacia do parlamento já foi vista como sujeição do juiz à lei, proibindo que foi, inclusive de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime. Ao contrário, tendo-se em vista que, na Inglaterra, a lei não objetivava expressar um direito novo, mas representava mero elemento introduzido em um

Tal mudança de concepção encontrava respaldo no fundamento de que a liberdade somente poderia encontrar limites na lei e não nas determinações do rei. E essa lei “passou a ser definida como o ato produzido mediante a cooperação da representação popular²⁴”, o que legitimava o império da lei, como supostamente sendo a vontade do povo e não de uma minoria que integrava o Parlamento e representava a burguesia.

Fábio Konder Comparato, ao analisar a democracia moderna e a fórmula política encontrada pela burguesia, afirma que o objetivo foi exatamente limitar os poderes governamentais e, nesse sentido, “as instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com direitos individuais, e a limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária – adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático²⁵”.

A mencionada concepção de poder encontrou respaldo no positivismo jurídico²⁶⁻²⁷, que buscou dotar o Direito de cientificidade, mediante a adoção dos métodos aplicados às ciências

direito ancestral (o qual, antes de merecer repulsa, era ancorado na história e nas tradições de povo inglês), e ainda que juiz era visto como “amigo” do poder que se instalara (uma vez que sempre lutara, misturado ao legislador, contra o absolutismo do rei), não houve qualquer intenção ou necessidade de submeter o juiz inglês à lei”. MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

²⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 24.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

²⁶ Segundo Norberto Bobbio, “o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaliatividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha, e, eventualmente, siga certas prescrições minhas”. BOBBIO, Norberto. *Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: ícone, 1995, p. 135.

²⁷ Afirma Maria Helena Diniz que o positivismo jurídico apareceu como tentativa de *amoralização* completa do direito e da ciência jurídica. Após citar a *amoralização* defendida por Rudolf von Ihering (*amoralização psicossocial do direito*), e por Georg Jellinek e Marcel Waline (*amoralização político-estatal*), referida Autora aborda a *amoralização lógico-técnica* defendida por Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito: “Segundo Kelsen é incontestável que a norma deve ser moralmente justa, mas essa justiça não pode ser estudada pela ciência jurídica, que só descreve normas. Cognoscível é apenas o *valor legal*, ou a validade, que consiste na conformidade, objetivamente verificável pela razão, de uma norma com outra que lhe é superior. Por tal razão a *ciência jurídica* deve tão somente procurar a base de uma ordem legal, ou seja, o fundamento objetivo e racional da sua validade legal, não num princípio metajurídico de moral ou direito natural, mas numa hipótese de trabalho lógico-técnico-jurídico, supondo aquela ordem legal validamente estabelecida. Logo, a validade da norma

naturais, da objetividade e da isenção de valores. “O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estatal para sua criação²⁸”.

Assim, o que se constatou foi um período fundamentado na separação dos poderes e na declaração formal de direitos, mas que, em verdade, consistiu na substituição de classes dominantes, isto é, do Estado Absolutista para o Estado Liberal, dominado pela burguesia e associado às seguintes características: concepção individualista de liberdade; não intervenção do Estado na economia; vigência do princípio da igualdade formal; adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu; supremacia da Constituição, como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais²⁹.

Prezava-se pela suposta neutralidade do Estado, de modo que o “Direito Constitucional do Estado liberal, em nome da juridicidade, podia assim elevar-se em posições extremas de formalismo, as quais, despolitizando o Direito, instauravam uma neutralidade aparentemente absoluta³⁰”, conforme se verifica na Constituição austríaca, escrita por Kelsen, que não continha preâmbulo³¹, nem a previsão de direitos sociais fundamentais.

O Estado Liberal e seus aspectos históricos influenciaram, portanto, na identificação dos fatos relevantes e na correspondente tutela jurídica. A adoção dos *slogans* da revolução liberal é marcante na atividade do legislador e na identificação de direitos subjetivos, voltados ao

jurídica é explicada pelas normas jurídicas hierarquicamente superiores, sendo que a validez da norma constitucional é justificada pela norma hipotética fundamental, que não é positiva, mas lógica, e suposta válida, sob pena de tornar inválida toda ordem jurídica dela dependente. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁸ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

²⁹ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 6 nov. 2014

³⁰ Paulo Bonavides esclarece, ainda, que o Direito Constitucional clássico, tão valioso durante o século passado por cimentar o valor político da liberdade, seria hoje, em sua dimensão exclusivista e unilateral, uma espécie de artefato pré-histórico, inútil, sem préstimo para os combates sociais da atualidade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 29 ed., São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 380.

³¹ Dirley da Cunha Júnior afirma que o preâmbulo da Constituição é a parte *precedente* do texto constitucional que *sintetiza* a carga ideológica que permeou todo o documento constitucional, pronunciando os valores que a Constituição adota e objetivos aos quais ela está vinculada. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 124.

indivíduo, à formação de sua personalidade jurídica, suas relações familiares e à sucessão patrimonial, que tinham como premissas a liberdade e a igualdade³².

A vinculação do Direito à lei, a cargo do Parlamento, também respaldava a compreensão da atuação dos demais Poderes. Neste sentido, no entendimento liberal e positivista, o papel do juiz era de simples intérprete e aplicador da lei³³, inexistindo atividade criativa no ato de julgar, senão de afirmação daquilo que havia sido imposto pelo legislativo.

A adoção da supramencionada concepção da atividade jurisdicional justifica-se na medida em que os juízes integravam o Poder no antigo regime, juntamente com outras instituições, como o clero, e não tinham, portanto, intenção de acolher a burguesia, como nova classe dominante. Os “juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que pudesse prejudicar o regime³⁴”, de modo que a forma encontrada para também afastar essa esfera de Poder do Estado Absolutista foi limitar a atividade julgadora, atrelando-a à vontade do legislativo, materializada na lei.

Essa submissão do juiz à lei e as demais premissas citadas acima, como a igualdade formal, a separação dos poderes e a liberdade individual compõem a realidade político-sócio-econômico da época e explicam as sucessivas concepções de jurisdição no Estado Liberal, seja como a atuação repressiva e protetiva dos direitos subjetivos privados, seja como a

³² No mesmo sentido, Dierle Nunes e Ludmila Teixeira: “Isto fomentou a própria estruturação do movimento liberal codificador (desde o Código Civil Napoleônico de 1804) com prevalência do Poder Legislativo na tripartição das funções estatais (comporto primordialmente pela burguesia), lastrado pela Escola da Exegese, e com tais leis minuciosas regendo as temáticas que interessava (propriedade, contrato, e as dimensões patrimoniais da família e sucessões) aos burgueses”. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17.

³³ Afirma Wilson Alves de Souza: “Está claro na obra de Montesquieu, a despeito do marco de uma teoria dos três Poderes e da separação entre eles, que tal autor dá ênfase ao Legislativo e ao Executivo, e pouca importância ao Judiciário; e isso a ponto tal que o Judiciário, curiosamente, chegou a ser tido pelo referido filósofo como um poder nulo, havendo, assim, necessidade de um poder regulador para moderar o Legislativo e o Executivo, os dois verdadeiros Poderes, tarefa que poderia ficar a cargo dos nobres do corpo legislativo”. SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 181.

³⁴ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

atuação da vontade concreta da lei, de Chiovenda,³⁵ ou, ainda, como a justa composição da lide, defendida por Carnelutti³⁶⁻³⁷.

2.3. Estado Social, força normativa dos princípios e direitos fundamentais.

A filosofia liberal não se amolda ao Estado moderno, descrito como Estado Social, que teve sua consolidação no século XX e assumiu funções essenciais “ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que compõem³⁸”. A igualdade meramente formal perde espaço diante da necessidade de uma igualdade substancial, que verdadeiramente

³⁵ CHIOVENDA define a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, Campinas: Bookseller, 2000, p. 8.

³⁶ Afirma CARNELUTTI: “Quer dizer que o conflito atual supõe a prática de um ato por cada um dos sujeitos, os quais, ao praticá-lo, se tornam dois contendores: um deles pretende e o outro resiste à pretensão. A ciência do direito processual submeteu este fenômeno a uma análise senão definitiva, pelo menos muito adiantada, e elaborou os conceitos da pretensão e da resistência, respectivamente como exigência da prevalência de um interesse próprio sobre o interesse alheio, e como oposição a tal exigência. Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide”. CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, São Paulo: LEJUS, 1999, p. 108. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “Carnelutti atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. A lide, no sistema de Carnelutti, ocupa o da ação no sistema chiovendiano”. MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

³⁷ Leonardo Grego, em clara demonstração da influência da doutrina processualista italiana, afirma que “a definição da jurisdição como atuação da vontade da lei, embora aparentemente sedutora como fruto da supremacia do legislador representativo da vontade popular, é insatisfatória na medida em que conduz à errônea conclusão de que a sua finalidade precípua seja efetivar o cumprimento e a observância da lei. Sem dúvida, o exercício da jurisdição pressupõe a busca, no ordenamento jurídico do Estado, das regras de comportamento que esse estabeleceu para regular a vida em sociedade; mas a finalidade da jurisdição não é preservar ou aplicar essas normas, embora indiretamente ela o faça. Se a finalidade da jurisdição fosse a de assegurar a eficácia das normas estatais, ela deveria ser exercida de ofício, para que todas as violações daquelas normas fossem devidamente coibidas e reparadas pelos juízes. Ao contrário, como veremos, a jurisdição é inerte, ou seja, o juiz somente exerce jurisdição quando provocado. Essa inércia da função jurisdicional é, inclusive, corolário da sua imparcialidade, que estaria comprometida se o juiz pudesse sair pela sociedade investigando e sancionando aqueles que se comportam de maneira contrária à lei. A subordinação do exercício da jurisdição à iniciativa de algum interessado deixa claro que sua finalidade não é a tutela do direito objetivo, mas essa é apenas o meio através do qual os juízes tutelam direitos e interesses subjetivos. A jurisdição nasceu historicamente para resolver litígios. (...) Assim, a maior parte da atividade jurisdicional está voltada para resolução de litígios; compor a lide significa resolvê-la, solucioná-la. Contudo, a jurisdição deve atuar para a justa composição da lide, ou seja, compor a lide de acordo com o direito, porque esse é que estabelece as regras de comportamento vigentes numa sociedade, recomendando a sua observância a todos os cidadãos. Logo, a justa composição da lide é a solução do conflito de interesses pela aplicação do direito, de acordo com as regras de comportamento que todos devem observar. Assim, não satisfaz qualquer composição da lide, mas aquela que se dê em conformidade com o direito. Além da justa composição da lide, o conceito elucida que a jurisdição visa também tutela ou proteger interesses particulares”. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 73.

³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 46.

equilibrasse as desigualdades entre os indivíduos, que necessitavam de direitos fundamentais sociais³⁹, como saúde, emprego, educação, moradia, etc.⁴⁰

Diferentemente do Estado Liberal, de perfil eminentemente individualista e privatista, o Estado contemporâneo⁴¹ e suas constituições dirigentes, permeadas pelos direitos fundamentais, realçaram a existência de direitos metaindividuais, que extrapolam os simples limites intersubjetivos.

Verificou-se, no processo histórico, o surgimento de direitos que pertencem a toda coletividade, ou direitos que, ainda que mantenham a natureza jurídica de direitos individuais, apresentam características peculiares, decorrentes de uma origem comum e que, na sua medida, os diferenciam.

A evolução do processo histórico do Estado liberal ao Contemporâneo tem estreita relação com a compreensão da teoria dos princípios e com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, representantes de um sistema de valores contidos na Constituição, que

³⁹ Robert Alexy afirma que Direitos à prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito. É necessário diferenciar entre direitos a prestações previstos de forma expressa, como aqueles encontrados em uma série de Constituições estaduais, e direitos à prestação atribuídos por meio de interpretação. Às vezes, a expressão “direitos fundamentais sociais” é reservada para os primeiros, enquanto os últimos são denominados como “direitos fundamentais a prestações”. A diferença entre direitos a prestações expressamente garantidos e àqueles atribuídos por meio de interpretação é, sem dúvida, importante. Já, no que diz respeito a seu conteúdo, sua estrutura e seus problemas, há uma ampla coincidência entre ambas as categorias. Isso justifica designar todos os direitos a prestações em sentido estrito como “direitos fundamentais sociais” e, no interior da classe dos direitos fundamentais sociais, diferenciar entre aqueles expressamente garantidos e aqueles atribuídos por meio de interpretação. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, pp. 499/500.

⁴⁰ Paulo Bonavides afirma que a “Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social”. Analisando o Estado social, afirma o referido Autor que o problema do Direito Constitucional de nossa época está em como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. Por este aspecto muito avançou o Estado social da Carta de 1988, com o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo e a inconstitucionalidade por omissão. O Estado social brasileiro é, portanto, de terceira geração, em face desses aperfeiçoamentos: um Estado que não concede apenas direitos sociais básicos, mas os garante. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 29 ed., São Paulo: Malheiros editores, 2014, p. 381.

⁴¹ Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum e*, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça*. O Estado brasileiro que uma *ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (*welfare state*). CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 46.

“constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões⁴²”.

Ainda que não seja objeto deste trabalho a ampla abordagem sobre as diferenças entre regras e princípios, faz-se necessário afirmar que tal discussão compõe o presente contexto histórico, pois demonstra a “ruptura com o positivismo do Estado liberal, que se expressava em um direito constituído por regras⁴³”, o que não reflete o Estado contemporâneo, pautado nos direitos fundamentais, como mandamentos de otimização⁴⁴ e na compreensão dos princípios

⁴² ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª edição: Editora Verbatim, 2012.

⁴³ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

⁴⁴ Embora não seja o foco do presente trabalho, faz-se necessário tecer alguns breves comentários sobre a diferenciação entre regras e princípios abordada por Robert Alexy. Para o referido Autor, a diferenciação entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais, na medida em que é a chave para solução de problemas centrais da dogmática jurídica, como: a) restrição a direitos fundamentais; b) colisões; c) efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros e a repartição de competências entre tribunal constitucional e parlamento, etc. Alexy afirma que regras e princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios: i) generalidade⁴⁴; ii) determinabilidade dos casos de aplicação; iii) a forma de surgimento; iv) o caráter explícito do seu conteúdo axiológico; v) a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema; vi) a importância para a ordem jurídica; vii) normas de argumento ou normas de comportamento, etc. Consoante Alexy, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente o que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a diferenciação entre regras e princípios é uma diferenciação *qualitativa*, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. Aduz, ainda, o Autor que diferenciação entre regras e princípios mostra-se com maior clareza na colisão entre princípios e de conflitos de regras. O conflito entre regras só pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida, de acordo como os critérios da “lei posterior derroga a anterior”, “lei especial derroga lei geral”, ou também de acordo com a importância de cada regra em conflito. Por sua vez, a colisão entre princípios deve ser solucionada de forma completamente diversa. Se dois princípios se colidem, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de outra forma. Assim, afirma Alexy que o conflito de regras ocorre na dimensão da *validade*, enquanto a colisão entre princípios ocorre na *dimensão do peso*. Neste sentido, Alexy propõe uma “lei de colisão” da seguinte forma: “As condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Afirma, ainda, com base no conceito de normas atribuídas, que como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. O Autor expõe o distinto caráter “*prima facie*” das regras e princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Princípios são razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre as razões e contrarrazões não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face

como vetores que devem nortear todo o sistema jurídico, inclusive na produção e aplicação das leis, pelo legislador e pelo julgador. Constata-se, pois, a aquisição de força normativa pelos princípios jurídicos, fazendo que estes assumissem a categoria de normas jurídicas, ao lado das regras.

Neste sentido, a visão do juiz como mero aplicador da lei deixa de ser adequada à compreensão da jurisdição do Estado contemporâneo, na medida em que o juiz atua como um recriador do Direito, analisando a lei à luz da Constituição⁴⁵ e, se for o caso, promovendo “os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais⁴⁶”. Vale-se, para tanto, dos princípios como forma de analisar a constitucionalidade da lei, como premissa para interpretação das leis ou como fonte de colmatação do Direito, diante da ausência de regras. Portanto, os princípios possuem uma função interpretativa, integrativa, definidora e bloqueadora.

Humberto Ávila analisa o fenômeno do Neoconstitucionalismo e a positivação e aplicação, exclusiva ou preponderante, dos princípios no lugar das regras, sob quatro fundamentos: o normativo, com a prevalência dos princípios em relação às regras; o metodológico, com a adoção da técnica de ponderação, em vez da subsunção; o axiológico, na medida em que a atividade da ponderação exige o exame individual e concreto do caso; e o organizacional, que,

dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. O caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. . ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, cap. 3, pp. 85-121.

⁴⁵ Dirley da Cunha Júnior faz uma importante análise do controle judicial de constitucionalidade e sua legitimidade democrática ante o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, demonstrando a importância da jurisdição constitucional para proteção da democracia, das minorias e dos direitos fundamentais: “Desse modo, a ideia de soberania do Legislativo, em razão da representatividade popular, e da separação de Poderes, com a submissão do Judiciário à lei, cederam espaço para o novo paradigma do Estado Democrático de Direito, que se assenta num regime democrático e na garantia dos direitos fundamentais onde a justiça constitucional é nota essencial. Com efeito, a soberania do Legislativo foi substituída pela supremacia da Constituição, em face da qual o Legislativo é um Poder constituído e vinculado pelas normas constitucionais, e o dogma da separação de Poderes foi superado pela prevalência dos direitos fundamentais ante o Estado. Destarte, o constitucionalismo contemporâneo encarece um Estado Democrático de Direito construído sobre os pilares do regime democrático e dos direitos fundamentais, de tal modo que as Constituições contemporâneas imunizam-se contra as próprias maiorias, quando estas não estão a serviço da realização dos direitos fundamentais ou tendem a sufocar as minorias”. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 45.

⁴⁶ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

diante dos fundamentos anteriores, potencializa o papel do Poder Judiciário em relação aos demais poderes⁴⁷⁻⁴⁸.

Assim, em que pese não se poder afirmar que as mudanças ocorreram isoladamente ou da mesma forma em todos os sistemas jurídicos, é certo que representa uma mudança de compreensão da jurisdição e, portanto, tem que ser apreendida pelo operador do direito, que procura compreender a realidade atual.

Em continuidade, dois aspectos ainda precisam ser mais bem destacados nesta mudança de paradigma: o controle de constitucionalidade e os direitos fundamentais.

Segundo Dirley da Cunha Júnior, diferentemente do constitucionalismo antigo, o constitucionalismo moderno⁴⁹⁻⁵⁰ concebeu a Constituição como um “documento escrito e

⁴⁷ Humberto Ávila, analisando as propostas de mudança do neoconstitucionalismo, afirma: “as mudanças propostas pelo neoconstitucionalismo, na versão aqui examinada, não são independentes, nem paralelas. Elas mantêm, em vez disso, uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, uma com relação às outras. O encadeamento entre elas poderia ser construído, de uma forma sintética, da seguinte forma: as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teria previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação”. O referido Autor conclui que as mudanças preconizadas pelo movimento denominado de Neoconstitucionalismo não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro. Para maior aprofundamento das críticas do Autor ao referido movimento, confira-se o texto na íntegra. ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: < <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>> . Acesso em: 17 de dezembro de 2014.

⁴⁸ Fredie Didier Junior, diante desse contexto de transformação perpetrado na metodologia jurídica, afirma ser preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito, refletindo sobre as consequências no Direito Processual Civil e na Teoria do Processo. DIDIER JR, Fredie. *Cláusulas gerais*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2014.

⁴⁹ CANOTILHO esclarece que “o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma completa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação de poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

⁵⁰ Explícita Cármen Lúcia Antunes Rocha: “O constitucionalismo moderno afirma-se na garantia a que ele se entrega quanto aos direitos humanos. Daí a dicção do art. 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual *toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la*

rígido manifestando-se como uma norma suprema e fundamental, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o fundamento de validade que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto⁵¹”.

Diante dessa noção de Constituição moderna, suprema e vinculante, revela-se a necessidade de adoção de mecanismos de controle da compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais em relação à Constituição, para assegurar a unidade do sistema jurídico. Assim, o “controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer ato normativo infraconstitucional e a Constituição⁵²”.

Embora não caiba aqui abordar de forma pormenorizada o tema – as espécies de inconstitucionalidade, seu contexto histórico, e demais peculiaridades⁵³ –, importante frisar que o direito brasileiro atual, por intermédio da Constituição de 1988, “manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com EC n. 16/65 (sistema continental europeu)⁵⁴”.

séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution. O próprio constitucionalismo trazia, em si, o signo da garantia dos direitos como identificador de sua existência. Instrumento limitador do exercício do poder estatal, a Constituição cumpria, assim, na garantia dos princípios assecuratórios dos direitos fundamentais e da separação de poderes o condão de reformular o Estado: estava criado o Estado de Direito. Se a sociedade realizava ou tinha concretizados os direitos fundamentais constitucionalmente declarados e garantidos, isso seria objeto de outras indagações, que conduziram a outras fases históricas do constitucionalismo”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91. Disponível na internet: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>, Acesso em: 26 de dezembro de 2014.

⁵¹ Para Dirley da Cunha Júnior, no constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só a organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário), com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. Ademais, o Parlamento, considerado absoluto, não se vinculava às disposições constitucionais, não havendo possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares. O Parlamento podia, até, alterar a Constituição pelas vias ordinárias. CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 30.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

⁵³ Confira-se BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012; CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

Portanto, conforme se verá abaixo, em item próprio, trata-se de mudança radical na noção da atividade desempenhada pelo juiz, na possibilidade de construção/reconstrução da norma jurídica “a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caos concreto⁵⁵”.

O constitucionalismo moderno evidenciou uma noção distinta de Constituição, que segundo Canotilho⁵⁶ deve ser compreendida como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Ao desdobrar esse conceito, o referido Autor destaca as dimensões fundamentais para sua compreensão: “(1) ordenação jurídico política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado”.

O segundo item importante a compreensão atual da jurisdição refere-se aos direitos fundamentais. Dirley da Cunha Júnior adota algumas premissas na construção do conceito de direitos fundamentais. Inicialmente, o referido Autor elege o princípio da dignidade da pessoa humana como critério material para identificar tais direitos. Neste sentido, os direitos fundamentais devem ser concebidos como “aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residiria, sem dúvida, a sua fundamentalidade material⁵⁷”.

Em continuidade, o referido Autor defende que o conceito constitucionalmente adequado de direitos fundamentais deve abordar o sentido formal⁵⁸, como “aquelas posições jurídicas

⁵⁵ MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 90-91.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 53.

⁵⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 548.

⁵⁸ Canotilho afirma que a fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288.º *d* e *e*); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. Afloramento desta ideia)

reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte⁵⁹”; e o sentido material, que identifica os direitos fundamentais como aqueles que, “embora fora do catálogo expresso da Constituição formal, podem ser equiparados, em razão de seu conteúdo e importância, aos direitos formalmente fundamentais⁶⁰”.

A fundamentalidade material pode ser evidenciada no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, que previu que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” e, neste sentido, evidenciou a abertura do sistema constitucional a outros direitos fundamentais não previstos na Constituição, ou catalogados na Constituição, mas em local estranho ao artigo 5º, Título II, como ocorre com o direito ao meio ambiente sadio, previsto no artigo 225, da Constituição Federal⁶¹.

Robert Alexy defende uma teoria material dos direitos fundamentais enquadrando-a em uma teoria dos princípios⁶². Para o referido Autor, existem três tipos de teorias de princípios, a saber: aquelas que se baseiam em um princípio de direito fundamental⁶³; aquelas que partem de um conjunto de princípios de mesma hierarquia; e, por fim, aquelas que partem de um rol de princípios, com pesos correspondentes, permitindo-se a obtenção de uma única resposta correta para cada caso⁶⁴.

no art. 18º/1 da CRP). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 379.

⁵⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 550.

⁶⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 550.

⁶¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁶² Robert Alexy afirma que Ernst-Wolfgang Böckenförde elenca cinco teorias para os direitos materiais: a teoria liberal ou do Estado de Direito burguês, a teoria institucional, a teoria axiológica, a teoria democrático-funcional e a teoria do social-estatal. Após expor as cinco teorias, Robert Alexy conclui que todas elas ensejam a conclusão de que a teoria material dos direitos fundamentais são teorias dos princípios. ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 566.

⁶³ Essa parece ser a posição de Dirley da Cunha Júnior, ao enquadrar as normas que consagram os direitos fundamentais em normas-princípios, já que expressam mandamentos de otimização, sendo os princípios jurídico-constitucionais especiais que concretizam a dignidade da pessoa humana. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 550.

⁶⁴ Robert Alexy afirma que, nos últimos tempos, foi sobretudo Dworkin que se esforçou na direção de uma “teoria do direito perfeita”, que conteria um rol de princípios - e seus pesos relativos, que justificariam na melhor forma os precedentes e as normas positivas sobre cuja base haveria uma única resposta para cada caso. ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 571.

Após abordar os três tipos de teoria de princípios, Alexy conclui que não se pode esperar uma solução para todos os casos no âmbito dos direitos fundamentais. Busca-se, por intermédio de uma teoria material dos direitos fundamentais, a “estruturação, no maior grau de racionalidade possível, da argumentação de forma substancialmente aceitável⁶⁵”, o que ocorre mediante a adoção do segundo tipo de teoria dos princípios, ou seja, que indique “um conjunto de princípios de direitos fundamentais e que os organize em uma ordem flexível a partir de precedências *prima facie* a favor dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica⁶⁶”.

Ressalta-se que a adoção prioritária dos princípios da liberdade jurídica e da igualdade jurídica não é incompatível com a ideia de otimização dos princípios, nem impede o sopesamento diante de outros princípios, desde que o ônus argumentativo seja satisfeito e, portanto, demonstre que outro princípio deve prevalecer no caso concreto, em detrimento da liberdade e da igualdade⁶⁷.

Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que os Direitos fundamentais devem ser compreendidos na sua essencialidade para a convivência dos homens entre si e para com o Estado e na identificação da parte orgânica do Estado, “dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos)⁶⁸”. No mesmo sentido, abordando as perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, entende Luiz Guilherme Marinoni que “a norma de direito fundamental, ao instituir valor, e assim influir sobre a vida social e política, além de tratar das relações entre os sujeitos privados e o Estado, regula as relações que se travam apenas entre os particulares⁶⁹”.

Importante frisar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que enseja a divisão dos direitos fundamentais em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 573.

⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 573.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 570.

⁶⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91. Disponível na internet: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>, Acesso em: 26 de dezembro de 2014.

⁶⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

Os direitos de defesa asseguram as liberdades dos cidadãos e se materializam de duas formas: objetivamente, através da proibição de o Estado interferir na esfera individual do cidadão; e subjetivamente, ensejando uma liberdade positiva do cidadão para exercer seus direitos fundamentais e uma liberdade negativa, que fundamenta o poder “de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por partes dos mesmos”⁷⁰”.

Os direitos a prestações impõem uma atuação positiva do Estado, podendo “referir-se a uma prestação jurídica ou a uma prestação material, conforme o objeto da prestação seja uma atuação normativa do Estado ou uma utilidade concreta (bens e serviços) a ser proporcionada por ele”⁷¹”.

Norberto Bobbio⁷²⁻⁷³⁻⁷⁴ argumenta que os direitos fundamentais, “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. No mesmo sentido, afirma Cármen Lúcia Antunes Rocha que “o reconhecimento e a positivação jurídica dos direitos humanos conquistam-se, historicamente, por movimentos circundantes projetados em épuras desdobradas, conexas e coordenadas”⁷⁵”.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 406.

⁷¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 556. No mesmo sentido posiciona-se Robert Alexy: “os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais à ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado, que têm como objeto demarcar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia, bem como a exigibilidade e a realização dessa demarcação”.

⁷² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁷³ No mesmo sentido, aduz Dirley da Cunha Júnior: “A consciência ética coletiva, com fundamento filosófico último dos direitos fundamentais, não é fenômeno estático, paralisado no tempo. Ela amplia-se e aprofunda-se com o evoluir da História. Se a dignidade da condição humana exige respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, a impor o aparecimento dos primeiros direitos humanos, relativamente às liberdades públicas, a exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é, assim, intensificada no tempo e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos fundamentais. É esse movimento histórico de expansão e afirmação progressiva dos direitos fundamentais que justifica o estudo de sua evolução no tempo. Daí falar-se em “geração” ou “dimensões” de direitos, ou seja, em direitos de primeira, de segunda e de terceira geração ou dimensão, que correspondem a uma sucessão temporal de afirmação e acumulação de novos direitos fundamentais. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 586.

⁷⁴ Na realidade histórica, em vez de gerações estanques, há uma geração contínua, uma constante ampliação, subjetiva e objetiva, dos direitos humanos oponíveis ao poder político, passando por saltos qualitativos, que desencadeiam fases, que podem ser ditas gerações. Nesse crescimento e ampliação, na medida em que se torna necessário avançar objetiva e subjetivamente para proteger o ser humano contra agressões antijurídicas, os direitos vão compreendendo cada vez mais objetos e estendendo-se a cada vez mais sujeitos. BARROS, Sérgio Resende de. Direitos do Consumidor e Gerações de Direitos, *Revista de Direito do Consumidor* 40/278-282. São Paulo: Ed. RT, agosto 2001.

⁷⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,

Fala-se, neste sentido, em um processo acumulativo de direitos fundamentais, subsumido em geração ou dimensão de direitos⁷⁶, tendo como sequência gradativa o lema da Revolução Francesa. A primeira dimensão assegurou os direitos de *liberdade*; a segunda, os direitos de igualdade; a terceira, dos direitos de solidariedade, ou fraternidade⁷⁷.

Ada Pellegrini Grinover⁷⁸ destaca a atuação do Estado frente aos direitos fundamentais, esclarecendo que os direitos de primeira geração foram representados pelas liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público. Por sua vez, os direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, pautaram-se em liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *dare, facere ou praestare*.

Às duas gerações iniciais agregaram-se os direitos que se peculiarizam “pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos⁷⁹”, a exemplo do direito à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio histórico e cultural. Trata-se de direitos de terceira geração, dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade e que foram cristalizados no fim do século XX⁸⁰.

Segundo Norberto Bobbio⁸¹, o fenômeno da multiplicação dos direitos ocorreu em razão de três fatores interdependentes: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela (direitos de liberdade para direitos sociais etc.); b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem (família, minorias étnicas etc.); c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou

vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91. Disponível na internet: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>, Acesso em: 26 de dezembro de 2014.

⁷⁶ Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais passaram, na ordem institucional, a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem, sem dúvida, um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contidas no jusnaturalismo do século XVIII. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública no STJ. RePro*, ano 25, n. 99. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro 2000.

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 569.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 63.

homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, idoso, doente, etc.

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social, além de evidenciar o surgimento de novos direitos – destacando-se os direitos de categorias⁸², que protegem especificamente certas categoriais sociais, como o empregado, o menor, a mulher, o idoso, o deficiente físico etc.; os direitos difusos, relativos à sociedade em si mesma, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito à saúde, o direito à educação etc.; e as relações extremamente massificadas –, exigiu uma mudança na concepção de lei e de jurisdição, na medida em que a neutralidade, a isenção de valores, generalidade, abstração, propagadas no Estado Liberal como características da lei, tornaram-se inadequadas diante desse novo contexto socioeconômico.

A ideia liberal e positivista de que o Direito estava materializado na lei – que não precisava ser justa, senão legítima –, e cuja análise limitava-se à avaliação da autoridade que a elaborou, deixou de refletir, portanto, a interferência das categorias na elaboração da lei, específicas e voltadas a determinados grupos sociais e a necessidade de compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais à Constituição, suprema e vinculante, que passou a delinear os contornos da atuação desse Estado intervencionista, do tipo social, dualista, na consecução do seu objetivo de promover o desenvolvimento econômico e o bem-estar social.

Portanto, a vinculação da lei somente ao aspecto formal é superada pela exigência de que as leis sejam compatíveis com os valores, com os direitos fundamentais, contidos nas Constituições, tornando clara a necessidade de uma conformação substancial da lei à Constituição.

2.4. Do sistema de precedentes judiciais e a sua influência na composição dos conflitos atuais

A compreensão do conceito e das premissas que compõem o estudo dos precedentes judiciais tornou-se fundamental para qualquer operador do direito. Isto porque, “em qualquer país, independente da sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada

⁸² BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos do Consumidor e Gerações de Direitos*, Revista de Direito do Consumidor 40/278-282. São Paulo: Ed. RT, agosto 2001, p. 280.

anteriormente pelo judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial⁸³”.

Com efeito, “precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos⁸⁴⁻⁸⁵”. Ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, duas normas jurídicas: a norma geral do caso concreto⁸⁶ e a norma individualizada do caso concreto⁸⁷⁻⁸⁸.

⁸³ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*, 1ª Ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 15. O referido autor revela, contudo, a existência de distinções na compreensão dos precedentes judiciais, relacionados a seus atributos, tais como seu poder criativo ou meramente declarativo, seu caráter persuasivo ou obrigatório, que vão depender dos contornos atribuídos a ele pelo sistema jurídico estabelecido.

⁸⁴ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 385.

⁸⁵ Luiz Guilherme Marinoni entende que nem toda decisão judicial pode ser tida como um precedente judicial. Eis a lição do referido Autor: “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente é uma decisão, nem toda decisão constitui precedente. Note-se que o precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *common law*, de um *point of law* -, e não de matéria de fato, enquanto a maioria das decisões diz respeito a questões de fato. Quando são enfrentados pontos de direito, as decisões muitas vezes se limitam a anunciar o que está escrito na lei, não revelando propriamente uma solução judicial acerca da questão de direito, no sentido de solução que ao menos dê uma interpretação da norma legal. De qualquer forma, a decisão que interpreta a lei, mas segue julgado que a consolidou, apenas por isso não constitui precedente. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posto na moldura do caso concreto. Até porque os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos. Portanto, uma decisão pode não ter os caracteres necessários à configuração de precedente, por não tratar de questão de direito ou se limitar a letra da lei, como pode estar apenas reafirmando o precedente. Outrossim, um precedente requer a análise dos principais argumentos pertinentes à questão de direito, além de poder necessitar de inúmeras decisões para ser definitivamente delineado. Nesta dimensão fica claro que um precedente não é somente uma decisão que tratou de dada questão jurídica com determinada aptidão, mas também uma decisão que tem qualidades externas que escapam ao seu conteúdo. Em suma, é possível dizer que o precedente é primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina”. MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

⁸⁶ É possível tratar a *ratio decidendi* como um fato jurídico, que gera os efeitos (eventualmente até mesmo a vinculação, conforme o tipo de eficácia), cuja espécie é de ato-fato jurídico processual, na medida em que o precedente, como decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos⁸⁶, conquanto decorra de uma conduta humana prévia, tem seus efeitos produzidos independentemente da vontade do prolator da decisão, que servirá de diretriz para o próximo julgado. Neste sentido, Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira: “Como se sabe, *a ato-fato jurídico* é um ato humano que produz efeitos jurídicos independente da vontade de quem o pratica. É *ato*, porque agir humano, mas é *fato*, porque é tratado pelo direito como um acontecimento em que a vontade humana é irrelevante. O *precedente*, embora seja encartado na fundamentação de uma decisão judicial (que é um ato jurídico) é tratado como um *fato* pelo legislador. Assim, os efeitos de um precedente produzem-se independentemente da manifestação do órgão jurisdicional que o produziu. São efeitos *ex lege*. São, pois, efeitos *anexos* da decisão judicial”. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 385.

⁸⁷ “Ao decidir uma demanda judicial, o magistrado cria, necessariamente, *duas normas jurídicas*. A primeira, de caráter geral, é fruto da sua interpretação/compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo: Constituição, leis etc. A segunda, de caráter individual, constitui a sua análise para aquela situação específica que se lhe põe para a análise. (...) “como se percebe, à luz de uma situação concreta, o magistrado termina por criar uma norma jurídica que consubstancia a tese jurídica a ser adotada naquele caso

Ressalta-se que o caráter normativo das decisões judiciais e dos precedentes judiciais sempre foi alvo de grande divergência, em especial nos países que adotaram o regime do *Civil law*, cuja premissa era que o juiz limitava-se a aplicar a regra preexistente para resolver o caso concreto. Sobre o tema, duas teorias divergem sobre a natureza jurídica do precedente judicial: a teoria declarativa e a teoria constitutiva.

Conforme lição de Francisco Rosito, por longo período, a aplicação do direito seguiu a teoria declaratória. Para os seguidores desta teoria, o Direito preexiste à decisão judicial, seja nas leis, seja nos costumes gerais reconhecidos no país, de modo que as decisões judiciais, em verdade, não criam o Direito e sim aplicam/declaram o direito. “Os julgadores limitavam-se a declarar o direito com base nos costumes da época, não fazendo as vezes de legislador⁸⁹”, ou seja, o juiz, ao proferir a sua decisão, não cria o direito e tampouco a sua atividade pode ser considerada fonte primária do direito⁹⁰.

(...). Essa tese jurídica é o que chamamos de *ratio decidendi*. Ela deve ser exposta na fundamentação do julgado, porque é com base nela que o juiz chegará, no dispositivo, a uma conclusão acerca da questão em juízo. Trata-se de norma geral, malgrado construída mediante raciocínio indutivo, a partir da situação concreta. Geral porque, tal como ocorre com os princípios gerais a que se chega por raciocínio indutivo, a tese jurídica (*ratio decidendi*) se desprende do caso específico e pode ser aplicada em outras situações concretas que se assemelhem àquela em que foi originalmente construída (...). Eis a essência do *precedente*: uma norma geral construída pelo órgão jurisdicional, a partir de um caso concreto (indutivamente) e que pode servir como diretriz para demandas semelhantes”. DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 385.

⁸⁸ Segundo Daniel Mitidiero, a “decisão judicial – desde que assentada a interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5º, inciso LIV, e 93, inciso IX, CRFB). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer: fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo a decisão judicial no Estado Constitucional. MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. A força dos precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*, Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 125.

⁸⁹ ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 203

⁹⁰ No mesmo sentido, esclarece MARINONI: Inicialmente, sustentou-se, na Inglaterra, a tese de que o juiz apenas declarava o direito, sendo um dos seus principais defensores William Blackstone. Em seu entendimento, existiria a *Lex non scripta* – o direito não escrito ou o *common law* – e a lei escrita – o direito escrito ou o *statute law*. O *common law* propriamente dito espelharia tanto os costumes gerais (“costumes estabelecidos” e “regras e máximas estabelecidas”), quanto os costumes particulares de algumas partes do reino, bem como aqueles observados apenas em algumas cortes e jurisdições. A suposição de que o *common law* consiste nos costumes gerais faz sentir a teoria declaratória em outra perspectiva, isto é, a própria teoria declaratória sob disfarce. Partindo-se da ideia de que o *common law* está nos costumes gerais observados entre os *Englishmen*, o juiz não o cria, mas tão somente o declara. Daí a conclusão de Blackstone de que as decisões das Cortes constituíam a demonstração do que o *common law* é. Não obstante, a natureza declaratória também era frisada quando a decisão se baseava em anterior precedente judicial. Se os precedentes se destinavam a desenvolver o *common law*, as decisões iguais sobre um ponto de direito significaria, igualmente, *common law*. Para a teoria em análise, o juiz estava limitado a declarar o direito fixado nos precedentes. A sua autoridade não lhe dava o poder para

Atualmente, contudo, prevalece a Teoria Constitutiva, segundo a qual os precedentes têm força normativa, ou seja, as decisões judiciais criam o Direito – *judges make law*. A referida teoria está pautada no fato de que “inúmeras soluções hoje tomadas pelos tribunais cuidam de assunto sequer imaginado em passado remoto ou mesmo recentes. São questões de Direito onde a regra só é encontrada nas decisões dos tribunais. Portanto, seria um erro afirmar que tais soluções ou o Direito já preexistiam no Direito comum⁹¹”.

Assim, com o avanço da doutrina do *stare decisis*, houve um progressivo abandono da teoria declaratória, passando a predominar a teoria constitutiva, de modo que os juizes, ao julgar o conflito, criam uma norma (*ratio decidendi*) não apenas ao caso concreto mas também aos casos futuros, por sua abstração e generalidade⁹². Supera-se, pois, o entendimento positivista, de feição meramente formal ou legalista, de que o juiz é a “boca da lei”, como mero autômato aplicador do quanto contido no texto legislativo.

Diante desse novo contexto, que vem influenciando o direito brasileiro de forma marcante, a ponto do Novo Código de Processo Civil, cujo texto definitivo foi enviado à sanção presidencial em 24 de fevereiro de 2015, ter adotado um sistema de precedentes⁹³, Luis Guilherme Marinoni faz importante análise da força normativa dos precedentes, trazendo a tona à inaplicabilidade das concepções de Chiovenda e Carnelutti, anteriormente abordadas, no contexto atual:

No direito nacional contemporâneo, no caso em que o juiz interpreta a lei de acordo com a Constituição ou se vale das técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, certamente não há como sustentar que a jurisdição atua a vontade da lei, nos termos propostos por Chiovenda. Também não é cabível dizer que há “criação da norma individual do caso concreto”, na linha carneluttiana, ao menos quando esse argumento é pensado com base na lógica individual (a sentença) deve-se fundar em uma norma geral (na norma infraconstitucional), à maneira axiomática.

A impropriedade das teorias chiovendiana e carneluttiana da jurisdição se torna ainda mais marcante diante da declaração da inconstitucionalidade da

criar um novo direito, mas apenas manter e declarar um direito já conhecido. MARINONI, Luis Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 24-25.

⁹¹ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*, 1ª Ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 44

⁹² ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*, Curitiba: Juruá, 2012, pp. 203-204.

⁹³

lei, do controle de constitucionalidade, do controle de inconstitucionalidade da sua omissão e da tutela de um direito fundamental mediante o afastamento de outro no caso concreto, quando a sentença afirma *positivamente* lei ou norma geral alguma.

Se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* ou criava *a norma individual a partir da norma geral*, agora ele constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto⁹⁴.

A concepção de que o juiz é o mero aplicador da lei também não se sustenta perante novas técnicas legislativas, pautadas na adoção de conceitos juridicamente indeterminados e cláusulas gerais, que exigem do juiz a “concreção ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para normatizar o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma⁹⁵”.

Tal compreensão exige a análise de outras questões relacionadas ao tema.

Conforme lição de Thomas da Rosa de Bustamante, “precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma⁹⁶”. Quando se fala de interpretação de precedente, a preocupação está centrada nos elementos que o caracterizam enquanto precedente, especialmente na delimitação da sua *ratio* e não no conteúdo por ela expresso. Nessa situação, a tarefa da Corte é analisar a aplicação do precedente ao caso que está sob julgamento, ocasião em que se vale,

⁹⁴ MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 90-91.

⁹⁵ As normas que contêm conceitos juridicamente indeterminados se caracterizam pela circunstância de o seu pressuposto de incidência constituir um termo indeterminado. A sua consequência, contudo, é determinada. O problema que surge em juízo, portanto, diz respeito à caracterização do termo indeterminado. É necessário primeiro precisar o termo indeterminado para que depois a norma possa ser aplicada por subsunção. Diferentemente das normas que apresentam um conceito juridicamente indeterminado, as normas que contêm cláusulas gerais trazem uma dupla indeterminação: o pressuposto de incidência é indeterminado e a sua consequência também é indeterminada. Daí a existência de um duplo problema em juízo: precisar o que significa termo indeterminado empregado pelo legislador e delinear quais as consequências jurídicas da incidência da norma. É preciso dar concreção ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para normatizar o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *A força dos precedentes: Estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*, Salvador: Editora Juspodivm, 2012, p. 131.

⁹⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259.

basicamente, das técnicas do *distinguishing*⁹⁷ e do *overruling*. É por isso que esta Corte, mais do que interpretar, raciocina por analogia⁹⁸.

Portanto, para se compreender o precedente é indispensável delimitar a sua *ratio decidendi*, separando-se dela o *obiter dictum*. O precedente tem o objetivo de regular o futuro e, assim, uma das questões centrais de qualquer teoria dos precedentes deve estar na aplicação da *ratio decidendi* aos novos casos⁹⁹.

Decerto, na aplicação dos precedentes judiciais, inicialmente, o juiz deverá verificar se o caso em julgamento guarda alguma semelhança com o(s) precedente(s). Para tanto, deve-se valer de método de comparação: à luz de um caso concreto, o magistrado deve analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores. Se houver aproximação, deve então dar um segundo passo, analisando a *ratio decidendi* (tese jurídica) firmada nas decisões proferidas nessas demandas anteriores¹⁰⁰.

⁹⁷ Bustamante aduz que existem duas espécies de *distinguishing*, que ocorrem mediante duas operações básicas: a redução teleológica e o argumento *a contrario*: “Desse modo, a técnica do *distinguishing* deve ser definida como um tipo de afastamento do precedente judicial no qual a regra da qual o tribunal se afasta permanece válida mas não é aplicada com fundamento em um discurso de aplicação que, das duas, uma: (1) ou se estabelece uma exceção anteriormente não reconhecida – na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* pode ser subsumido na moldura do precedente judicial citado; ou (2) se utiliza o argumento *a contrario* para fixar uma interpretação restritiva da *ratio decidendi* do precedente invocado na hipótese de se concluir que o fato *sub judice* não pode ser subsumido no precedente. No primeiro caso (redução teleológica) opera-se a exclusão de determinado universo de casos antes compreendidos no âmbito de incidência da norma apontada como paradigma; no segundo caso (argumento *a contrario*) a norma jurisprudencial permanece intacta, mas se conclui que suas consequências *não podem ser aplicadas* aos fatos que não estejam compreendidos em sua hipótese de incidência”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

⁹⁸ MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 223.

⁹⁹ MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 327.

¹⁰⁰ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 402. No mesmo sentido, MARINONI, Luis Guilherme. Precedentes Obrigatórios, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 327: “É intuitivo que, para aplicar a *ratio decidendi* a um caso, é necessário comparar o caso de que provém a *ratio decidendi* com o caso sob julgamento, analisando-se as suas circunstâncias fáticas. Isso significa uma diferenciação ou distinção de casos, que assume a forma de técnica jurídica voltada a permitir a aplicação dos precedentes. Nesse sentido, fala-se, no *common law*, em *distinguishing*. O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso. Assim, é necessário, antes de mais nada, delimitar a *ratio decidendi*, considerando-se os fatos materiais do primeiro caso, ou seja, os fatos que foram tomados em consideração no raciocínio judicial como relevantes ao encontro da decisão. De modo que o *distinguishing* revela a demonstração entre as diferenças fáticas entre os casos ou a demonstração de que a *ratio* do precedente não se amolda ao caso sob julgamento, uma vez que os fatos de um e de outro são diversos”.

Verifica-se no direito brasileiro, diante do enquadramento da jurisprudência como fonte do direito, a clara preocupação em racionalizar a tutela jurisdicional, mediante uma nova compreensão dos princípios jurídicos, em especial da segurança jurídica e da igualdade.

2.5. Direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e massificação das relações.

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social evidenciou o surgimento de novos direitos, “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”, que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, mas à satisfação de anseios metaindividuais.

Destacam-se, neste sentido, os direitos de categorias¹⁰¹, que protegem especificamente certas categoriais sociais, como o empregado, o menor, a mulher, o idoso, o deficiente físico etc., os direitos difusos, relativos à sociedade em si mesma, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à paz, o direito à saúde, o direito à educação etc. Ademais, depara-se com uma sociedade pautada em relações extremamente massificadas.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁰² afirma que:

A evolução da sociedade determinou o aparecimento da consciência de que determinados bens, ainda que pertencentes a toda sociedade ou a um grupo, são fundamentais para a adequada organização social. Surgiu, assim, a percepção de que o direito ao meio ambiente, por exemplo, deve contar com instrumentos processuais aptos à sua tutela em juízo, pouco importando o fato de não poder ser individualizado. Direitos desse porte, então, passaram a ser categorizados como transindividuais, de natureza indivisível.

Além disso, o surgimento de conflitos envolvendo, de um mesmo lado, vários titulares de direitos individuais com origem comum – típicos da sociedade de massa – obrigou à consideração jurídica dessa realidade e, assim, à definição de “direitos individuais homogêneos”.

Essa nova realidade socioeconômica exigiu uma mudança na concepção de lei e de jurisdição, na medida em que a neutralidade, a isenção de valores, generalidade, abstração, propagada no Estado Liberal como características da lei tornaram-se inadequadas diante desse novo contexto socioeconômico.

¹⁰¹ BARROS. *Op. cit.*, p. 280.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

2.6. A jurisdição no Estado Contemporâneo e democrático.

Afirmou-se no item *supra*, que a submissão do juiz à lei, como à igualdade formal, a separação dos poderes e à liberdade individual compunham a realidade político-sócio-econômico da época e explicam as sucessivas concepções de jurisdição no Estado Liberal, seja como a atuação repressiva e protetiva dos direitos subjetivos privados, seja como a atuação da vontade concreta da lei, de Chiovenda, ou como a justa composição da lide, defendida por Carnelutti.

No item anterior restou demonstrado a mudança de paradigma do Estado Social em relação ao Estado liberal, mediante o surgimento de novos direitos, a teoria dos princípios, do controle de constitucionalidade e dos direitos fundamentais, a compreensão do papel do juiz na reconstrução da norma, ou seja, a identificação de elementos que desafiaram uma atualização do ordenamento jurídico e daquilo que se compreende por jurisdição na atualidade.

A Constituição brasileira de 1988 positivou como norma constitucional uma série de direitos e garantias fundamentais, caracterizando o fenômeno denominado de constitucionalização do direito infraconstitucional. Como consequência, verificou-se uma mudança significativa no modo de construção da norma jurídica, na medida em que a Constituição, portadora de força normativa¹⁰³ passa a ser o centro do sistema jurídico.

José Joaquim Gomes Canotilho¹⁰⁴ afirma que “constituição é uma lei vinculativa dotada de efetividade e aplicabilidade. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada”. Ressalta, contudo, o precitado autor, que “o caráter aberto e a estrutura de muitas normas da constituição obrigam à mediação criativa e concretizadora dos intérpretes da constituição”, dentre eles, os juízes.

¹⁰³ Konrad Hesse afirma que a “Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de força de vontade normativa, de vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1150.

Essa função concretizadora reflete sobremaneira na construção da norma, ante o papel criativo do intérprete e significa uma mudança de paradigma do Estado liberal, período em que não se reconhecia o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional. Encara-se a jurisdição “como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada aos casos semelhantes¹⁰⁵”.

Nesse contexto, Eduardo Cambi destaca que a previsão da impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão no rol dos direitos fundamentais ensejou a consagração de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada¹⁰⁶.

Com base nesta consagração, deve-se, ainda, analisar as normas infraconstitucionais como concretizadoras do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada, o que se verifica nas inúmeras reformas legislativas que vêm ocorrendo nos últimos anos e que prezam pela efetividade das decisões judiciais.

Assim, a jurisdição não concebe mais o afastamento do caso concreto, da realidade, pois o princípio da supremacia do Parlamento não mais prevalece, bem como ao juiz não cabe tão somente aplicar a lei geral e abstrata. Ao contrário, em que pese à importância da lei, agora obrigatoriamente compatível à Constituição, aos princípios, aos direitos fundamentais, “o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos¹⁰⁷”.

Portanto, o juiz tem papel preponderante na criação da norma jurídica geral extraída de um caso concreto, com base na conformação da lei à Constituição, aos princípios jurídicos, aos

¹⁰⁵ Fredie Didier Junior, diante desse contexto de transformação perpetrado na metodologia jurídica, afirma ser preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito, refletindo sobre as consequências no Direito Processual Civil e na Teoria do Processo. DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2014.

¹⁰⁶ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Leituras complementares de processo civil. DIDIER JR., Fredie (org). 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 156.

¹⁰⁷ MARINONI, Luis Guilherme. Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 94.

direitos fundamentais e que, conforme exposto acima, não se confunde com a norma individualizada para o caso concreto, descrita no dispositivo das sentenças.

2.7. Nova conflituosidade e a necessidade de eliminação de conflitos de interesses mediante decisões justas e efetivas. Da relação direito e processo e suas consequências. Processo coletivo e regime jurídico das demandas repetitivas.

A ocorrência dos fatos descritos acima produziu uma realidade completamente distinta daquela vivenciada no Estado liberal. O surgimento de novos direitos, alguns decorrentes da massificação das relações sociais; a influência marcante dos direitos fundamentais; o papel do juiz na construção da norma e a necessidade de releitura dos institutos clássicos do processo; o mito da universalização do acesso à justiça, dentre outras mudanças abaixo abordadas, alteraram sobremaneira a compreensão da Jurisdição e, como não poderia ser diferente, o Direito processual, que com seu caráter instrumental, não é imune a essa mudança.

Diante dos novos fatos faz-se necessário que o legislador amolde as normas à nova realidade, sob pena de deparar-se com uma distorção entre a realidade social e as normas jurídicas, ensejando uma crise do Direito¹⁰⁸, ou seja, os fatos relevantes não estão refletidos no Direito, o que impacta, de forma recorrente, na inexistência de direitos subjetivos relacionados às questões atuais enfrentadas pela sociedade ou, mesmo diante da previsão abstrata pelo legislador de posições de vantagem e desvantagem, na ausência de regras processuais para garantir o direito material, quando violado.

É nesse sentido que muitos autores reconheceram a estreita relação entre o direito material e o processo, afirmando que “o próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável ao fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea¹⁰⁹”.

¹⁰⁸ José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “como nem sempre o legislador acompanha a evolução da sociedade, verifica-se muitas vezes o fenômeno da *crise do Direito*, representado pelo conflito entre fatos e as normas, ou seja, a não correspondência entre as categorias jurídicas e a realidade social”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 11.

¹⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2011, p. 14.

O surgimento de “novos direitos”, conforme exposto acima, exigiu do legislador a renovação do processo, na medida em que o sistema processual até então existente, pautado nos direitos individuais, no princípio dispositivo e na igualdade formal entre os litigantes – o que pode ser exemplificado pelas normas do Código de Processo Civil brasileiro –, não mais era capaz de atender às demandas decorrentes de uma nova litigiosidade social surgida à base da violação de novos bens jurídicos tuteláveis, e bem distinta daquela subsumida em conflitos entre partes determinadas e facilmente identificáveis, cujo objeto eram direitos subjetivos individuais.

Com clareza, expõem Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹¹⁰:

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

Assim, essa nova realidade social levou o operador do direito a repensar o sistema de tutela dos direitos, para que, ao lado da tutela individual de direitos individuais (viés privatista do sistema processual¹¹¹), editasse-se um sistema de tutela coletiva dos direitos titularizados por uma coletividade, e, ainda, para aqueles que, embora materialmente individuais, por características peculiares, justificassem uma tutela diferenciada.

Com efeito, a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.

A partir daí, erigiu-se a necessidade de se imprimir tratamento coletivo a esses litígios, reunindo num único processo, ou em alguns, os interesses disputados, em vista a consecução de vantagem econômica, temporal e operacional.

Quer isso dizer que as regras processuais previstas no Código de Processo Civil revelaram-se inadequadas, não atendendo ao objeto e às finalidades dos chamados direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para que houvesse um processo adequado a tais direitos, foram editados diplomas

¹¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988.

¹¹¹ Expressão extraída em ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

legislativos que passaram a disciplinar os mecanismos de tutela de direitos coletivos e de tutela coletiva de direitos¹¹².

Destarte, surgem novos direitos e novas pretensões que, ao renovarem o sistema, ensejaram a criação de outro ramo do direito processual, com método e objeto próprio, que passou a figurar ao lado do direito processual civil e do direito processual penal. Trata-se do Direito Processual Coletivo¹¹³.

O Direito Processual Coletivo encontra respaldo, inicialmente, na Constituição da República¹¹⁴⁻¹¹⁵, bem como na legislação infraconstitucional¹¹⁶. A base desta nova realidade

¹¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *RePro*, ano 35, n. 179. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2010.

¹¹³ “O direito processual coletivo é o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.

¹¹⁴ Conforme destaca TEORI ZAVASKI: “Foi destacadamente significativo, nesta primeira onda reformadora, o advento da Constituição de 1988. Entre os direitos e garantias individuais e sociais nela arrolados consagrou-se a legitimação das associações de classe e das entidades sindicais para promover, em juízo, a defesa dos direitos e interesses dos respectivos associados e filiados (art. 5º, XXI, e art. 8º, III). Previu-se também que o mandado de segurança – ação sumária para a tutela de direitos líquidos e certos ameaçados ou violados por ato abusivo ou ilegal de autoridade pública – pode ser impetrado não apenas pelo titular do direito, mas ainda, em regime de substituição processual, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, ou por organização sindical, ou por associação ou entidade de classe, em defesa de interesses dos seus membros ou associados. Esse novo instrumento – o mandado de segurança coletivo-, a exemplo da ação civil coletiva acima referida, potencializou, em elevado grau, a viabilidade da tutela coletiva de direitos individuais e, conseqüentemente, o âmbito da eficácia subjetiva das decisões judiciais, nomeadamente as que envolvem apreciação de direitos que tenham sido lesados, de forma semelhante, em relação a grupos maiores de pessoais. Relativamente à tutela de direitos transindividuais, a atual Constituição ampliou o âmbito de abrangência da ação popular, que pode ser promovida por “qualquer cidadão” para “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” (art. 5º., LXXIII). Também a ação civil pública mereceu atenção do legislador constituinte, que a sagrou como ação constitucional para tutela de direitos e interesses difusos e coletivos, a ser promovida pelo Ministério Público (art. 129, III), sem prejuízo da legitimação conferida por lei a outras entidades” (ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009).

¹¹⁵ Também sustenta a feição constitucional do Direito Processual Coletivo ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹⁶ Neste sentido, pode-se citar: Lei 4.717/1965, que regula a *Ação Popular*; Lei 7.347/1985, que 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; Lei 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes; Lei 8.069/1990, que dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente* e dá outras providências; Lei 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências; Lei 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências; Lei 8.884/1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica; Lei 10.741/2003, que dispõe sobre o *Estatuto do Idoso*.

litigiosa fez editar um sistema processual voltado aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Surge, portanto, uma tutela de direitos coletivos e uma tutela coletiva de direitos, objeto primordial de estudo do presente trabalho.

Busca-se, pois, um “processo realmente dotado de efetividade, capaz de tutelar adequadamente os direitos das partes e possibilitar o resgate à imagem, hoje muito abalada, do nosso Poder Judiciário, pela redução sensível do número de demandas individuais e pela maior uniformidade e eficácia mais potenciada das decisões de nossas Cortes de Justiça¹¹⁷”.

É preciso esclarecer que a edição de uma tutela coletiva de direitos não afastou a tutela individual dos direitos individuais, ainda que massificados. Para tanto, o legislador procurou dotar o sistema processual individual de institutos que permitam, ao lado da tutela coletiva, fornecer uma resposta do Estado ao pedido de tutela jurisdicional. Assim, “engendrou-se uma série de novos instrumentos legais processuais capazes (em princípio) de minimizar os efeitos do excessivo número de processo, principalmente causas repetitivas, existentes no judiciário nacional¹¹⁸”.

Vislumram-se, aqui, inovações como o julgamento imediato de improcedência e o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, previstos nos artigos 285-A¹¹⁹, 543-B¹²⁰ e 543-C¹²¹, todos do CPC, respectivamente.

¹¹⁷ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *RePro*, ano 17, n. 67. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro 1992.

¹¹⁸ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à Justiça. Novíssima reflexão, *Páginas de direito*, <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>> . Acesso em: 03 de janeiro de 2015.

¹¹⁹ Eis o teor: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

¹²⁰ Eis o teor: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”

¹²¹ Eis o teor: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de

“ciência processual precisa lidar com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo da dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, *vg.*, procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.) mediante as *Class Actions, Defendant Class Actions, Verbandsklage* etc.; c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa¹²²”.

É no âmbito dessa nova conformação social e diante dos novos mecanismos de solução dos conflitos de massa que a reabertura do debate acerca do acesso à justiça torna-se indispensável. Diante dos conflitos de massa, o acesso à justiça não é visto (ou não deve ser visto) da mesma maneira, muito menos o princípio da inafastabilidade da jurisdição pode ser interpretado da mesma forma. A realidade é outra e os novos instrumentos legislativos de solução dos conflitos de massa mostram isso.

Portanto, o presente estudo insere-se completamente neste contexto, de evolução dos direitos e da tutela jurídica adequada¹²³.

origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

¹²² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284.

¹²³ “A maior revolução talvez se tenha dado exatamente no campo do processo: de um modelo individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente”. GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*

3. ACESSO À JUSTIÇA

No capítulo inicial, buscou-se demonstrar o modo de ser da jurisdição atual, em contraponto àquele concebido no Estado liberal. Abordou-se a transformação dos direitos, outrora eminentemente individuais, para os atuais direitos transindividuais e para os direitos massificados. Também restou demonstrado a mudança significativa do papel do juiz no exercício da jurisdição, de mero autômato, para um juiz indispensável à construção/reconstrução do direito, que deve verificar a compatibilidade das normas à Constituição e, se for o caso, afastar as normas incompatíveis formal e materialmente com a Constituição.

Ademais, diante da clara convicção de que “não há mais como conceber a jurisdição em uma dimensão que ignore a sua dinâmica processual, pois o bom resultado da sua tarefa é indissociavelmente ligado ao meio instrumental com o qual trabalha¹²⁴”, demonstrou-se a mudança da concepção do processo, indicando como paradigma o formalismo-valorativo e o método da instrumentalidade.

Neste momento, indispensável relacionar os temas abordados, como o problema que compõe o objeto do presente estudo, que são as Macrolides e o seu impacto no acesso à justiça, no direito fundamental à tutela jurisdicional, em especial pela (in)capacidade de o Estado efetiva e tempestivamente entregar a tutela jurisdicional ao cidadão.

É preciso, ainda, enfrentar o que se compreende como acesso à justiça na atualidade, na medida em que, após o projeto de Florença, pela sua magnitude, tornou-se comum a adoção das conclusões do referido trabalho como definitivas¹²⁵. Assim, é usual a associação do termo “acesso à justiça” a uma constelação de significados – solidariedade, desformalização, criatividade, efetividade, eficiência, inclusão social, meios alternativos (hoje, para alguns, adequados) de resolução de conflitos, entre outros¹²⁶, sem que se faça uma avaliação crítica.

¹²⁴ MARINONI, Luis Guilherme. Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65.

¹²⁵ MATTEI, Ugo, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), < <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

¹²⁶ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 2.

Ressalta-se que, para melhor compreensão do acesso à justiça, afigura-se fundamental a análise do direito de ação, da aplicação da norma na prática, dos entraves que inviabilizam o ingresso e a correspondente entrega da tutela jurisdicional, justa e efetiva.

3.1. Acesso à Justiça e o relatório do Projeto de Florença¹²⁷. Evolução do conceito de acesso à justiça no paradigma liberal para o paradigma social.

Há mais de trinta anos atrás, Mauro Cappelletti liderou o Projeto de Florença¹²⁸, que tinha como objeto a análise multidisciplinar do acesso à justiça e resultou no principal estudo comparativo sobre o tema, cujas conclusões foram publicadas em 1978 e até hoje influenciam as pesquisas sobre o tema, pois, conforme exposto acima, pela sua magnitude, tornou-se comum à adoção das conclusões do referido trabalho como definitivas¹²⁹.

O relatório aponta, inicialmente, para a dificuldade de definição da expressão “acesso à justiça”, que deve englobar duas finalidades básicas do sistema jurídico: primeiro, “o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado¹³⁰”, sendo igualmente acessível a todos; segundo, “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹³¹”.

O objetivo do Projeto foi “delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas”.

¹²⁷ As referências contidas neste tópico são do livro *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, traduzido para o português por Ellen Gracie Northfleet. Esclarece-se, contudo, que o Projeto de Florença de Acesso à Justiça gerou um documento oficial de oito tomos, publicados em 1978, sob o título *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective – a General Report*. A tradução brasileira consiste exatamente do último volume, que é o relatório do Projeto, com as principais conclusões.

¹²⁸ Alguns Autores afirmam que as premissas abordadas por Mauro Cappelletti não se amoldam à realidade brasileira, na medida em que o Projeto de Florença, pautado no paradigma social, teve como objeto de estudo a necessidade de efetivação de direitos sociais e políticas públicas, enquanto que no Brasil a questão vincula-se à conjuntura político-jurídica da história mais recente e à necessidade de enfrentar a questão da desigualdade social. Essa não é a posição desse trabalho. Em que pese as peculiaridades da realidade brasileira, entende-se que boa parte dos obstáculos citados por Mauro Cappelletti também produziram efeitos no Brasil. E o mesmo ocorreu em relação às soluções apontadas, muitas já incorporadas no Brasil, como a Assistência Judiciária, a representatividade dos interesses difusos e procedimentos mais simplificados, como os Juizados Especiais Cíveis.

¹²⁹ MATTEI, Ugo, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), < <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 8.

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 8.

Para tanto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth adotaram como premissa o fato de que os procedimentos e as instituições que caracterizam a Justiça não são imutáveis e, portanto, o debate sobre o acesso à justiça deve ser feito sem restrições prévias¹³².

O conceito de acesso à justiça sofreu alterações ao longo dos anos, em razão da mudança do paradigma liberal para o social, o que correspondeu, igualmente, em uma mudança no estudo e ensino do processo civil¹³³. Em verdade, esse conceito continua em mutação constante, pois a sociedade é dinâmica e geradora de novos entraves, que, assim, exigem a atualização da compreensão de acesso à justiça.

Conforme exposto no item 1.2 supra, o Estado liberal, privatista e individualista, foi pautado em uma realidade político-sócio-econômico da época que impactou na concepção de jurisdição, da ação, do processo e do acesso à justiça. Neste período, o acesso à justiça era compreendido como “mero direito de ação. Aliás, é também por isso que o direito de ação, durante mais de século, constituiu polo metodológico da ciência processual, sendo os institutos e categorias processuais nesta fase estudados sob a perspectiva do autor da demanda¹³⁴”.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que os procedimentos adotados para a solução dos conflitos nos estados liberais refletiam a filosofia da época, extremamente individualista dos direitos¹³⁵. Assim, direito ao acesso à justiça “significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à

¹³² Aqui a preocupação de Francis Bacon parece pertinente, na medida em que o referido filósofo afirmava que, para se conseguir o conhecimento correto da natureza e descobrir os meios de torná-lo eficaz, seria necessário ao investigador libertar-se daquilo que chamou de “ídolos” e noções falsas: “Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam” (aforismo XXXVIII). Ressalta-se que a referência a BACON não significa que o Autor do presente texto concorda que o método da indução seja o único ou o mais correto para o desenvolvimento de um trabalho científico. BACON, Francis, “Novum Organum” ou “Verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza”.

¹³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 8.

¹³⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 88.

¹³⁵ Segundo Dierle Nunes e Ludmila Teixeira, “a primeira concepção de acesso à justiça, como visto, foi desenvolvida na ambiência das codificações, da sociedade industrial, do Estado Liberal. Trata-se de modelo mais próximo da separação clássica dos poderes, em que o legislador prevê para o futuro, e o juiz avalia o universo fechado de regras com sua atuação pontual”. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 57.

justiça pudesse ser um “direito natural¹³⁶”, os direitos não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção”.

O primeiro sentido de acesso à justiça emergido no paradigma liberal e referia-se apenas ao direito de ingresso em juízo (*input*). Sustentava-se no direito ou poder de exercício da ação, alheio a qualquer conteúdo sócio-político. Essa compreensão representou uma fase em que toda a atividade judicial era considerada sob o prisma eminentemente formal e descritivo. Acesso à justiça significava o mero exercício do direito de ação. As inibições ao acesso à justiça correspondiam a fenômenos puramente técnicos do direito ou poder de exercitar a ação¹³⁷.

A posição liberal refletia a passividade do Estado em relação aos entraves para o reconhecimento dos direitos e a sua defesa, o que afastava o acesso efetivo à justiça, pelo menos para aqueles que não tinham condições de superar os inúmeros obstáculos existentes, como a falta de informação e os altos custos envolvidos¹³⁸.

A precitada compreensão não se amolda à concepção de acesso à justiça no paradigma social, em que o Estado pautou suas ações e competências na igualdade material e não formal dos direitos. Segundo Boaventura de Souza Santos “a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais¹³⁹ e a sua expansão paralela a do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais¹⁴⁰”. Aqui, diferentemente do acesso à Justiça no

¹³⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 9.

¹³⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 194.

¹³⁸ “Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e sua instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 9.

¹³⁹ Afirma Alexandre Bahia: “Diante das pressões, os Estados liberais foram obrigados a ceder, editando leis que, e.g., diminuíram a jornada de trabalho, que permitiam o funcionamento de sindicatos (proibidos durante muito tempo); e também ações *positivas*, no melhoramento estrutural da cidade e até ampliação do direito de voto (acabando aos poucos com o voto censitário). Começava-se a difundir a ideia de que o mero elenco de direitos não era suficiente para garantir a *igualdade e liberdade reais* e o efetivo acesso à propriedade. Reclamava-se a *materialização* daqueles direitos consagrados em Declarações (ou mesmo em constituições); percebe-se que, além de afirmar a igualdade, seria necessário reconhecer as diferenças e proteger o hipossuficiente”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses públicos e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁴⁰ “(...) Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e, em particular a tramitação processual, não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo

paradigma liberal, verificou-se a necessidade da atuação positiva do Estado para assegurar a efetividade desses novos direitos, o que refletiu no surgimento de “novas teorias acerca da interpretação, que não mais prendam o juiz a uma aplicação mecânica da norma ao fato¹⁴¹”.

Passou-se a enfrentar novos desafios ao acesso à justiça, na medida em que acesso à justiça deixou de significar essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação e passou a buscar dotar de efetividade os direitos reconhecidos nas Constituições, mediante procedimentos adequados a esses novos escopos jurídicos, sociais e políticos. O acesso à justiça foi sobremaneira reconhecido e potencializado diante do Estado Social, “como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua reivindicação¹⁴²”.

Assim, “este acesso à justiça tenta equalizar as relações entre o processo civil e uma justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica, partindo da concepção de Estado protetivo e de Bem-Estar Social¹⁴³”, de modo que o acesso à justiça passa a ser encarado como um “requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos¹⁴⁴”.

Ressalta-se que o acesso à justiça precisa ser apreciado no seu aspecto substancial, como um direito social fundamental, bem como no seu aspecto processual, como “ponto central da

investigar-se as funções sociais por ela desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu veiculam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos (interesses de patrões ou de operários, de senhorios ou de inquilinos, de rendeiros ou de proprietários fundiários, de consumidores ou de produtores, de homens ou de mulheres, de pais ou de filhos, de camponeses ou de cidadãos, etc., etc”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 172

¹⁴¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357 *apud* NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 11.

¹⁴³ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 31.

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 12.

moderna processualística¹⁴⁵”, pressupondo um “alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica¹⁴⁶”, que precisa voltar-se a sua real finalidade social, afastando-se de uma retrógrada visão demasiadamente abstrata e dogmática da ciência processual¹⁴⁷.

Portanto, verifica-se que a compreensão do acesso à justiça é bastante variada. Inicialmente, analisa-se o acesso à justiça processual¹⁴⁸, compreendido pela necessidade de superação das barreiras econômicas e psicológicas, como forma de se obter melhores condições para levar o seu litígio ao juízo. Articula-se, ainda, o acesso à justiça substancial, com foco na dimensão social, para incremento do interesse público e promoção da justiça. Por fim, ainda se indicarão outros temas que qualificam o acesso à justiça, como a necessidade de participação significativa dos envolvidos, democratizando-o, e novas formas de implementação, como os meios alternativos e o processo eletrônico. Antes, porém, importante analisar os problemas identificados pelo Projeto de Florença e as correspondentes soluções.

3.1.1. Problemas identificados pelo Projeto do Florença.

De acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a primeira tarefa a ser cumprida no estudo do acesso à justiça é a identificação dos obstáculos ao acesso, que podem e devem ser atacados para que se tenha uma justiça efetiva. É possível identificar três grupos de obstáculos: a)

¹⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 14.

¹⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 14.

¹⁴⁷ Ressalta-se que, vinte anos antes da publicação do Projeto de Florença, em 1950, Piero Calamandrei já fazia profundas críticas a essa visão demasiadamente abstrata e dogmática da ciência processual: “O pecado mais grave da ciência processual destes últimos cinquenta anos tem sido, no meu entender, precisamente este: haver separado o processo de sua finalidade social; haver estudado o processo como um território fechado, como um mundo por si mesmo, haver pensado que se podia criar em torno do mesmo uma espécie de soberbo isolamento separando-o cada vez de maneira mais profunda de todos os vínculos com o direito substancial, de todos os contatos com os problemas de substância, da justiça, em soma”. CALAMANDREI, Piero (tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandes Barberly). *Processo e justiça*. In: *Direito processual civil*. Vol. III. São Paulo: Bookseller, 1999.

¹⁴⁸ Procedural access to justice implies careful attention to every decision making step within the civil justice system. In every situation involving the attempt to reach decisions with generalized impacts, the process must be understandable to users and must be responsive to their sense of fairness. A process that is efficient and expeditious, but is either a mystery to those who participate in it, or leaves them with a sense of not having been treated fairly, is not a process that enhances access to justice. Roderick A. Macdonald, “Access to Justice in 2003 — Scope, Scale, Ambitions” in Bass, Bogart, & Zemans, above note 7 at 63–64 *apud* KALAJDZIC, Jasminka. *Access to a just result: revisiting settlement standards and cy prês distributions*. Disponível em: file:///C:/Users/etavares/Downloads/SSRN-id1630513.pdf, Acesso em: 29 de jan. de 2015.

custos com o processo; b) possibilidade das partes; e c) questões referentes aos direitos difusos.

A solução dos conflitos é extremamente custosa, em especial pelos custos com honorários advocatícios, custas processuais e com a sucumbência. Os dados do projeto de Florença revelaram que “os custos a serem enfrentados nas ações cresce na medida em que reduz o valor da causa¹⁴⁹” e que o fator tempo agrava esse obstáculo, pois a demora do processo “aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito¹⁵⁰”. Trata-se, portanto, do primeiro grande obstáculo apontado no Relatório do Projeto de Florença.

Como não poderia ser diferente, o precitado obstáculo incide na realidade brasileira, onde os custos com a solução dos conflitos também são elevados e figuram como entrave ao acesso à justiça. Tal situação ensejou a adoção de diversas políticas pelo Estado ao longo dos últimos setenta anos, como tentativas de solução do problema¹⁵¹, a exemplo do direito à gratuidade do acesso à justiça¹⁵²⁻¹⁵³, criação dos Juizados Especiais Cíveis¹⁵⁴, instituição dos juízes leigos e incentivo à arbitragem¹⁵⁵.

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 19.

¹⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 20.

¹⁵¹ SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 35.

¹⁵² Segundo Wilson Alves de Souza, “o conceito de gratuidade da justiça se refere apenas à garantia conferida ao cidadão de ter acesso à justiça sem necessidade de pagamento de taxa judiciária, custas e toda e qualquer outra despesa processual, independentemente do resultado do julgamento da causa. Abrange o direito de não pagar honorários de advogado da parte contrária em caso de sucumbência da demanda. A concessão gratuita de advogado para demandar é uma situação que está envolvida no conceito de assistência judiciária, que é mais restrito e, de sua vez, está envolvido no conceito de assistência jurídica, este bem mais amplo porque envolve o serviço de defender os direitos do cidadão em juízo (assistência judiciária) e o serviço de orientação profissional, respostas a consultas, etc. Qualificamos, assim, o direito à gratuidade da justiça, o direito à assistência judiciária e o direito à assistência jurídica como gratuidade do acesso à justiça”. SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 34.

¹⁵³ “Embora não seja este o objetivo nesta parte da pesquisa, é interessante comentar que em relação ao ordenamento jurídico brasileiro tivemos, pela primeira vez, reconhecida a necessidade da prestação de assistência jurídica aos necessitados a partir da Constituição de 1934, na qual se institucionalizou esta garantia, anteriormente só expressa em sede de legislação ordinária. Após o hiato da Constituição Polaca de 1937, a Constituição de 1946 volta a prever a garantia, devendo-se ainda registrar que a assistência judiciária gratuita só foi regulada em 1950 pela Lei nº 1060”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. O Poder Judiciário e(m) crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 105. Com efeito, a Lei 1.060/1950 estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, que segundo art. 3º da referida lei, compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI - das despesas com a

O segundo entrave refere-se à possibilidade das partes, em especial no que tange a educação e o reconhecimento dos direitos. A barreira educacional, que não incide somente em relação aos pobres, dificulta que parte significativa da população reconheça se um direito é juridicamente exigível, e em caso positivo, as formas pelas quais se deve buscar a tutela jurisdicional. Essa falta de conhecimento e outros fatores, como os procedimentos formais e complexos, geram a desconfiança das partes em relação ao Judiciário¹⁵⁶.

Ainda sobre o segundo obstáculo, Mauro Cappelletti e Bryant Garth abordam tema que permanece bastante atual. Trata-se das vantagens dos litigantes “habituais” (*repeat player*) em relação aos “eventuais” (*one-shotter*), identificadas por Marc Galanter, ao afirmar que o caráter e impacto do litígio poderiam ser melhor compreendidos a partir da análise das partes, em vez de avaliação das regras ou dos processos institucionais¹⁵⁷.

Assim, os litigantes habituais: a) possuem maior capacidade de estruturar o litígio, testando algumas estratégias; b) existe uma economia de escala, na utilização dos peritos e outros intervenientes no custo inicial com a propositura da demanda, em razão do volume de processos; c) verifica-se maior estreitamento das relações com os membros do Poder

realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

¹⁵⁴ O art. 98, da Constituição brasileira estabelece que a “União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; II - justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação.

¹⁵⁵ A arbitragem fora instituída no Brasil com a Lei 9.307/1996.

¹⁵⁶ Essa falta de conhecimento por sua vez, relaciona-se como uma terceira barreira importante – a disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. O estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que “até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado”. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios são considerados pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem como que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 24.

¹⁵⁷ GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation, *Law & Society Review* 9 (1975): 347, 357- 60, Disponível em <http://marcgalanter.net/Documents/afterwardexplaininglitigation.pdf>, Acesso em: 12 jan. 2015.

Judiciário, dentre outras¹⁵⁸, que ensejam grande desigualdade entre os dois tipos de litigantes, em razão daquilo que o referido Autor denominou de teoria da capacidade das partes. Segundo Marc Galanter, as empresas e o Estado figuram com maior frequência nos processos e possuem os maiores índices de vitória, o que pode ser explicado pela maior capacidade de conter a complexidade das normas jurídicas e os altos custos envolvidos com a prestação jurisdicional¹⁵⁹.

Em suas conclusões, Marc Galanter evidencia certo paradoxo, na medida em que a lei, que poderia ser uma fonte para afastar as referidas desigualdades, em muitas situações, ao prever uma maior autonomia e liberdade às partes, acaba por agravar o problema¹⁶⁰. Uma alternativa para combater a desigualdade existente consiste nos “indivíduos encontrarem maneiras de agregar suas causas e desenvolver estratégias de longo prazo, para fazer frente às vantagens das organizações que eles devem amiúde enfrentar¹⁶¹”.

O último obstáculo listado refere-se aos problemas especiais dos interesses difusos. “O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa –, é que ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação¹⁶²”. Assim, a demanda individual para esses casos revela-se inadequada e ineficiente, de modo que a reunião dos processos é algo que se impõe.

¹⁵⁸ No original: “Briefly, these advantages include: ability to structure the transaction; expertise, economies of scale, low start-up costs; informal relations with institutional incumbents; bargaining credibility; ability to adopt optimal strategies; ability to play for rules in both political forums policy; and ability to invest to secure penetration of favorable rules”. GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation, *Law & Society Review* 9 (1975): 347, 357- 60, Disponível em <http://marcgalanter.net/Documents/afterwardexplaininglitigation.pdf>, Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁵⁹ GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation, *Law & Society Review* 9 (1975): 347, 357- 60, Disponível em <http://marcgalanter.net/Documents/afterwardexplaininglitigation.pdf>, Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁶⁰ No original: “Organizations can the distinction between habitual and "one-shot" users may be entirely independent of distinctions between organizations and individuals. of usefulness for comparative purposes. The OS-RP distinction commends itself for yet another reason. It points to an antinomy that strikes me as a fundamental feature of legal life. Presumably law is corrective and remedial in intent; it is designed to restore or promote a desired balance. But as it becomes differentiated, complex and maze-like in order to do this with increasing autonomy and precision, the law itself becomes a source of new imbalances. Some users become adept in dealing with it; those with other advantages find that those advantages can be translated into advantages in the legal arena. There arise would vary with other features of the society”. GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation, *Law & Society Review* 9 (1975): 347, 357- 60, Disponível em <http://marcgalanter.net/Documents/afterwardexplaininglitigation.pdf>, Acesso em: 12 jan. 2015.

¹⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 26

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 26

3.1.2. Soluções propostas

Ato contínuo à identificação dos obstáculos ao acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentaram possíveis soluções, às quais chamaram de “ondas renovatórias” do acesso à justiça: a) assistência judiciária para os pobres; b) representação dos interesses coletivos e difusos; e c) um novo enfoque de acesso à justiça amplo, efetivo, justo e adequado.

A primeira onda renovatória teve por objetivo combater o óbice da pobreza, mediante a disponibilização de serviços jurídicos aos pobres. Partiu-se da constatação de que “o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa¹⁶³”, de modo que era preciso proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear.

Não faz parte de esta pesquisa identificar e analisar todos os métodos de assistência judiciária disponibilizados pelo Estado, muitos expostos no Relatório do Projeto de Florença. O importante é compreender que “deve o Estado garantir o acesso à justiça a todos os necessitados, como a criação de um serviço de advocacia pública eficiente¹⁶⁴”, que viabilize a

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 32

¹⁶⁴ SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011, p. 52. O referido autor critica a falta de investimentos na Defensoria Pública, o que demonstra a atualidade do problema da assistência judiciária no Brasil: “Com efeito, a solução mais adequada é a instituição de Defensoria Pública, dando-se a tal órgão a mesma estrutura e a mesma autonomia asseguradas ao Ministério Público, e aos seus agentes os mesmos vencimentos e as mesmas garantias funcionais que se dá aos agentes do Ministério Público. O problema é que mesmo quando o Estado institui Defensoria Pública, tem-se verificado grande deficiência estrutural, não se dá ao órgão autonomia financeira e não se dá aos seus agentes os mesmos direitos e garantias conferidas aos agentes do Ministério Público. O serviço público estatal de assistência judiciária, sobretudo nos países menos desenvolvidos, onde se verifica grande quantidade de conflitos e massa populacional pobre, é relegado a segundo plano, sempre com o mesmo frisante, cansativo e inaceitável discurso da falta de recursos financeiros”.

reivindicação dos direitos individuais e difusos não somente dos pobres¹⁶⁵, mas de outras categorias, tais como a dos consumidores e dos idosos, que não podem ser ignorados¹⁶⁶.

Ciente de que a assistência judiciária não pode ser o único foco do movimento para incremento do acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmaram que o “segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema de representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres¹⁶⁷”.

Conforme exposto no Capítulo 1, no paradigma liberal foi pautada a identificação de direitos subjetivos, voltados ao indivíduo, à formação de sua personalidade jurídica, suas relações familiares e à sucessão patrimonial. Tal premissa, por consequência, influenciou a concepção tradicional do processo civil, voltada à tutela individual dos direitos. Assim, “direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema¹⁶⁸”.

Diante da visão tradicional do processo, “as regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares¹⁶⁹”, consistindo, pois, em um grave obstáculo à tutela dos direitos transindividuais, que deveria ser superado mediante o implemento de

¹⁶⁵ “O princípio do direito de ação tem, ainda, como decorrência a atribuição de assistência jurídica gratuita e integral aos necessitados (CF 5º LXXIV). Diferentemente da assistência judiciária prevista na Constituição anterior, a assistência jurídica tem conceito mais abrangente e abarca a consultoria e atividade jurídica extrajudicial em geral. Agora, portanto, o Estado promoverá a assistência aos necessitados no que pertine a aspectos legais, prestando informações sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos e, ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas ações em face dele propostas. (...) A garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o processo deva ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculos ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional por ofender o princípio aqui estudado. Consolidando sua jurisprudência neste sentido, o Supremo Tribunal Federal editou o STF 667: “Viola a garantia constitucional do acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa””. NERY JUNIOR, Nelson. Princípio do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo, 9º ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 49.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 49.

¹⁶⁸ O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que deixava a solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 50.

¹⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 50.

grandes transformações no processo. As observações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth permanecem bastante atuais:

A proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como “citação” e o “direito de ser ouvido”. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um “representante adequado” para que agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam “citados” individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra opção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos. A criação norte-americana da *class action*, abordadas a seguir, permite que, em certas circunstâncias, uma ação vincule os membros ausentes de determinada classe, a despeito do fato de eles não terem tido qualquer informação prévia sobre o processo. Isso demonstra as dimensões surpreendentes dessa mudança do processo civil. A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos “direitos públicos” relativos a interesses difusos.

Para superação do precitado óbice, “o Relatório apresenta várias formas de patrocínio e representação dos direitos coletivos *lato sensu*, iniciando pela “ação governamental”, passando pela técnica do procurador-geral privado até a técnica do advogado particular do interesse público¹⁷⁰”, sugerindo, ao final, ante a existência de pontos positivos e negativos em cada um dos modelos apresentados, uma solução “pluralística para o problema de representação dos interesses difusos¹⁷¹”, que “combine recursos e iniciativas tanto do setor público quanto de grupos de particulares para uma reivindicação mais eficiente dos interesses difusos¹⁷²”.

A terceira onda renovatória engloba aquilo que Mauro Cappelletti e Bryant Garth denominaram de um novo enfoque de acesso à justiça, centrado no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo

¹⁷⁰ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, nota de rodapé 143, p. 41

¹⁷¹ O importante é reconhecer e enfrentar o problema básico nessa área: resumindo, esses interesses exigem uma eficiente ação de grupos particulares, sempre que possível; mas grupos particulares nem sempre estão disponíveis e costumam ser difíceis de organizar. A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público, pode auxiliar a superar este problema e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 67.

¹⁷² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, nota de rodapé 143, p. 41

prevenir disputas nas sociedades modernas¹⁷³”, reconhecendo a necessidade de adequar o processo à nova conflituosidade¹⁷⁴.

3.2. Acesso à Justiça Democrático

No item 2.1 supra, procurou-se retratar o relatório do Projeto de Florença e a evolução do conceito de acesso à justiça no paradigma liberal para o paradigma social¹⁷⁵, destacando-se como cada concepção enxergava a Jurisdição, o processo e o papel do juiz na reconstrução da norma. Os obstáculos ao acesso à justiça e as soluções necessárias ao incremento do acesso à justiça também foram abordados, com base no paradigma social, que serviu de base para Mauro Cappelletti.

A abordagem do Projeto de Florença e de suas conclusões decorreu da convicção de que o referido projeto teve influência marcante na elaboração de diversos estudos realizados no Brasil sobre a jurisdição e processo e acesso à justiça, que adotaram o paradigma social como fundamento teórico. Exemplo marcante dessa influência é a obra de Cândido Rangel

¹⁷³ “(...) Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 71.

¹⁷⁴ “Os relatores gerais do Projeto de Florença elencam como tendências no uso do enfoque do acesso à justiça: A) a reforma dos procedimentos judiciais em geral (modernização dos tribunais e seus procedimentos, a valorização do princípio da oralidade em detrimento do formalismo); B) a criação de alternativas aos tribunais regulares, utilizando procedimentos mais simples como ocorre com o juízo arbitral, a conciliação, incentivos econômicos; C) a criação de instituições de procedimentos especiais para determinados tipos de causas de “particular importância social” (por exemplo, procedimentos especiais para pequenas causas; tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar pequenas querelas do dia-a-dia; tribunais especiais para demandas de consumidores; mecanismos especializados para garantir direitos “novos”, como causas relativas ao meio-ambiente, consumidor, inquilinato); D) “mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos” (como os “parajurídicos”; o desenvolvimento de planos de assistência jurídica mediante convênio ou grupos); e E) simplificação do Direito para algumas espécies de causas, o que melhoraria a decidibilidade, portanto, a prontidão do socorro a determinados tipos de lesão e a compreensão da lei pelas pessoas comuns”. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 43/44

¹⁷⁵ Dierle Nunes e Ludmila Teixeira afirmam que “(...) a substituição do paradigma liberal, centrado no legislador político, por outra perspectiva social, pós-segunda guerra na Europa (e pós Constituição de 1988, no Brasil), que gravita em torno de um juiz dinâmico e atuante não tem representado ganhos para a democratização do acesso à justiça, não tem servido sequer para aliviar a imagem desgastada do Judiciário. Se a esperança era que o magistrado pudesse dar ouvidos aos apelos desta realidade profundamente desigual, o que verifica é que este poder continua sendo utilizado estrategicamente quando conveniente, justificando-se a permanência de uma rotina repetitiva e massacrante em função da quantidade de demandas”. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 43/44.

Dinamarco¹⁷⁶, sobre a Instrumentalidade do Processo e que refletem a influência dos escopos da Jurisdição na concepção de processo.

Todavia, segundo Dierle Nunes e Ludmila Teixeira, a concepção de acesso à justiça pautada nos paradigmas liberal e social não oferece as respostas necessárias aos problemas existentes, pois “todo discurso que propugna por valores substanciais eleitos, ou objetivos sociais consagrados não se pode fazer real sem o recurso a uma autoridade capaz de forjar (e impor) esse consenso valorativo ilusório¹⁷⁷”.

Em sendo assim, resta questionar: que tipo de pretensões um acesso à justiça assim definido pode veicular? O acesso efetivo aos bens da vida, aos serviços públicos e à dignidade? Acaso se tem esperanças de que a adaptação técnica (e das convicções) para determinados “fins sociais” possa remediar a violência da escassez, ou por trás do pretexto redistributivo reside uma omissão utilitarista fundamental quanto à importância das garantias processuais, da liberdade de fala e influência? No enredo desse “populismo processual”, a amortização das tensões sociais assume-se como o verdadeiro projeto, em que a produção de sensações – de justiça, de acesso, de paz – deixa de fora a capacidade de participação e dissensão política e a própria “justiça social” em segundo plano¹⁷⁸.

Assim, com base no paradigma procedimental do direito¹⁷⁹⁻¹⁸⁰, desenvolvido por Jürgen Habermas¹⁸¹, Dierle Nunes e Ludmila Teixeira desenvolvem aquilo que eles denominaram de Acesso à Justiça Democrático:

¹⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15 ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013.

¹⁷⁷ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, pp. 53/54

¹⁷⁸ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 55

¹⁷⁹ “O direito formal burguês e o direito materializado do Estado social constituem os dois paradigmas jurídicos mais bem-sucedidos na moderna história do direito, continuando a ser fortes concorrentes. Interpretando a política e o direito à luz da teoria do discurso, eu pretendo reforçar os contornos de um terceiro paradigma do direito, capaz de absorver os outros dois. Eu parto da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do direito”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 242.

¹⁸⁰ “O paradigma procedimentalista do direito ressalta o *status* das pessoas enquanto autores da ordem jurídica da qual são destinatários e deita a legitimidade do direito justamente nesta autonomia das pessoas privadas, posto que segundo uma compreensão pós-metafísica do mundo, a legitimidade do direito vigente pode pretender residir tão somente na formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos livres e iguais. Desta forma, as expectativas de racionalização e legitimação do direito (pela aceitabilidade racional) se localizam nas formas de comunicação, enquanto estruturas abstratas de reconhecimento mútuo” (...) Pelo exposto, pode-se inferir que o objetivo do paradigma procedimentalista do direito é superar a crise e a controvérsia entre os paradigmas precedentes e fornecer uma legitimação suplementar, ou aquele outro tipo de legitimação necessário em vista das mudanças já apontadas nas tarefas do Estado de direito, uma legitimação com base na gênese democrática do direito através de uma esfera pública politizada na qual “os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que

O acesso à justiça democrático refere-se à consideração com que o jurisdicionado tem suas reivindicações recebidas nas esferas oficiais de poder (*input*), a profundidade do diálogo (respeito aos direitos fundamentais), ao poder de influência que ele exerce sobre as decisões que lhe submetem (contraditório como direito de influência e não surpresa), e não só à eficiência quantitativa e a produtividade do sistema como um todo.

Em que pese não descartar os paradigmas anteriores, liberal e social, o “paradigma procedimental do direito não se contenta com a visão instrumentalizada da Jurisdição, nem em função dos interesses privados (como no paradigma liberal), nem de metas coletivas (como no paradigma social)¹⁸²”. Ademais, o paradigma procedimental de Habermas descarta “uma leitura unilateral sobre os direitos e liberdades (seja ela monopolizada pelo Estado ou pelos particulares), nem com as figuras do juiz ‘árbitro’¹⁸³, ou ‘treinador’¹⁸⁴”.

participam de discursos políticos”. COSTA, Taiz Marrão da. Súmulas Vinculantes e Democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público. Disponível em: https://www.academia.edu/693590/S%C3%BAmulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

¹⁸¹ “As tentativas da doutrina jurídica visando superar a oposição entre Estado social e direito formal burguês, criando relações mais ou menos híbridas entre os dois modelos, promoveram, ou melhor, desencadearam uma compreensão reflexiva da constituição: e tão logo a constituição passou a ser entendida como um processo pretensioso de realização do direito, coloca-se a tarefa de situar historicamente esse projeto. A partir daí, *todos* os atores envolvidos ou afetados têm que imaginar como o conteúdo normativo do Estado democrático de direito pode ser explorado efetivamente no horizonte de tendências e estruturas sociais dadas. Ora, a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política. Pois, graças às suas prerrogativas de decisão e graças às suas experiências e conhecimentos profissionais a justiça e a doutrina jurídica participam de modo privilegiado dessa disputa pela melhor interpretação; porém elas não tem autoridade científica para impor uma compreensão da constituição, a ser assimilada pelo público de cidadãos.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 132.

¹⁸² NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 55

¹⁸³ O juiz árbitro caracteriza-se pela abstenção da invasão no “poder econômico, político ou doméstico, respectivamente dominados pelo mercado, pela representação nacional ou pela autoridade paternal. Em matéria econômica limita-se a determinar as regras do mercado, proibindo-se de rever o equilíbrio das prestações contratuais, por exemplo. Da mesma maneira na política, o direito delimita o poder de cada um dos órgãos constitucionais. Em matéria doméstica, por fim, define os laços de parentesco e remete o restante para a autoridade do *pater familias*. Este modelo seria impensável fora de uma sociedade hierarquizada, estável e homogênea que limita os comportamentos sociais dentro de papéis muito precisos e canonizados”. GARAPON, Antoine. O juiz e a Democracia. O guardião das promessas. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996 *apud* NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61

¹⁸⁴ O juiz treinador “é designado para objetivos determinados: colocar a criança fora de perigo, salvar empregos, reintegrar os detidos. O juiz é tornado válido por seu desempenho (...) intimado a corrigir todas as injustiças do mercado e tratar dos prejuízos da industrialização. (...) As exigências do Estado-providência obrigam-na a adoptar um funcionamento burocrático. O gabinete, quer dizer, o escritório do juiz, sucede à sala de audiências como o melhor lugar da justiça; aí, o juiz, assistido por todo um areópago de peritos e trabalhadores sociais, pode mostrar-se activo. O direito deve apoiar-se em saberes que lhe são completamente estranhos, como a psicologia, a contabilidade, etc. Os papéis do juiz, do perito e do administrador confundem-se. (...) Em segundo modelo mostra hoje sérios sinais de sufocação. Fala-se muito actualmente de um “regresso do direito”, mas trata-se antes

Concluem os precitados Autores que “acesso à justiça democrático exige que as autonomias do cidadão sejam respeitadas não somente no momento da gênese do direito, mas sobretudo no momento aplicativo”, de modo que “a ideia de *inclusão* não se limita na habilitação a participar, na absorção do jurisdicionado por um sistema de direitos já dado, sendo ineliminável o poder que lhe é dado para dialogar, contestar e ter preferências atacadas¹⁸⁵”.

Busca-se, portanto, a partir da referida concepção do acesso à justiça, “uma ampliação democrática do debate, objetivando uma abertura procedimental que equalize o déficit de legitimidade democrática do processo¹⁸⁶”. Tal postura potencializa o caráter pluralista na construção do provimento jurisdicional, o que deve ser uma premissa, conforme o paradigma procedimentalista.

3.3. Acesso à Justiça, direitos fundamentais, garantia e vetor ético.

No item 1.3 *supra* destacou-se a importância dos direitos fundamentais, que devem ser compreendidos na sua essencialidade para a convivência dos homens entre si e para com o Estado e na identificação da parte orgânica do Estado, “dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem, em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos)¹⁸⁷”.

No Brasil, o acesso à justiça tem dimensão constitucional, figurando entre os direitos e garantias fundamentais¹⁸⁸, com aplicação imediata¹⁸⁹, de modo que “não só o legislador

do fim do esquecimento do direito sob o Estado-providência”. GARAPON, Antoine. O juiz e a Democracia. O guardião das promessas. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996 *apud* NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61.

¹⁸⁵ NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justiça democrático, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61

¹⁸⁶ OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Sociedade aberta e a construção do provimento jurisdicional. Disponível em: <http://jota.info/sociedade-aberta-e-construcao-provimento-jurisdicional>. Acesso em: 24 de jan. de 2015.

¹⁸⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91. Disponível na internet: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>, Acesso em: 26 de dezembro de 2014.

¹⁸⁸ Eis o teor do artigo 5º, inciso XXXV, da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

infraconstitucional é devedor de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam o direito à tutela jurisdicional, mas também o próprio órgão judicial está gravado com idêntico encargo¹⁹⁰.”

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garante a todos “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e, quando houver necessidade, preventiva¹⁹¹”. Wilson de Alves Souza esclarece que o acesso à justiça é, “ao mesmo tempo, uma garantia e em si mesmo também um direito fundamental; mais do que isso, é o mais importante dos direitos fundamentais e uma garantia máxima, pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça¹⁹²⁻¹⁹³”.

Analisando o direito de acesso aos tribunais no ordenamento jurídico português, Canotilho também enfatiza o acesso à justiça como uma garantia institucional e como direito fundamental formal:

Ao assegurar o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos e interesses, o artigo 20º da Constituição da República Portuguesa inclui no seu âmbito normativo a *garantia institucional* da via judiciária, isto é, de tribunais. O texto fundamental não fixa, de forma esgotante, os tipos de tribunais, nem contém uma disciplina densa do chamado “direito constitucional judiciário”. Por isso, o direito de acesso aos tribunais é um *direito fundamental formal* que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais. A interconexão entre “direito de acesso aos tribunais” e “direitos materiais” aponta para duas dimensões básicas de um esquema referencial: (1) os direitos e interesses do particular determinam o próprio *fim* do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a *realização* daqueles direitos e interesses; (2) os direitos e interesses são efectivados *através dos tribunais* mas são eles que fornecem as *medidas materiais de proteção* por esses mesmos tribunais.

¹⁸⁹ Eis o teor do artigo 5º, §1º, da CF: “§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata

¹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005, p. 88.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Tutela Jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos Direitos fundamentais. Disponível em <http://marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 18 de janeiro de 2015.

¹⁹² SOUZA, *Op. Cit.*, p. 84.

¹⁹³ Segundo Luiz Guilherme Marinoni, “Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”. MARINONI, Luiz Guilherme. O Direito à Tutela Jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos Direitos fundamentais. Disponível em <http://marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 18 de janeiro de 2015.

Desta imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A *garantia institucional* conexas-se com o *dever de uma garantia jurisdicional de justiça* a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”) que impõe um dever de proteção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei (cfr. CRP. Art. 21º).

Wilson Alves de Souza entende que o “acesso à justiça também pode ser qualificado como um princípio jurídico com fundamento constitucional¹⁹⁴”, pois, mais do que um direito-garantia, o acesso à justiça é uma norma de valor superior consagrada e positivada por determinada sociedade e que está acima das regras de conduta¹⁹⁵⁻¹⁹⁶. O acesso à justiça, portanto, também deve ser compreendido como uma questão ético-social no plano da concretização do direito¹⁹⁷, na medida em que, além do seu enquadramento como um direito, mantém uma conexão intrínseca com a questão ética.

3.4. Acesso à Justiça, à ordem jurídica justa e meios alternativos para solução dos conflitos.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth partem da premissa de que a expressão “acesso à justiça” deve englobar dois objetivos básicos do sistema jurídico: primeiro, “o sistema pelo qual as

¹⁹⁴ SOUZA, *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁹⁵ GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Garantías, principios y reglas del proceso civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires: sem publicação editorial, 2010 *apud* SOUZA, *Op. Cit.*, p. 85.

¹⁹⁶ Sob a denominação de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e princípio do direito de ação, Nelson Nery afirma: “além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 9ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

¹⁹⁷ Paulo Cesar Santos Bezerra destaca o acesso à justiça como um problema ético-social. Aduz o referido Autor: “De todo o exposto, depreende-se que o acesso à justiça não se resume ao judiciário, sendo este último apenas um dos inúmeros direitos humanos, inerentes ao cidadão, fundados na dignidade da pessoa humana. Assim sendo, o acesso à justiça decorre de atitudes e posturas favoráveis, tanto por parte do Poder Público, em face suas três faces, legislativo, executivo e judiciário, como dos órgãos da administração direta e indireta, dos membros do ministério público, advogados, e dos cidadãos, enfim, de toda a coletividade de pessoas, de direito público e privado. O acesso à justiça é um direito social, como já apontado, um direito charneira, do qual decorrem todos os outros. (...) O acesso à justiça, portanto, depende de uma postura de natureza eminentemente ética e social. Social, porque é o maior ou menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis que determina o fluxo dos conflitos sociais. É ético, em sentido teórico, como valor supremo e ideal, em sentido de *práxis* moral no seio da sociedade, porque ‘a moral constitui, seja qual for a orientação que se tome, uma regulação da atitude e da conduta humana’. (...) Ético e social se amalgamam num direito que é o principal deles, o acesso à justiça”. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 241/242.

peças podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado¹⁹⁸”, sendo igualmente acessível a todos; segundo, “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹⁹⁹”. Em que pese ter reconhecido a importância das duas finalidades, os precitados Autores afirmaram que o Projeto de Florença teve como foco prioritário a primeira finalidade.

Atualmente, destaca-se que “seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte do processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo²⁰⁰”. Compreende-se, pois, o acesso à justiça como o acesso à ordem jurídica justa²⁰¹.

É neste sentido que afirma Kazuo Watanabe ao esclarecer que o princípio constitucional do acesso à justiça não consiste em acesso formal ao Judiciário, senão ao “acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário²⁰²”. Não há qualquer dúvida, pois, que acesso à justiça não significa somente o acesso formal ao Judiciário, ou seja, deve-se avaliar o acesso à justiça nos seus aspectos processual e material ou substancial²⁰³.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 8.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 8.

²⁰⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 41.

²⁰¹ “A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a ideia central que converge toda a ordem constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla *admissão de pessoas e causas* ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o *devido processo legal*, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do *contraditório*), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma *participação em diálogo* -, tudo isso com vistas a preparar uma que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a *pacificação com justiça*”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 42.

²⁰² WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045. Acesso em: 14.01. 2015.

²⁰³ “O que é um processo justo? Como qualificar um processo como justo? Quais os critérios materiais orientadores da determinação do caráter “devido” ou “indevido” de um processo? As respostas – sobretudo as da doutrina americana – reconduzem-se fundamentalmente a duas concepções de “processo devido” – a *concepção processual* e a *concepção material* ou *substantiva*. A teoria processual (*process oriented theory*), que

Ainda hoje, todavia, o acesso à justiça é compreendido por parte dos operadores do direito como o acesso ao Poder Judiciário para obtenção de uma solução dos conflitos, por intermédio de técnicas de heterocomposição²⁰⁴, ou seja, “o mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz²⁰⁵”.

Em que pese a importância da referida técnica de solução de conflitos, é certo que, conforme conclusões extraídas do Projeto de Florença, é indispensável à identificação de um “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e

poderíamos designar também por *teoria do processo devido por qualificação legal*, limita-se a dizer que uma pessoa “privada” dos seus direitos fundamentais da vida, liberdade e propriedade tem direito a exigir que a privação seja feita segundo um processo especificado na lei. Consequentemente, o acento tónico deve colocar-se na observância ou não do processo criado por lei para a ampliação de medidas privativas da vida, liberdade ou propriedade. A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um *processo justo*, pois uma pessoa tem direito não apenas a um *processo legal* mas sobretudo a um *processo legal, justo e adequado*, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares. Esta última teoria é, como salienta a doutrina norte-americana, uma *value-oriented theory*, pois o processo devido deve ser materialmente informado pelos princípios da justiça. Mais do que isso: o “processo devido” começa por seu um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa. Os objetivos da exigência do processo devido não poderiam ser conseguidos se o legislador pudesse livre e voluntariamente converter qualquer processo em processo equitativo. Esta a razão pela qual os autores passaram a reclamar a necessidade de critérios materiais informadores do processo devido expressa ou implicitamente revelados pelas normas da Constituição e pelos usos e procedimentos estabelecidos no direito comum ou disposições “estatutárias”. Passou-se, assim, a falar-se de *processo devido substantivo*. O problema nuclear da exigência de um *due process* não estaria tanto – ou pelo menos não estaria exclusivamente – no procedimento legal mediante o qual alguém é declarado culpado ou castigado (“privado da vida, da liberdade e da propriedade”) por haver violado a lei, mas sim no facto de a lei poder ela própria transportar a “injustiça” privando uma pessoa de direitos fundamentais. Às autoridades legiferantes deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos menos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como *proteção alargada de direitos fundamentais* quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas. A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter “justo” ou “equitativo” do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou convenções internacionais (CRP, art. 16º)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 495.

²⁰⁴ Afirma Kazuo Watanabe, em outro estudo sobre o tema, que “há ainda muita resistência à adoção dos chamados *meios alternativos* de solução de conflitos, em especial dos métodos consensuais, que são a mediação e a conciliação, por parte não somente dos operadores do Direito, como também dos jurisdicionados. Muitos acham que são mecanismos menos nobres, próprios de povos com cultura primitiva, e que o método mais nobre é a adjudicação de solução por meio de sentença do juiz, proferida em processo contencioso. WATANABE, Kazuo. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsia. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.) . 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. 01. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.

²⁰⁵ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045. Acesso em: 14.01. 2015.

mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, adequando o processo à nova conflituosidade.

Impõe-se, portanto, a implantação de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos, que não fique limitada à solução adjudicada do litígio, o que vem sendo buscado pelo Conselho Nacional de Justiça, com a edição da Resolução nº. 125²⁰⁶, cujo objeto foi a criação da política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

O objetivo primordial da aludida política é a obtenção da solução mais adequada ao litígio, através da participação das “partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas, propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do Judiciário é uma consequência importante desse resultado social, mas não seu escopo fundamental²⁰⁷”. Também não é objetivo primordial da política pública de tratamento adequado dos conflitos judiciais a aceleração dos processos²⁰⁸, até porque essa não seria uma conclusão necessariamente verdadeira²⁰⁹.

²⁰⁶ Os *Consideranda* da Resolução demonstram os objetivos almejados pelo Conselho Nacional de Justiça: (...) “CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; (...) que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; (...) a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; (...) que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; (...) ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; (...) a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça; (...) que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria; (...)”.

²⁰⁷ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045. Acesso em: 14.01. 2015.

²⁰⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 16ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 213.

²⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 375.

Kazuo Watanabe, grande defensor da utilização dos meios alternativos à solução adjudicada pontua que “é necessário que se aceite, sem temor de estar cometendo qualquer impropriedade científica, que os chamados meios alternativos de resolução de conflitos constituem capítulo importante do direito processual civil, e não mero apêndice dele, para ser estudado em disciplina coadjuvante, por exemplo, de práticas judiciais²¹⁰”.

Assim, “o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício de poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático²¹¹”, o que vem sendo clamado por parte da doutrina, consoante exposto acima, no tópico acesso à justiça democrático.

Os meios alternativos de resolução de conflitos já vêm sendo adotados em larga escala em diversos países²¹², a exemplo da Inglaterra²¹³⁻²¹⁴, como exposto por Neil Andrews, ao afirmar

²¹⁰ WATANABE, Kazuo. Política Judiciária Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsia. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. 01. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.

²¹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 16ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014, p. 207.

²¹² “A notória e crescente utilização dos *meios alternativos* de solução de conflitos não se confina aos países de filiação romano-germânica, dos direitos codicísticos, mas igualmente se estende à experiência dos países da família *common law*, especialmente os Estados Unidos, onde se vem implementando, sobretudo após o advento do *Civil Justice Reform Act*, de 1990, a era do *active case management*, ou seja, a técnica ou o método do *gerenciamento do processo* pelo juiz, postura pró-ativa cujo resultado exitoso depende, naturalmente, de uma maior participação e cooperação das partes, em ordem ao desfecho justo, econômico e tempestivo da demanda”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 77.

²¹³ Assegura Neil Andrews: “As três principais alternativas do litígio perante os tribunais ingleses são: (i) *negociação entre as partes, conduzindo a um acordo*: esta é a maneira mais comum de se encerrarem as controvérsias (veja Capítulo 10); (ii) *mediação ou conciliação*: serão discutidas neste capítulo; (iii) *arbitragem* (veja Capítulo 12): tende a ser uma maneira muito formal de proceder; a arbitragem comercial realizada na Inglaterra pode reproduzir muitos aspectos dos processos comerciais que tratam perante a *High Court*, embora esta tendência seja lamentável, e deva ser evitada. Além do acordo, da mediação e da arbitragem mencionadas supra, outros quatro tipos de resolução de conflitos merecem ser comentados: (a) *decisão judicial simplificada, fora do sistema dos tribunais comuns*: “*ombudsmen*” administram a justiça – geralmente baseados exclusivamente em documentação, em diversos campos específicos, como discussões sobre pensões ou investimentos; (b) *determinação de perito*: utiliza como referência um terceiro imparcial para lidar com problemas técnicos, por exemplo, na solicitação para avaliação dos bens de uma empresa ou propriedade comercial; a lei também permite que os peritos tomem decisão imediata, se a discussão surgir durante o projeto de uma construção; essas decisões são, inicialmente, provisórias. Elas se tornam obrigatórias se, em um curto período de tempo, nenhuma das partes procurar reabrir a discussão (movendo uma ação ou promovendo a arbitragem); (c) *avaliação preliminar neutra*: com o envolvimento de uma terceira parte neutra – geralmente um advogado -, um veredicto é dado sobre o mérito da disputa; na *Commercial Court* inglesa, as partes podem solicitar que um juiz da *High Court* faça uma avaliação preliminar neutra; (d) *miniaudiência de instrução e julgamento*: trata-se de expediente ou complemento que pode ter lugar na mediação; de acordo com a melhor doutrina: “basicamente, advogados ou outros conselheiros de cada uma das partes apresentam uma “miniversão” de seus casos para uma banca formada por um executivo sênior de seu cliente e da outra parte...Este procedimento pode ocorrer sem o envolvimento de alguém neutro, mas geralmente causará maior efeito se alguém neutro presidir a apresentação”, um “minijulgamento” poderá criar “uma forte sensação de tudo se ter passado no tribunal, em vez de ter sido uma mediação” e uma “oportunidade melhor para avaliar o desempenho

que “a mediação tornou-se popular na Inglaterra. Esta forma “alternativa” de justiça civil pode funcionar como substituta integral da litigância civil, ou pode, ainda, complementar o processo que corre perante o do Judiciário, após o início dos procedimentos no tribunal²¹⁵”.

Em Portugal, existe um Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios (GRAL), que assegura o desenvolvimento dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos, competindo-lhe: (i) apoiar a criação e a operacionalização de meios extrajudiciais de composição de conflitos, designadamente a mediação, a conciliação e a arbitragem; (ii) promover a criação e apoiar o funcionamento de centros de arbitragem, julgados de paz e sistemas de mediação; (iii) assegurar os mecanismos adequados de acesso ao direito, designadamente nos domínios da informação e consultas jurídicas e do apoio judiciário²¹⁶.

Neste sentido, a Lei n.º 29, de 19 de abril de 2013, regulamentou a mediação de conflitos no ordenamento jurídico português, consagrando, pela primeira vez, os princípios gerais que regem a mediação realizada em Portugal, seja esta efetuada por entidades públicas ou privadas, da previsão do regime jurídico da mediação civil e comercial e o regime dos mediadores em Portugal²¹⁷.

Assim, vê-se que a política judiciária adotada pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça “trouxe profunda mudança no paradigma dos serviços judiciários, e, por via de consequência, atualizou o conceito de acesso à justiça, tornando-o muito mais acesso à ordem

de testemunhas-chave”. ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 367.

²¹⁴ Barbosa Moreira abordou aquilo que ele denominou de “a Revolução Processual Inglesa”, a qual consistiu na mudança do modelo adversarial (*adversary system*), principal responsável pelo alongamento do pleito além da medida razoável e pela elevação dos custos a níveis insuportáveis, para um processo mais cooperativo. Tal mudança foi incorporada pelo advento das “Civil Procedure Rules”, em vigor desde abril de 1999. Em que pese não ser objeto do presente trabalho fazer uma resenha sobre referidas mudanças, importante frisar duas técnicas citadas por Barbosa Moreira para o favorecimento de solução consensual: “Vários são os meios pelos quais se procura estimular a solução consensual. Eis dois exemplos importantes: a) em certas matérias (v.g., negligência clínica), o processo só pode ser instaurado depois que o autor em perspectiva dá ciência de sua pretensão ao futuro réu, que dispõe de prazo para investigar o caso e declarar sua posição; espera-se que esse intercâmbio (*pre-action protocols*) faça propender a um acordo os titulares dos interesses em conflito; b) se o devedor oferecer pagamento com vista à solução consensual do litígio (*payment into court*), a atitude que o credor tomar influirá na decisão do tribunal acerca das custas processuais; análoga situação ocorre com inversão das posições, quando parte do autor a proposta de acordo contra pagamento de determinada importância (*rule 36.1 e s.*); elevadas que são as custas, o risco de ter de suportá-las estimula a parte a aceitar a proposta”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: 9ª série, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

²¹⁵ ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 367.

²¹⁶ Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios de Portugal. Informações disponíveis em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/gral>. Acesso em: 22 de jan. de 2015

²¹⁷ Direção-Geral de Política de Justiça de Portugal. Disponível em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/noticias/publicacao-da>. Acesso em: 22 de jan. de 2015.

jurídica justa, e não mero acesso aos órgãos judiciários²¹⁸ para obtenção de solução adjudicada por meio de sentença²¹⁹”.

3.5. Acesso à justiça e processo eletrônico.

Com efeito, sendo instrumento vinculante da prestação jurisdicional almejada pelo cidadão, do direito material postulado, é fundamental que o processo acompanhe a evolução da sociedade. Assim, vivendo-se, atualmente, na era da informação, é natural que o Poder Judiciário, na consecução de suas finalidades constitucionais e institucionais, lance mão da tecnologia como forma de se manter ao alcance dos jurisdicionados, oferecendo, pois, uma melhor prestação jurisdicional.

O estudo do processo eletrônico, portanto, também se insere na abordagem atualizada que deve ser feita sobre o acesso à justiça, em especial pelos “benefícios advindos da substituição da tramitação de autos em meio físico pelo meio eletrônico, como instrumento de celeridade e qualidade da prestação jurisdicional²²⁰”.

A Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispôs sobre a informatização do processo judicial. Visou-se a maximização da efetividade jurisdicional, conferindo ao jurisdicionado o acesso à justiça no aspecto substancial, em atenção à celeridade processual, a razoável duração do processo e a desburocratização dos atos emanados do Poder Judiciário. Assim, a implementação do Processo Judicial Eletrônico, no modelo legislado, configura um avanço indesmentível à pulverização e maximização das prerrogativas ínsitas ao acesso à justiça efetiva.

²¹⁸ Em relação à mediação e à conciliação, a Exposição de Motivos da Res. n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, deixa claro que o inc. XXXV do art. 5º da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Assim, alarga-se o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 29ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 44.

²¹⁹ WATANABE, Kazuo. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsia. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. 01. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.

²²⁰ A Resolução nº 185, de 18 de Dezembro de 2013, instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/27241-resolucao-n-185-de-18-de-dezembro-de-2013>. Acesso em 31 de jan. de 2015.

Ressalta-se a existência de críticas ao processo eletrônico, sob o fundamento de que o processo judicial eletrônico inviabiliza a consecução do aspecto formal do acesso à justiça²²¹ ou mesmo que a precitada lei não atende aos anseios da modernidade e da sociedade de massas²²². Contudo, a existência de riscos e limitações não pode servir de óbice ao implemento da informatização do Poder Judiciário, mas sim como ponto de fragilidade a ser superado por meio da prática concomitante de medidas hábeis a mitigar as dificuldades iniciais que qualquer mudança drástica enseja.

A assimilação desta nova cultura do Poder Judiciário, tal como a mudança do paradigma, demanda certo tempo e enseja um temor do desconhecido, sendo certo que a alteração da administração do Poder Judiciário, com o processo eletrônico, mostrará, num futuro próximo, inúmeros benefícios às garantias constitucionais e processuais do cidadão, sendo verdadeira fonte de realização das finalidades jurisdicionais, sobretudo da razoável duração do processo e da qualidade na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, a universalização do processo judicial eletrônico deve vir acompanhada de medidas que visem superar as dificuldades iniciais a uma mudança de paradigma tão drástica, desde a implantação racional e gradativa do processo eletrônico, a qualificação dos agentes envolvidos para manejo deste novo instrumento (advogados, juízes promotores, defensores públicos), bem como a disponibilização dos recursos e instrumentos necessários à utilização do meio eletrônico.

²²¹ “Penso que o afã de modernizar o trâmite processual pode implicar em prejuízo grave para os jurisdicionados. Ante a sobrecarga de trabalho, muitas vezes, os magistrados precisam fazer um exame das peças que não é aprofundado. E na tela, será que aquele que personifica o Estado como juiz folheará no processo as peças já ultrapassadas? Penso que não. O processo eletrônico tende a generalizar o que é ruim, em termos de jurisdição. Penso também que há implicações diversas no uso do processo eletrônico, inclusive para quem não tem acesso aos recursos digitais, como os advogados do interior que não têm acesso aos meios (digitais) mais modernos (...) Quando recebo processo eletrônico mando fazer cópias e formar autos em papel. Não me vejo lendo, na tela, um romance. Muitas vezes imprimo e-mails para a leitura. A segura dos olhos, causada pela tela do computador, por piscarmos menos, não permite a visão do todo. Uma coisa é ter o processo e folhear, outra é buscar no computador. Alguns chegam a proclamar o fim do processo em papel. Mas não é bem assim. Temos de experimentar novidades sem generalizações”. Entrevista concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello ao Jornal da Ordem – Publicação da Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná – Número 150 – Junho de 2011, folha 09. Disponível em: <http://admin.oabpr.org.br/imagens/jornal/artigos/53.pdf> Acesso em 02.02.2015 às 14:27hrs

²²² ROQUE, André Vasconcelos. O processo eletrônico do século XIX, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199438,91041-O+processo+eletronico+do+seculo+XIX>, Acesso em: 31 de jan. de 2015.

De fato, o processo eletrônico deve ser mecanismo que garanta o acesso à justiça e o acesso ao Poder Judiciário²²³, sendo este o principal desafio a ser observado para que a finalidade do processo eletrônico não gere o efeito inverso, ou seja, não configure obstáculo ao acesso à justiça. “Estamos apenas no começo. Muito trabalho resta a ser feito, para que os direitos das pessoas comuns sejam efetivamente respeitados²²⁴”.

3.6. Acesso à Justiça e precedentes judiciais.

Como se depreende do presente capítulo, o estudo do acesso não pode ficar limitado ao acesso formal aos Tribunais, exigindo uma leitura contemporânea do direito fundamental aqui exposto, relacionando-o com os diversos temas que de alguma forma interferem no acesso à justiça. Se, aparentemente, as abordagens são inconciliáveis, pois alguns temas surgiram diante de paradigmas distintos, é certo que existe convergência em seus objetivos, que é potencializar o acesso à justiça, de forma democrática, coerente e racional.

No item 2.4 *supra*, afirmou-se que a compreensão do conceito e das premissas que compõem o estudo dos precedentes judiciais tornou-se fundamental para qualquer operador do direito. Isto porque, “em qualquer país, independente da sua filiação a esta ou àquela família jurídica, a decisão de um caso tomada anteriormente pelo judiciário constitui, para os casos a ele semelhantes, um precedente judicial²²⁵”.

Nesse sentido, o estudo dos precedentes judiciais possui estreita relação com a compreensão de acesso à ordem jurídica justa e ao processo democrático.

Na análise dos óbices ao acesso à justiça destacou-se a necessidade de igualdade no acesso à jurisdição, tornando necessária a adoção de medidas que equilibrassem as desigualdades que impediam ou ao menos dificultavam o verdadeiro acesso à justiça. Trata-se, obviamente, “de

²²³ “O acesso à Justiça tanto pode ser formal como material ou efetivo. É meramente formal aquele que simplesmente possibilita a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. Isto não basta. É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito. O acesso à justiça tem que ser efetivo. Por efetivo entenda-se aquele que é eficaz.” VARGAS, Jorge de Oliveira – Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional – 1ª ed., 5ª tiragem, Curitiba, Editora Juruá, 2009, pág. 12.

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, pág. 161.

²²⁵ SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à sumula vinculante, 1ª Ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 15.

uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades econômicas de acesso à justiça²²⁶ e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciados²²⁷”.

Também se falou da necessidade de compreensão do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a visão do processo na sua concepção formal e substancial. É neste sentido que se aborda o princípio da igualdade no processo civil, destacando-se a importância de a lei conferir tratamento igualitário às partes, na sua participação no processo, na produção da prova, no poder de influir na formação do convencimento do juiz.

A par dessas materializações do princípio da igualdade, todavia, faz-se necessária a apreensão do princípio da igualdade perante as decisões judiciais, até porque “o acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo²²⁸”. E, sob o referido aspecto, o respeito aos precedentes judiciais é fundamental para assegurar o acesso à justiça de forma igualitária, coerente e íntegra.

A noção de integridade e de coerência se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e da coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados

²²⁶ A igualdade também exige a consideração de aspectos econômicos que podem obstaculizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que prive alguém de participar por razões de natureza econômica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, São Paulo, Ed. RT, 2010, 4ª. ed., p. 419-420).

²²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 27 de jan. 2015.

²²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 27 de jan. 2015.

(julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência. É dizer, para ele a interpretação do Direito é *construtiva*: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também *produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura)* àquela construção referida²²⁹.

É neste sentido que estabelece o artigo 926 do Novo Código de Processo Civil que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

3.7. Acesso à Justiça, direitos transindividuais, sociedade de massa e ações coletivas.

Diante da explosão de demandas atomizadas e dos efeitos maléficos dessa realidade contemporânea, como a morosidade, altos custos com a prestação jurisdicional, falta de efetividade dos provimentos jurisdicionais, passou-se a identificar de forma recorrente e generalizada²³⁰ as ações coletivas como forma de proporcionar uma maior economia processual, efetividade do direito material e potencializar o acesso à justiça²³¹, mediante a obtenção de resultados socialmente justos²³².

Ressalta-se que, não obstante uma ação coletiva ser mais complexa e demandar mais tempo e trabalho dos advogados e do juiz do que uma correspondente ação individual, é certo que, em regra, proporciona eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva, representando, ao final, economia para o Poder Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos²³³.

²²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 306.

²³⁰ KALAJDZIC, Jasminka. Access to a just result: revisiting settlement standards and cy prè distributions. Disponível em: file:///C:/Users/etavares/Downloads/SSRN-id1630513.pdf, Acesso em: 29 de jan. de 2015.

²³¹ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 25/39.

²³² Em sentido contrário, CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no Direito Estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas, Revista de Processo, vol. 238, p. 333, Dez/2014. Também, com referência à doutrina estrangeira, inclusive, citando as conclusões de Deborah Rhode, in Access to Justice (New York: Oxford University Press, 2004) para quem, ao menos no contexto Canadense, nas ações coletivas as vítimas são “subcompensadas” e os advogados “sobrecompensados”. KALAJDZIC, Jasminka. Access to a just result: revisiting settlement standards and cy prè distributions. Disponível em: file:///C:/Users/etavares/Downloads/SSRN-id1630513.pdf, Acesso em: 29 de jan. de 2015.

²³³ GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 25/39.

A referida possibilidade reflete no acesso à justiça, pois as ações coletivas amoldam-se ao processo de forma a refletir o litígio, e permitem que pretensões que dificilmente seriam levadas ao Judiciário, sejam tuteladas pelo Estado. A disparidade entre as partes, em termo de informação, organização e capacidade financeira, em regra, inviabilizam a tutela individual dos direitos, de modo que as ações coletivas se apresentam como um meio possível para que vítimas obtenham a tutela jurisdicional de seus direitos, sem contar o papel de desencorajamento e intimidação dos potenciais infratores (*deterrence*), na medida em que “a simples possibilidade da tutela coletiva, e da conseqüente responsabilidade civil em massa, faz com que potenciais infratores se sintam desencorajados de praticar condutas ilícitas coletivas²³⁴”.

Sérgio Cruz Arenhart, ao analisar a tutela coletiva dos direitos individuais, apresenta as três funções principais da proteção coletiva: a) facilitação de acesso ao Poder Judiciário de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas²³⁵⁻²³⁶; b) tratamento uniforme

²³⁴ GIDI, Antonio. *A class action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.36.

²³⁵ “A primeira delas diz respeito à *facilitação de acesso ao Poder Judiciário de questões que, de outra forma, não poderiam ser judicializadas*. Em especial para causas seriais de pequena expressão econômica, não há dúvida de que, se tratadas de forma singular, elas jamais seriam levadas a conhecimento judicial. Os custos do processo e a demora natural para a prolação de uma decisão, quando contrastados com a menor expressão de alguns interesses, tornam evidentemente inviável que essas questões sejam examinadas pelo Poder Judiciário. Não obstante isso, parece razoável acreditar que, se no plano individual essas lesões se mostram insignificantes, se somadas podem atingir valores bastante elevados. Assim, embora o indivíduo não se sinta estimulado a levar a questão para análise do Poder Judiciário – em razão do pequeno ganho que terá para si – o tema, tomado em sentido macroscópico, merece atenção do Estado, sob pena de um grande locupletamento indevido em favor do violador e contra toda a coletividade. Ademais, não fosse a tutela coletiva, estes interesses não teriam condições de ser levados ao conhecimento do Judiciário. Por uma barreira prática, a tutela individual desses direitos é inviável, o que, não fosse a via coletiva, implicaria clara violação à garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988)”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

²³⁶ Não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual. Assim, assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito e de todos os seus órgãos. REsp 910.192/MG, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, 3ª T, julgado em 02/02/2010, DJE 24/02/2010.

de situações que podem se enquadrar na mesma hipótese normativa²³⁷; c) racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional²³⁸.

Sucedem que, mesmo diante das inúmeras razões para a utilização das ações coletivas como forma de incremento do acesso à justiça, bem como da importância dada pelo legislador ao editar a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/1985), da Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/1990)²³⁹, problemas extraídos da prática forense – quanto à absurda limitação do seu cabimento²⁴⁰ e da sua eficácia territorial²⁴¹, litispendência, conexão, competência, forma de convocação e ciência dos interessados²⁴², coisa julgada nas demandas coletivas – demonstram que tais institutos ainda carecem de melhor tratamento no ordenamento jurídico brasileiro, conforme exposto em item próprio *infra*.

Os problemas que mitigam os efeitos das ações coletivas despertaram certa incredulidade na efetividade destas ações para a tutela de direitos individuais massificados e falta de interesse político no aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos. O exemplo dessa postura foi a rejeição, pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que propunha uma nova Lei da Ação Civil Pública, bem como a falta de

²³⁷ Tratando casos iguais da mesma forma, o Estado gera certeza jurídica a respeito da solução a ser dada a certo tipo de situação conflituosa, favorecendo a planificação do comportamento da sociedade. Ademais, essa uniformização desestimula o litigante temerário – que confia no erro judiciário, ou dissolve os custos de sua violação na difusão de pretensões individuais apresentadas em juízo – a pautar sua conduta pelo baixo índice de procura da tutela jurisdicional do Estado. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 127.

²³⁸ Trata-se da função de *racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional*, evitando: a) a necessidade de manifestações judiciais idênticas em casos dispersos; b) o gasto de recursos judiciais para tratar de questões já resolvidas; c) o desperdício do tempo da prestação de serviços públicos; d) o excesso de demandas a serem examinadas pelo Poder Público. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

²³⁹ Para um exame histórico detalhado das ações coletivas no Brasil confira, entre muitos outros, 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, p. 191/200; LEAL, Marcio Flavio Mafra. Ações coletivas: história, teoria e prática, Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1998, p. 183-187.

²⁴⁰ Cf. Parágrafo único, do Art. 1º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985): Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

²⁴¹ Cf. Art. 16, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985): Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

²⁴² Cf. Art. 94, do CDC: Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

incentivo para aprovação de um dos inúmeros anteprojetos de Código de Processos Coletivos no direito brasileiro.

Por outro lado, evidente o interesse do legislador na incorporação de outros institutos voltados à resolução de litígios de massa, o que pode ser exemplificado pelas inúmeras reformas legislativas implementadas nos últimos anos, bem como com a elaboração de um Novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado no Senado Federal em seu texto básico em 16 de dezembro de 2014 e em votação definitiva em 17 de dezembro de 2014, tendo o texto definitivo sido enviado à sanção presidencial em 24 de fevereiro de 2015, que consagraram institutos como o julgamento imediato de improcedência e o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial e, mais recentemente, o incidente de coletivização de demandas repetitivas.

O problema é que os instrumentos consagrados pelas últimas reformas, embora imbuídos em vetores como a celeridade e efetividade, pressupõem que o interessado se apresente em juízo, impondo a propositura de novas ações. Assim, tais institutos ainda não tiveram o condão de diminuir de forma efetiva o volume extraordinário de demandas, impactando, por conseguinte, no Acesso à Justiça substancial.

Em recente exposição, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, a despeito do grande número de processos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, ainda existe um número desproporcional de processos pendentes de apreciação:

Tomando-se como referência a média anual de julgamento de processos com repercussão geral admitida, seriam necessários mais de 12 (doze) anos para julgamento do estoque de repercussões gerais já reconhecidas (330 : 27). Mesmo que se levasse em conta o número recorde de repercussões gerais julgadas em 2013, ainda assim seriam necessários mais de 7 (sete) anos para liquidar o estoque (330 : 44). E isso em um cenário contrafactual e indesejável, no qual não se reconheceria qualquer nova repercussão geral ao longo dos próximos anos.

Esta situação de retardamento nos julgamentos se torna muito mais grave diante da sistemática de sobrestamento prevista na disciplina legal da repercussão geral. De fato, nos termos do art. 543-B, § 1º do CPC, c/c o art. 328-A do RISTF, os recursos referentes à controvérsia cuja análise de repercussão geral se encontre pendente de julgamento no STF têm o seu andamento sobrestado até o pronunciamento definitivo da Corte. Pois bem: de acordo com informação da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, encontram-se sobrestados na origem, aguardando o julgamento de processos com repercussão geral, 570.139 processos⁸.

Diante de quadro assim impressionante, é imperativo para o Tribunal repensar sua atuação nessa matéria, notadamente para o fim de reavaliar o próprio conceito de repercussão geral – que deveria ser a exceção e não a regra. Na prática, isso significa limitar o reconhecimento de novas questões de repercussão geral, bem como administrar com maior celeridade o estoque de repercussões gerais já reconhecidas. Nos tópicos seguintes, apresentam-se propostas relativas à atribuição de novas repercussões gerais, bem como para a administração do estoque já existente. As alterações imaginadas não envolvem qualquer mudança legislativa, mas tão somente a alteração de práticas do Tribunal e emendas regimentais²⁴³.

Portanto, é preciso buscar soluções que sejam “capazes de tornar desnecessária a presença da parte perante o Poder Judiciário²⁴⁴”, mediante “mecanismos capazes de estender o conteúdo de decisões judiciais a terceiros, de modo a resolver os interesses de massas como um todo de uma única vez²⁴⁵”, sem que, por óbvio, se viole o direito fundamental ao acesso à justiça. Acredita-se que esse seja o grande desafio do estudo do acesso à justiça.

3.8. Classificação do Acesso à Justiça

Antônio Herman Vasconcelos e Benjamim²⁴⁶ indica alguns critérios para classificar e compreender o acesso à justiça, como campo de aplicação, o plano dos sujeitos envolvidos, o polo de quem soluciona o litígio, dentre outros.

Em relação ao campo de aplicação, a expressão acesso à justiça dá ensejo a três enfoques básicos. Em sentido restrito, o acesso à justiça refere-se à tutela jurisdicional, como resposta do Estado-juiz em relação ao litígio. O segundo enfoque, um pouco mais amplo, descreve o acesso à justiça como os meios jurídicos, judiciais ou não, colocados à disposição para a tutela de direitos ou interesses violados. Por fim, em acepção ampla, o acesso à justiça significa acesso ao Direito, a uma ordem jurídica justa, conhecida, implementável, “estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente, a

²⁴³ BARROSO, Luiz Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do supremo tribunal federal. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI206523,71043-STF+se+aproxima+da+terceira+decada+de+existencia+sob+severa+crise+de>>.

²⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.

²⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 20.

²⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas; é nessa última acepção dilatada que acesso à justiça significa acesso ao poder²⁴⁷.”

Considerando o plano dos sujeitos envolvidos, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamim esclarece que o acesso à justiça pode ser analisado sob diferentes prismas. Inicialmente, distingue-se entre acesso individual e acesso supraindividual ou coletivo. O acesso individual pode ocorrer diretamente, pela atuação do próprio titular do direito ameaçado ou lesado ou indiretamente, através de organismos oficiais, associações ou outros entes assemelhados. Em relação ao acesso indireto, verifica-se o acesso público e o acesso privado, “conforme o perfil estatal ou não do autor, vias essas que não são, necessariamente, excludentes²⁴⁸”.

O precitado Autor afirma, ainda, que o acesso à justiça pode ser distinguido entre uma tutela privada e uma tutela pública. A primeira se dá quando a própria vítima busca proteger seus interesses, de forma direta, mediante a legitimidade ordinária, ou indireta, mediante ações coletivas. Por sua vez, na tutela pública, “o lesado tem, de certa maneira, um papel passivo, na medida em que um órgão público, do tipo do Ministério Público, *Ombudsman* ou agência, traz a si a tarefa de, administrativa (sanções administrativas, p. ex.) e/ou judicialmente (ação civil pública ou assemelhada), proteger o interesse atacado²⁴⁹”.

Por fim, quanto ao polo de quem soluciona os conflitos, o acesso à justiça poder ser judicial ou extrajudicial, que se divide em auto-regulamentar ou administrativo. “Os mecanismos

²⁴⁷ No que tange ao seu campo de aplicação, a expressão acesso à justiça dá ensejo a três enfoques básicos. Em sentido restrito, refere-se apenas à acesso à *tutela jurisdicional*, ou seja, à composição de litígios pela via judicial. Insere-se e opera, por princípio, no universo do processo. Já em sentido mais amplo, embora ainda insuficiente, quer significar acesso à *tutela de direitos ou interesses violados*, através de mecanismos jurídicos variados, judiciais ou não. Num e noutro caso, os instrumentos de acesso à justiça podem ter natureza *preventiva*, *regressiva* ou *reparatória*. Finalmente, numa acepção integral, é acesso ao Direito, vale dizer, a uma ordem jurídica *justa* (= inimiga dos desequilíbrios e destituída de presunção de igualdade), *conhecida* (= social e individualmente reconhecida) e *implementável* (= efetiva), contemplando e combinando, a um só tempo, um rol apropriado de direitos, acesso aos tribunais, acesso a mecanismos alternativos (principalmente os preventivos), estando os sujeitos titulares plenamente conscientes de seus direitos e habilitados, material e psicologicamente a exercê-los, mediante a superação das barreiras objetivas e subjetivas adiante analisadas; é nessa última acepção dilatada que *acesso à justiça significa acesso ao poder*. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁴⁸ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁴⁹ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

auto-regulamentares ora são criados e coordenados pelos próprios obrigados (fornecedores ou degradadores), ora são dirigidos por entidades ambientais ou de consumidores, podendo, ainda, ser independentes das duas categorias de sujeitos²⁵⁰”. Por sua vez, vislumbram-se mecanismos extrajudiciais administrativos executivos ou legislativos.

3.9. Releitura e atualização do conceito de Acesso à Justiça: inexistência de restrição ao direito fundamental.

Nos itens acima, procurou-se descrever o conceito de acesso à justiça no paradigma liberal, social e procedimentalista. Contextualizou-se, ainda, o acesso à justiça com institutos que figuram nos debates jurídicos da atualidade como os meios necessários à superação de óbices ao acesso à ordem jurídica justa. Nesse sentido, abordou-se os meios alternativos de solução de conflitos, os precedentes judiciais, o processo eletrônico, as relações massificadas e ações coletivas, todos sob o enfoque do direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

A exposição anterior, incluindo o primeiro capítulo, já é suficiente para demonstrar que, a par de figurar entre os direitos e garantias fundamentais, o acesso à justiça, para que “mantenha sua atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país, impede que ela passe por uma releitura, em ordem a não degradar numa garantia meramente retórica, tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal²⁵¹”.

É neste sentido que se rejeita a afirmação de que qualquer limitação à propositura de ações individuais diante de direitos individuais homogêneos massificados, ou seja, diante de litígios em série, atenta contra a garantia constitucional da garantia da inafastabilidade da função jurisdicional assegurada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Inicialmente, faz-se necessário afirmar que a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos coletivos e sua tutela correspondente, de modo que “a garantia da inafastabilidade da

²⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

²⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

função jurisdicional adquiriu novos contornos, devendo ser encarada não mais sob a exclusiva ótica do acesso à justiça através das ações individuais²⁵²”.

Portanto, não há que se falar em prevalência dos direitos individuais sobre os direitos coletivos, ou preferência da tutela individual em relação à tutela coletiva. Assim, em análise abstrata, diante de uma violação a determinados direitos deve-se analisar qual a categoria em que se enquadram tais direitos e qual a forma mais adequada de tutelá-los – e não simplesmente reproduzir, como mantra, que a tutela individual sempre estará assegurada.

Ao contrário, em alguns casos, é certo que a garantia do acesso à justiça somente se efetivará por intermédio da tutela coletiva, tendo em vista a categoria dos direitos violados²⁵³. É o caso dos direitos transindividuais, cuja tutela individual se afigura extremamente inadequada; e dos direitos que, embora individuais, devem ser submetidos à tutela coletiva, em especial àquelas pretensões que dificilmente seriam levadas ao Judiciário, em razão da disparidade entre as partes, em termo de informação, organização e capacidade financeira, conforme exposto acima ao relacionar o acesso à justiça com as ações coletivas.

Assim, a apreensão contemporânea do conceito de acesso à justiça perpassa pela análise de três fatores: oferta de jurisdição compatível com a demanda da população; qualidade e oportunidade temporal da jurisdição que se desenvolve; e efetivação, no campo prático, dos provimentos judiciais²⁵⁴. Sobre os três fatores, tem-se que associar o acesso à justiça a uma “incondicional e prodigalizada oferta de prestação judiciária²⁵⁵” é torná-la uma garantia

²⁵² Com efeito, se até então a incidência do princípio constitucional era analisada sob a perspectiva da não-restrição ou obstaculização de qualquer forma de demanda lançada a título individual, uma vez que a própria dicção constitucional voltava-se à proteção de direitos individuais, assegurada, agora, a não-exclusão da apreciação da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a quaisquer direitos, sejam de natureza individual ou meta-individual, conseqüentemente a cláusula constitucional da inafastabilidade passou a permear não só as demandas individuais, como também as lançadas a título coletivo. VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 428.

²⁵³ Não há dúvida, aliás, de que a garantia de acesso à justiça, em muitos casos, somente pode ser implementada pela via das ações coletivas, seja porque a natureza do direito tutelado é ontologicamente transindividual (direitos difusos e coletivos) – não comportando, assim, uma tutela direta a título individual, por flagrante ilegitimidade ativa –, seja porque, apesar da natureza individual do direito, obstáculos de ordem sócio-cultural, econômica e técnica sempre impediram o efetivo comparecimento em juízo de seus titulares. VENTURI, Elton. Processo civil coletivo. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 429.

²⁵⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁵⁵ É preciso compreender, portanto, que a norma extraída do Art. 5, XXXV, da CF, não encerra um conteúdo genérico, incondicional e prodigalizado da oferta de prestação judiciária, promessa que nenhum Estado de Direito consegue cumprir. Em sumo, na devida releitura, atualizada e contextualizada, do acesso à justiça, ele deve ser visto como uma oferta residual, uma garantia subsidiária, disponibilizada para as controvérsias não-compostas ou mesmo impossíveis pelos outros meios, auto e heterocompositivos. MANCUSO, Rodolfo de

meramente retórica, pois “nenhum Estado de Direito consegue cumprir²⁵⁶”, em especial diante do contexto atual da sociedade e das relações jurídicas, consoante abordado acima e no próximo capítulo.

Infelizmente, como destaca Rodolfo de Camargo Mancuso, o que se verifica é exatamente o contrário. “Os milhões de processos em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do acesso à justiça²⁵⁷”. Esclarece o referido Autor que esta concepção acaba provocando três graves efeitos: “fomenta a litigiosidade ao interno da sociedade; desestimula a busca pelos meios alternativos, de cunho conciliatório, e, por fim, é fator de sobrecarga ao Judiciário, atulhando-o de processos que antes poderiam e deveriam ser resolvidos em outras instâncias²⁵⁸”.

Em verdade, a garantia do acesso à justiça ou o direito a ter um dia no Tribunal (*day in Court*) ou de reportar um histórico de lesão sofrida ou temida a um juiz competente e imparcial (*right to be heard*), citado pelos americanos, consiste no direito de ter seus interesses representados²⁵⁹ perante o Poder Judiciário, o que pode e deve ocorrer, se adequada for, por intermédio da jurisdição coletiva e da representação devida.

Sérgio Cruz Arenhart afirma que o tratamento individual de demandas massificadas encontra amparo em diversas garantias constitucionais. Inicialmente, esclarece que a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos também tem o assento constitucional, de modo que viola a garantia do acesso à justiça o tratamento prioritário à tutela simplesmente individual, que para os litígios massificados se mostra inadequada.

Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 65

²⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

²⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 55.

²⁵⁸ ²⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 58/59.

²⁵⁹ Esclarecedoras são as palavras de Owen Fiss, que tem se dedicado ao estudo da Jurisdição na atualidade: “não uma representação de indivíduos, mas uma representação de interesses. Não é que toda a pessoa tem o direito de ser representada num processo judicial estrutural, mas apenas que todo o interesse envolvido deve ser representado. Se o interesse de um indivíduo foi representado adequadamente, então ele não terá futuras postulações contra a sentença. O direito de representação é um direito mais coletivo do que individual, porque pertence a um grupo de pessoas situadas em uma mesma classe, em virtude de seus interesses compartilhados”. FISS, OWEN. Um Novo Processo Civil - Estudos Norte-americanos Sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 204-2019 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

Ademais, a tutela coletiva resguarda a duração razoável do processo, assegurada no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, na medida em que “se a questão já foi analisada, se o litígio já foi enfrentado pelo Judiciário, não se justifica a ressurreição da mesma discussão em outro feito. Essa rediscussão implicará irracional demora na prestação jurisdicional, em evidente lesão à garantia constitucional apontada²⁶⁰”.

Por fim, esclarece que o tratamento pulverizado das demandas massificadas ofende a garantia da isonomia, prevista no artigo 5º, I, da Constituição Federal, pois “se esses interesses são comuns e possuem traços que denotam a sua identidade, não há razão para que lhes dê um tratamento distinto. Por isso, o trato uniforme, feito por um único processo, em um único juízo, desses interesses, atende a determinação constitucional²⁶¹”.

Assim, não há que se falar em primazia da tutela individual ou mesma da tutela coletiva. O que é indispensável é a adoção da tutela adequada aos direitos tutelados, sendo certo que, a eleição do tipo de tutela deverá ocorrer com base em um juízo de ponderação e proporcionalidade entre os anseios das partes lesadas e a forma mais efetiva para o Estado entregar a tutela jurisdicional, de modo que, se após a referida análise, se entender pela maior eficiência da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, há de se adotar tal forma de tutela, sem que tal fato enseje a violação ou restrição à garantia do acesso à justiça. As conclusões de Sergio Cruz Arenhart sobre o tema são esclarecedoras:

Como se vê, a tutela coletiva de direitos individuais tem a mesma hierarquia constitucional da tutela individual dos direitos. Não há, portanto, *a priori*, razão para supor que o texto constitucional dê preferência à proteção individual dos direitos sobre a tutela coletiva.

Se não há essa diferença de grau, então a opção pela proteção individual ou coletiva deve sujeitar-se a uma ponderação com os interesses da administração da justiça, de prestar o serviço “justiça” com eficiência. Vale dizer que a opção pela tutela coletiva ou individual desses ditos direitos de massa não pode ser deixada ao livre critério do titular do direito, à luz de sua autonomia privada. Essa eleição deve também passar por um juízo da própria administração da justiça, que, por ter a obrigação de prestar *a todos* o serviço jurisdicional, não pode, na prestação desse serviço, ficar a reboque da vontade individual, de aceitar esta ou aquela via de proteção. Se é certo que o direito pertence ao indivíduo, e, por isso, cabe a ele a decisão sobre se

²⁶⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 43.

²⁶¹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

deve ou não haver proteção a eventual lesão ou ameaça que seu direito perceba, o mesmo não se pode dizer em relação à via de proteção oferecida pelo Estado. Esta via há de submeter-se aos critérios de distribuição isonômica dos recursos públicos e dos esforços jurisdicionais, de modo que todos possam ser atingidos com a mesma eficiência, em seus vários reclamos.

A proteção dos interesses individuais, portanto, deve estar sujeita à ponderação, feita pelo Estado, sobre a adequação da manutenção de várias demandas seriais – com o conseqüente acúmulo da estrutura jurisdicional e os efeitos nocivos decorrentes – ou a apresentação de uma ação coletiva, em que todos esses direitos (e suas lesões ou ameaças) sejam levados a uma só análise²⁶².

Verifica-se, portanto, que a releitura e atualização do acesso à justiça passa pela interpretação adequada desta importantíssima garantia constitucional, que deve ser examinada sob as óticas individual e coletiva e da forma mais adequada de se obter do Estado a resposta ao conflito de interesses, mediante a entrega da tutela jurisdicional.

É nesse sentido que se incentiva, quando adequada ao conflito, a ação coletiva por interesses individuais homogêneos, que consegue, a um só tempo, alcançar relevante objetivo de evitar a pulverização do conflito coletivo em múltiplas ações individuais sobre uma mesma *causa petendi*, e, ainda, proporcionar um tratamento judicial isonômico aos jurisdicionados concernentes a um mesmo *thema decidendum*, por meio da prolação de uma sentença de condenação genérica (Lei 8.078/1990, art. 95)²⁶³.

Por fim, é preciso esclarecer que não se defende no presente trabalho uma simples restrição ao direito fundamental ao acesso à justiça. Embora não se negue tal possibilidade²⁶⁴, em especial pelo fato de a tutela coletiva também ter assento constitucional, o que se busca é extrair a interpretação mais adequada da referida garantia constitucional.

²⁶² ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44.

²⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

²⁶⁴ ALEXY Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, pp. 276/341.

4. MACROLIDES E O REGIME JURÍDICO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

4.1. Novos direitos e massificação das relações jurídicas

Conforme exposto acima (cf. item 2.1), diante do problema que compõe o objeto de estudo deste trabalho, impõe-se a análise da realidade social atual²⁶⁵, para que se compreenda o conceito presente de acesso à justiça, em especial para verificação dos fatos que se tornaram relevantes para o mundo jurídico e, portanto, passaram a sofrer a incidência de regras jurídicas.

Nesse contexto, demonstrou-se o surgimento de novos direitos que se peculiarizam “pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos²⁶⁶”, a exemplo do direito à qualidade do meio ambiente e à conservação do patrimônio de histórico e cultural.

Ademais, faz-se necessário o estudo da sociedade de massas e seu impacto nas relações jurídicas, pois, conforme afirmou Adroaldo Furtado Fabrício, “os mais importantes e desafiadores problemas que se propõem ao jurista de nossos dias decorrem da massificação²⁶⁷”.

Vários eventos históricos contribuíram para formação de uma sociedade de massas, dentre eles as Guerras Mundiais, a Revolução Russa, a depressão econômica de 1929, a bipolarização do mundo em dois blocos político-econômicos e a ascensão dos Estados Unidos da América como potência hegemônica mundial, o que aconteceu após a queda do muro de Berlim²⁶⁸⁻²⁶⁹.

²⁶⁵ Segundo Habermas, “hoje em dia, a doutrina e a prática do direito tomaram consciência de que existe uma teoria social que serve de pano de fundo. E o exercício da justiça não pode mais permanecer alheio ao seu modelo social. E, uma vez que a compreensão paradigmática do direito não pode mais ignorar o saber orientador que funciona de modo latente, tem que desafiá-lo para uma justificação autocrítica”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 129.

²⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 138.

²⁶⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz, *Revista de Direito do Consumidor*, RT/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, vol. 7, julho-setembro de 1993, p. 30.

²⁶⁸ Antônio Adonias Aguiar Bastos cita outros fatos históricos que contribuíram para o estabelecimento da sociedade de massas e para conformação de demandas repetitivas: “O século XX foi palco de diversos eventos

Em que pese a importância dos precitados fatos históricos, acredita-se que a massificação das relações foi potencializada pela Revolução Industrial, que alterou sobremaneira a sociedade e suas relações econômicas, sociais e culturais. Verificou-se a padronização da produção, da distribuição, dos contratos²⁷⁰ e do consumo em geral²⁷¹. A sociedade passou a ser compreendida como “uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa²⁷²”.

históricos relevantes para o estabelecimento de uma sociedade de massas, entre os quais se destacam a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa, os levantes operários na Europa, a formação de grandes partidos políticos, a consolidação de regimes totalitários, a depressão econômica de 1929, a Segunda Grande Guerra e a bipolarização do mundo em dois grandes blocos político-econômicos, o capitalista e o socialista. Em 1989, o mundo assistiu à queda do muro de Berlim, com a afirmação, na década de 1990, dos Estados Unidos da América como potência hegemônica mundial. O período foi marcado por revoluções políticas e culturais, perpassando pelos ideais liberais, sociais e neoliberais, e também por conquistas científicas e tecnológicas que alteraram o perfil das sociedades. As dimensões globais, a instantaneidade das informações e da comunicação e o estabelecimento de economias de mercado consistem em características dominantes que se alastraram por todos os continentes, estreitando-os e homogeneizando-os. A consolidação de um capital internacional também provocou o surgimento de novas formas de dominação, impondo aos povos o desafio de desenvolver-se, aderindo aos padrões globais, sem, no entanto, perder as diferenças regionais e as peculiaridades locais. Foi neste contexto que a sociedade de massa se conformou, trazendo consigo suas tensões internas”. BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. Tese (doutorado), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15817>. Acesso em: 19 de jan. de 2015.

²⁶⁹ No mesmo sentido, Edis Milaré afirma que a “sociedade humana foi palco, em poucas décadas e em todos os seus setores - social, econômico, político -, de profundas e muitas vezes alarmantes transformações, das quais emergiu a sociedade contemporânea. Essas transformações não significaram apenas desenvolvimento e progresso, mas trouxeram consigo a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros e todos os problemas e convulsões inerentes a esses fenômenos sociais. Numa sociedade como essa - uma sociedade de massa - há que existir igualmente um processo civil de massa”. MILARÉ, Edis. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 3.

²⁷⁰ Confira-se artigo de Roxana Borges sobre a reconstrução do Conceito de Contrato, com abordagem da evolução de um conceito clássico pautado nos *slogans* da revolução francesa, para um conceito atual, pautado na função social, na boa-fé objetiva. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

²⁷¹ BENJAMIN, Antônio Hermam V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores? Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 57. Segundo o referido Autor: “Os fenômenos do nascimento do *welfare state* e do crescimento dos ramos legislativo e administrativo foram por si mesmos, obviamente, o resultado de um acontecimento histórico de importância ainda mais fundamental: a revolução industrial, com todas as suas amplas e profundas consequências econômicas, sociais e culturais. Essa grandiosa revolução assumiu uma característica que se pode sintetizar numa palavra certamente pouco elegante, mas assaz expressiva: “massificação”. Todas as sociedades avançadas do nosso mundo contemporâneo são, de fato, caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa. Trata-se de característica que, por outro lado, amplamente ultrapassa o simples setor econômico, para se referir também às relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais”.

A sociedade contemporânea é marcada, portanto, pelo surgimento de novos direitos²⁷³, pela massificação e homogeneização das relações jurídicas²⁷⁴. Além de uma mudança qualitativa, as “relações materiais passaram por um significativo aumento quantitativo²⁷⁵⁻²⁷⁶⁻²⁷⁷”, marcando a sociedade atual pelo “fenômeno da repetição²⁷⁸”.

²⁷³ Ao analisar o referido fenômeno, Ruy Zoch Rodrigues identificou dois aspectos da massificação das relações, sendo o primeiro relacionado aos direitos coletivos e difusos, pertencentes a grupos ou mesmo à população como um todo, e o segundo direcionado aos direitos individuais homogêneos materializados diante da cadeia de produção e consumo em massa de bens e serviços. RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

²⁷⁴ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni “A evolução da sociedade determinou o aparecimento da consciência de que determinados bens, ainda que pertencentes a toda sociedade ou a um grupo, são fundamentais para a adequada organização social. Surgiu, assim, a percepção de que o direito ao meio ambiente, por exemplo, deve contar com instrumentos processuais aptos à sua tutela em juízo, pouco importando o fato de não poder ser individualizado. Direitos desse porte, então, passaram a ser categorizados como transindividuais, de natureza indivisível. Além disso, o surgimento de conflitos envolvendo, de um mesmo lado, vários titulares de direitos individuais com origem comum – típicos da sociedade de massa – obrigou à consideração jurídica dessa realidade e, assim, à definição de “direitos individuais homogêneos”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

²⁷⁵ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *O devido processo legal nas demandas repetitivas*. Tese (doutorado), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15817>. Acesso em: 19 de jan. de 2015.

²⁷⁶ Ricardo Quass Duarte indica outros fatores que contribuíram com a alteração quantitativa das relações jurídicas e do aumento de processo judiciais: “a campanha de acesso à Justiça não foi a única responsável pela grande afluência de demandas ao Poder Judiciário, verificada recentemente. Além do natural crescimento populacional, que, por si só, seria suficiente para justificar o aumento da procura pela tutela jurisdicional, podem ser citadas como causas da ampliação da procura pelos serviços judiciais a conscientização de direitos pelos cidadãos, o aumento das transações civis e comerciais em quantidade e complexidade, o processo tecnológico, a proteção a novas espécies de direitos, os planos financeiros conjunturais, o aumento da produção legislativa, a redemocratização do país, a popularização da internet, o incremento do comércio eletrônico entre outras. Bug do milênio, violação a direito de imagem por e-mail, dano ambiental, desrespeito a direitos do consumidor, clonagem de cartão de crédito e fraudes em transações *on line* constituem exemplos de novos temas que vieram aportar no Poder Judiciário, e ao que tudo indica, esse rol será ampliado cada vez mais”. DUARTE, Ricardo Quass. *O tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, Ltr, 2009, p. 70/71.

²⁷⁷ É preciso ressaltar, contudo, que o último relatório do CNJ, denominado de Justiça em números, apontou uma redução da litigiosidade em 1,2%, em que pese o aumento do número de processos pendentes de julgamento: “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)”. Dados colhidos em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf, Acesso em: 27 de jan. de 2015.

²⁷⁸ “Tal fenômeno se faz presente em praticamente todos os setores da vida contemporânea, produzindo uma verdadeira massificação das relações econômicas e sociais, com naturais reflexos nos litígios surgidos no seu contexto. Na medida em que uma similar relação de consumo se repete inúmeras vezes, eventual abusividade no reajuste da mensalidade de um plano de saúde comercializado em larga escala se reproduzirá com a mesma intensidade, a dano de todos os consumidores que o adquiriram. Da mesma forma, tendo em vista que o Estado se vincula a um número enorme de pessoas quando institui um tributo, possível inconstitucionalidade desse tributo traz impactos para significativa parcela da coletividade. Não é preciso muito esforço para imaginar o que acontece quando resolvem bater às portas do Poder Judiciário todos os consumidores eventualmente lesados por um reajuste considerado abusivo na mensalidade do seu plano de saúde e todos os contribuintes possivelmente prejudicados por um tributo tido como inconstitucional. Uma avalanche de processos fundados em idêntica controvérsia atinge os já congestionados tribunais nacionais e insere as cortes nacionais no contexto do fenômeno da repetição”. BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4774-a-nova-tecnica-de-julgamento-dos-recursos-extraordinario-e-especial-repetitivos>, Acesso em: 19 de jan. de 2015.

4.2. Macrolides e tutela jurisdicional adequada.

A lesão ou ameaça de lesão das relações jurídicas massificadas, homogeneizadas, repetitivas, acaba por desaguar no Judiciário. “Alguns desses conflitos são levados ao Judiciário em sua configuração molecular, por meio de ações coletivas, mas a grande maioria é judicializada individualmente, com geração, em relação a certos tipos de conflitos, do fenômeno de processos repetitivos, que vem provocando a sobrecarga de serviços no Judiciário²⁷⁹”.

O tratamento das demandas repetitivas seguindo os moldes das demandas individuais gera inúmeros problemas, dos quais podemos citar pelo menos três: I) abarrotamento dos juízos de demandas idênticas ou similares, com possível contraste de decisões (superficialmente produzidas) e eventual tratamento diferenciado das partes em presença da mesma demanda; II) diversidade de defesa técnica entre os litigantes habituais e eventuais; e III) em decorrência da ausência de mecanismos legítimos e que proporcionem coerência e estabilidade decisória uma completa anarquia interpretativa²⁸⁰.

As demandas repetitivas consistem em “demandas-tipo, decorrentes de uma relação-modelo, que ensejam soluções-padrão²⁸¹”. Diante do fenômeno que nos últimos anos ensejou um aumento significativo de processos ajuizados, decorrentes de um mesmo fato jurídico, surgem as Macrolides, que contribuem em grande parte para o estrangulamento da atividade jurisdicional²⁸² e, portanto, exigem uma solução única.

²⁷⁹ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045. Acesso em: 14.01. 2015.

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284

²⁸¹ BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. O devido processo legal nas demandas repetitivas. Tese (doutorado), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15817>. Acesso em: 19 de jan. de 2015.

²⁸² Barbosa Moreira cita alguns equívocos apontados pela doutrina como fatores para o problema da duração dos processos. O primeiro equívoco identificado pelo Autor é a crença de que o problema da excessiva duração dos processos é peculiar de nosso tempo. Segundo o Autor, o problema é multissecular, o que pode ser comprovado pelo procedimento simplificado, sem muitas formalidades, criado pelo Papa Clemente V, no início do século XIV, em razão das reiteradas queixas sobre a lentidão do processo canônico. Assim conclui o Autor: “o que se pode e deve reconhecer é que o problema assume hoje em dia mais vultosas proporções, ou é percebido como mais grave. Para tanto concorre, entre outros fatores, a expansão constante da demanda de prestação jurisdicional – fenômeno para cuja manifestação a rigor bastaria o crescimento da população em todo o mundo, mas que se vê magnificado pela proliferação de conflitos de interesses, corolário inevitável da complexidade cada vez maior das atividades econômicas e das relações sociais, e pela incessante expansão da área em que a justiça é chamada a atuar: temas como o da proteção do consumidor e o da defesa do meio ambiente não costumavam ser levados senão excepcionalmente à apreciação judicial, ao passo que agora respondem por parcela bastante ponderável do trabalho que os juízes têm de enfrentar no seu dia-a-dia. O Judiciário vê-se convocado a tentar solucionar uma série de problemas que tradicionalmente se deixavam aos cuidados da Administração Pública; e o fenômeno amplia-se a cada hora. Tudo indica ter razão quem prevê que a carga de trabalho dos juízes não parará de

As macrolides se apresentam como um grande desafio para a ciência do processo. É que se espera de todo e qualquer processo que ele não consuma mais tempo, energia e dinheiro do que o estritamente necessário para a sua solução, seja efetivo e traga segurança e orientação para as relações econômicas e sociais. E a multiplicação de litígios judiciais, ainda que idênticos, aumenta o volume de serviço do Poder Judiciário sem que haja incremento na sua capacidade de absorção de trabalho. Ademais, a proliferação de processos similares, até por uma questão estatística, incrementa as chances de soluções diferentes para uma mesma situação da vida. Nessas condições, convive-se com uma série de fatores negativos para a otimização, efetividade e previsibilidade do processo e é preciso neutralizá-los²⁸³.

Com efeito, o surgimento desses “novos direitos” exigiu do legislador a renovação do processo, na medida em que o sistema processual até então existente, pautado nos direitos individuais, no princípio dispositivo e na igualdade formal entre os litigantes – o que pode ser exemplificado pelas normas do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 –, não mais era capaz de atender às demandas decorrentes de uma nova litigiosidade social²⁸⁴, surgida à base da violação de novos bens jurídicos tuteláveis, e bem distinta daquela subsumida em conflitos entre partes determinadas e facilmente identificáveis, cujo objeto eram direitos subjetivos individuais.

Como é cediço, a sociedade contemporânea conviveu, ou melhor, convive com a progressiva massificação das relações sociais e econômicas, e este cenário repercutiu diretamente sobre o Direito Processual na medida em que a consequência da massificação das relações é a massificação dos conflitos. O apogeu do Estado Social ou Providência, o reconhecimento dos direitos sociais, a integração de grupos antes marginalizados à esfera da cidadania, o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, bem como o

crescer. Junta-se a isso a enorme dificuldade, para não dizer impossibilidade, de aumentar em termos correspondentes a oferta do serviço, mediante a indefinida multiplicação, inviável por motivos óbvios, de órgãos judiciais. Por outro lado, as sociedades contemporâneas tendem a conformar-se menos que as antigas com dilações julgadas incompatíveis com o dinamismo e a velocidade típicos de uma era tão fortemente marcada pelo progresso tecnológico. A pressa em obter resultado e a intolerância com qualquer demora são traços psicológicos bem visíveis no homem de nossos dias. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: 9ª série*, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 369.

²⁸³ BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. A nova técnica de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/home/artigos/175-artigos-set-2013/4774-a-nova-tecnica-de-julgamento-dos-recursos-extraordinario-e-especial-repetitivos>, Acesso em: 19 de jan. de 2015.

²⁸⁴ “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988.

generalizado e intenso controle do poder judiciário sobre grande parte dos atos do poder público, a constante ampliação das portas do acesso à justiça através de mecanismos como a assistência judiciária, as defensorias públicas, os juizados especiais, por fim, as novas formas e técnicas de tutela jurisdicional adequadas (“adaptáveis”) aos casos concretos (tutelas jurisdicionais diferenciadas) e os novos modelos de organização econômica e do poder decorrentes da globalização (que puseram e põem constantemente em choque as estruturas sócio-econômicas tradicionais), dentre outras transformações, modificaram radicalmente tanto o volume quanto a estrutura dos litígios²⁸⁵.

A tutela individual e o procedimento ordinário²⁸⁶ não são suficientes à pacificação das relações conflituosas em massa, que assolam os tribunais de todo o país, através de milhares de ações repetitivas, desafiando, pois, uma tutela jurisdicional diferenciada, seja coletiva, seja individual, mediante a adoção de técnica processual adequada à tutela de tais direitos.

Assim, essa nova realidade social levou o operador do direito a repensar o sistema de tutela dos direitos, para que, ao lado da tutela individual de direitos individuais (viés privatista do sistema processual²⁸⁷), fosse concebido um sistema de tutela coletiva dos direitos titularizados por uma coletividade, e, ainda, para aqueles que, embora materialmente individuais, por características peculiares, se justificasse uma tutela diferenciada.

“ciência processual precisa lidar com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo da dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo alegações de lesões e ameaças a direitos isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, nos quais se utilizam, *vg.*, procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.) mediante as *Class Actions*, *Defendant Class Actions*, *Verbandsklage* etc.; c) em massa ou de alta intensidade: embasadas prioritariamente em direitos individuais homogêneos que dão margem à propositura de ações individuais repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa²⁸⁸”.

²⁸⁵ CERQUEIRA, Társis Silva. Acesso à Justiça. Novíssima reflexão, Páginas de direito, <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2015.

²⁸⁶ “A neutralidade do procedimento ordinário e a completa insensibilidade para a necessidade de instrumentos de tutela adequados às novas necessidades de uma sociedade em constante evolução também são responsáveis pela chamada crise da justiça civil”. MARINONI, Luiz Guilherme. Da tutela Cautelar à Tutela Antecipatória. Disponível em: <http://marinoni.adv.br/artigos.php#>, Acesso em: 19 de jan. de 2015.

²⁸⁷ Expressão extraída em ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

²⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284.

É preciso esclarecer que a edição de uma tutela coletiva de direitos não afastou a tutela individual dos direitos individuais, ainda que massificados. Para tanto, o legislador procurou dotar o sistema processual individual de institutos que permitam, ao lado da tutela coletiva, fornecer uma resposta do Estado ao pedido de tutela jurisdicional. Vislumbram-se, aqui, inovações como o julgamento imediato de improcedência e o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, previstos nos artigos 285-A, 543-B e 543-C, todos do CPC, respectivamente.

4.3. Demandas repetitivas e tutela coletiva dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No presente item será abordada a tutela coletiva dos direitos, em especial dos direitos individuais homogêneos. Para tanto, serão indicadas as características peculiares de cada uma das espécies de direitos transindividuais, bem como os aspectos processuais da tutela dos direitos individuais homogêneos, na medida em que a tutela dos direitos difusos e coletivos não apresenta elementos tão distintos que justifique uma abordagem própria no presente trabalho. A conclusão do item em destaque terá como objeto a indicação de algumas sugestões para o incremento à tutela coletiva de direitos.

4.3.1. Interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em relação à tutela coletiva, verifica-se, na doutrina e na legislação pátria, a utilização, ora do termo *interesses*²⁸⁹⁻²⁹⁰, ora da expressão *direitos*²⁹¹, ou mesmo, da denominação conjunta,

²⁸⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: o meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁹⁰ MANCUSO afirma que “é possível que a opção pelo termo *interesse*, no art. 129, III, da Constituição Federal e no art. 1º, IV, da Lei 7.347/85, possa se ter fundado na consideração de que no universo processual coletivo cuida-se de valores *dessubstantivados*, é dizer, indivisíveis e afetados a sujeitos indeterminados, ambiente um tanto estranho ao plano dos *direitos*, propriamente ditos, porque estes evocam algo que é atribuído, com exclusividade, a um definido titular, que usufrui dessa situação de vantagem e pode opô-la a terceiros”. Assim conclui: “sem embargo, constata-se que tem prevalecido o uso da expressão *interesses*, nos textos que tratam de temas concernentes a contingentes mais ou menos vastos de indivíduos, porque a expressão *direito* evoca uma posição adrede positivada, atributiva de certa situação de vantagem a um titular definido, ao passo que os *interesses* tuteláveis na jurisdição coletiva podem porventura não estar previstos expressamente no ordenamento, bastando que se mostrem *compatíveis* com ele, sejam socialmente relevantes e venham manejados por adequado representante, por aí se explicando a cláusula que abre para ‘outros interesses coletivos e difusos’, constante da parte final do art. 129, III, da CF e do inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 92.

²⁹¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, v. 4, pp. 92-93.

direitos e interesses²⁹², o que acarreta dúvidas em relação ao objeto do processo coletivo e a eventualidade de diferenciação, no Brasil, do regime jurídico dos interesses jurídicos e dos direitos.

Sucedem que, diferentemente de outros sistemas jurídicos, a exemplo do Direito Italiano²⁹³, não se justifica distinguir as expressões interesses e direitos, na medida em que “não tem qualquer aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direito subjetivos²⁹⁴”. A concepção, embora verdadeira, de que os interesses são elementos anteriores aos direitos não se afigura importante, ou crucial²⁹⁵, no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que tanto os interesses quanto os direitos encontram-se juridicamente protegidos²⁹⁶.

²⁹² Eis alguns exemplos: artigo 129, III, da CF/88 (Constituição da República Federativa do Brasil); artigo 81, da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); art. 1º, IV, da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) etc.

²⁹³ “A singularidade do sistema italiano repousa no critério de distinção entre a tutela dos direitos subjetivos e a tutela dos interesses legítimos, a primeira atribuída aos órgãos da jurisdição civil e a segunda à jurisdição dos órgãos da justiça administrativa (ou jurisdição administrativa em sentido subjetivo). Ante essas coordenadas, a doutrina procura distinguir direitos subjetivos e interesses legítimos. No direito subjetivo, o interesse vincula-se diretamente ao indivíduo, e sua proteção decorre da exclusiva necessidade de ser assegurado esse direito. Já no chamado interesse legítimo, o interesse não se liga, consoante corrente majoritária, imediatamente ao indivíduo, só o afetando enquanto parte integrante da coletividade. Em tais hipóteses, a proteção visa ao interesse geral, beneficiando o indivíduo tão-somente “na sua qualidade de membro do Estado”. (...) Já se pode notar, a modo de conclusão provisória, que a jurisdição brasileira mostra-se muito mais aberta ao exame de qualquer tipo de pretensão, acolhendo não só os direitos subjetivos como os chamados “interesses legítimos”, a todos concedendo proteção de igual natureza e intensidade. Mesmo no campo das situações jurídicas difusas e coletivas, conta o direito brasileiro com instrumentos precisos de proteção, haja vista, v.g., a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985 – atualmente tutelando com ampla abrangência qualquer “interesse difuso ou coletivo” –, e o próprio Código de Defesa do Consumidor, com o arrolamento de entes legitimados a reclamá-las perante o Judiciário, tudo a evidenciar plenamente a existência de satisfatória tutela jurídica”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. Op. Cit., p. 89.

²⁹⁵ Aduz DINAMARCO: “Tudo isso significa que, no Brasil, o uso do vocábulo *direito* ou do vocábulo *interesse*, nos diversos textos constitucionais, deve ser considerado indiferente pelo intérprete. Tanto um como o outro não de ser interpretados em sentido amplo e que reflita a idéia de todos os interesses em tese acolhidos pelo direito objetivo material, a saber: a) *direitos subjetivos*, em caso de outorga pela ordem jurídica a sujeitos em particular; b) *interesses legítimos*, se a proteção do indivíduo vier por via oblíqua”. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II. p. 862.

²⁹⁶ Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo status de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os “interesses” relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 718/719.

No mesmo sentido, posiciona-se Elton Venturi²⁹⁷ para quem o legislador “optou por uma solução conciliatória que acabou prestigiando a ambas, tornando-as equivalentes para fins de tutela jurisdicional”, sobretudo porque, segundo conclusão do autor, “sob a ótica do sistema constitucional de prestação jurisdicional, são tuteláveis pelo Poder Judiciário brasileiro, indistintamente, tanto os interesses como os direitos subjetivos”.

Portanto, não obstante as divergências doutrinárias, no presente estudo as expressões “interesses” e “direitos” são utilizadas como sinônimas, conferindo-lhes sentido amplo, para incluir as diversas “posições jurídicas judicializáveis²⁹⁸”, às quais o Estado, mediante o ordenamento jurídico, confere coercibilidade como forma de atuação.

O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer no parágrafo único do artigo 81²⁹⁹, que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida de forma coletiva, entendeu por definir legalmente³⁰⁰ o conceito de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, de forma a afastar divergências doutrinárias sobre o tema, bem como potencializar a tutela coletiva dos interesses e direitos de grupo³⁰¹.

²⁹⁷ VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47/48.

²⁹⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Op. cit.*, p. 92.

²⁹⁹ “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”.

³⁰⁰ Antonio Gidi, em sua obra *Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas*, acreditou ser necessária a classificação legal lançada pelo Código de Defesa do Consumidor: “O risco já de si inerente à ‘definição’ imposta em lei é tanto maior quanto se sabe que, mesmo na literatura internacional mais especializada, os conceitos ainda não se assentaram devidamente. Entretanto, com o material humano retrógrado e desinformado de que dispomos em nossa cultura, a doção da técnica de ‘definição legal’ pelo CDC implicou uma evolução de décadas em nosso direito. Como evolução jamais ocorre *per saltum*, a própria assimilação de todo o instrumental contido no CDC deverá ser lenta e gradual”. GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19. Em obra posterior, o referido Autor, embora reconheça que a conceituação legal decorreu do contexto histórico, em especial diante da inexistência de consenso doutrinário sobre os conceitos, afirma que “seria mais preciso e abrangente, se o direito brasileiro abandonasse tais abstrações e definições completamente e adotasse o simples e tradicional requisito da questão comum de fato ou de direito do direito norte-americano, como faz o Anteprojeto Original, em seu art. 3, I”. GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil*, 1ª ed., Rio de Janeiro: GZ editora, 2008, pp. 200/223.

³⁰¹ “O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos”. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 800.

A identificação do objeto do processo coletivo ainda é alvo de debate na atualidade, o que pode ser constatado pela análise dos inúmeros anteprojetos de Códigos de Processos Coletivos³⁰², que foram elaborados após o Código de Defesa do Consumidor. Antônio Gidi, embora reconheça que a classificação tripartite facilitou a aplicação das leis processuais coletivas no Brasil, tornando os conceitos dos direitos de grupo menos enigmáticos e mais operacionais, defende atualmente a supressão da referida classificação, sob o fundamento de que a ação coletiva poderá ser conduzida sempre que houver questões comuns de fato e de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva³⁰³.

Por sua vez, o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América previu uma classificação bipartite, separando o objeto do processo coletivo em interesses e direitos difusos e interesses e direitos individuais homogêneos³⁰⁴. Os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborados pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em conjunto com a Universidade Estácio de Sá (UNESA)³⁰⁵, bem como pela Universidade de São Paulo (USP), mantiveram a classificação tripartite adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, embora este último³⁰⁶ tenha indicado em seu artigo 28 uma definição diferente de interesses e direitos individuais homogêneos³⁰⁷.

O presente trabalho adota a classificação tripartite elaborada pelo Código de Defesa do Consumidor, ressalvando, contudo, que a referida classificação não pode servir como um óbice à tutela coletiva de direitos, em especial quando determinado suporte fático não se

³⁰² Todos os anteprojetos citados estão publicados no apêndice de DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo, 4ª ed., Salvador: Juspodivm, v. 4.

³⁰³ GIDI, Antonio. Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro: GZ editora, 2008, pp. 200/223. Cf. Apêndice que contém o Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo um Modelo para Países de Direito Escrito.

³⁰⁴ “Art. 1º. Cabimento da ação coletiva - A ação coletiva será exercida para a tutela de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base; II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe”.

³⁰⁵ Cf. Art. 2º do referido projeto que reproduz o teor do parágrafo único do Art. 81, do Código de Defesa do Consumidor.

³⁰⁶ Segundo Antônio Gidi, a ordem cronológica dos projetos é distinta à lançada no texto, pois o Anteprojeto da USP teve sua elaboração iniciada no final de 2003, com término em 2006. Por sua vez, a elaboração do Anteprojeto UERJ/Unesa teve início e fim em 2005. GIDI, Antonio. Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro: GZ editora, 2008, pp. 1/2

³⁰⁷ Art. 28. Da ação coletiva para defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

amoldar exatamente à descrição legal. Nestes casos, como forma de se extrair a máxima utilidade da tutela coletiva, deve-se romper com o formalismo exacerbado e contentar-se com a demonstração da existência de questões comuns de fato ou de direito, como requisito para o tratamento coletivo dos direitos de grupo³⁰⁸.

Conforme ressaltado pela doutrina³⁰⁹, o legislador procurou estabelecer o conceito dos precitados direitos mediante a utilização de três critérios: subjetivo, referente à indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares; objetivo, relativo à divisibilidade do direito material; e segundo a origem, associado à causa de união dos titulares do direito, que pode ser uma mera “circunstância de fato”, uma “relação jurídica-base”, ou mesmo uma “origem comum”. Assim, com base neste critérios, passa-se a conceituar os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.3.2. Interesses e Direitos Difusos.

Os direitos difusos, sob o aspecto subjetivo, são transindividuais³¹⁰, com indeterminação absoluta dos titulares, ou seja, não têm titular individual e a ligação entre os vários titulares difusos decorre de mera circunstância de fato (de tempo, lugar, modo). Por sua vez, caracterizam-se pela indivisibilidade de seu objeto, ou seja, “espécie de comunhão tipificada

³⁰⁸ GIDI, Antonio. Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas do Brasil, 1ª ed., Rio de Janeiro: GZ editora, 2008, pp. 212.

³⁰⁹ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22; YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 3. A autora identificou dois critérios distintivos (objetivo e subjetivo), embora também aborde a origem do direito.

³¹⁰ Segundo GIDI, o conceito de um “direito transindividual” significa apenas que o direito não é individual, mas existe como uma entidade distinta de qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos. Ele transcende o indivíduo e ainda não é um mero conjunto de direitos individuais. Portanto, é juridicamente irrelevante para determinar quais os indivíduos pertencem ao grupo e estão nele, em última instância, os detentores do direito transindividual. Ademais, afirma que em termos econômicos, ele consiste em um “bem público” e está situado a meio caminho entre direito público e prova: “The concept of a “transindividual right” (or “supra-individualright”) merely means that the right is not individual, but exists as an entity distinct from any individual or group of individuals. It transcends the individual and yet it is not a mere collection of individual rights. Therefore, it is legally irrelevant to determine which individuals belong to the group and are, ultimately, the holders of the transindividual right. A “transindividual” right, such as the purity of the air, the cleanliness of a river, the truthfulness of advertisements, or the safety of products, belongs to the community as a whole, not to specific individuals, or associations, nor to the government. In economic terms, it consists of a “public good.” Therefore, this right is situated halfway between public and private law. Although transindividual rights are situated halfway between individual rights and the public interest, some cases traditionally classified under the category of “public interest litigation” in some jurisdictions, are considered, in Brazil, to be class actions in protection of transindividual rights”. GIDI, Antonio. Class action in Brazil: a model for civil law countries. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903188.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, a lesão da inteira coletividade³¹¹”.

Segundo Teori Zavascki³¹², em decorrência de sua natureza, os direitos difusos:

a) são insuscetíveis de apropriação individual; b) são insuscetíveis de transmissão, seja por ato *inter vivos*, seja *mortis causa*; c) são insuscetíveis de renúncia ou de transação; d) sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351) nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I); e) a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com *absoluta* informalidade jurídica (basta a alteração nas circunstâncias de fato).

É possível citar as seguintes questões clássicas encartáveis como direitos difusos: direito ao meio ambiente sadio; direito à saúde pública; no campo da relação de consumo, a proibição de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva³¹³ etc. De mais a mais, outras questões, em especial na área social, também ensejam exemplos de direitos difusos, tais como o direito à moradia, à alimentação, à educação e ao trabalho, todos assegurados pela Constituição da República³¹⁴.

4.3.3. Interesses e Direitos Coletivos.

Os direitos coletivos consistem em direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas, estas determinadas ou determináveis, ligadas

³¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*. RF 276 *apud* YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 4.

³¹² ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

³¹³ “No campo da relação de consumo, podem ser figurados os seguintes exemplos de *interesses* ou *direitos* difusos: a) publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar um número incalculável de pessoas, sem que entres elas exista uma relação-base. O bem jurídico tutelado pelo art. 37 e § do Código é indivisível no sentido de que basta uma única ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos e também no sentido de que a satisfação de um deles, pela cessação da publicidade ilegal, beneficie contemporaneamente a todos eles. As pessoas legitimadas a agir, nos termos do art. 82, poderão postular em juízo provimento adequado à tutela dos interesses ou direitos difusos da coletividade atingida pela publicidade enganosa ou abusiva”. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

³¹⁴ Eis o teor do artigo 6º, da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base, obrigatoriamente preexistente à lesão ou ameaça de lesão³¹⁵.

Com efeito, são traços marcantes dos direitos coletivos a determinabilidade dos seus titulares, enquanto grupo categoria ou classe de pessoas, e a existência de uma relação jurídica preexistente à lesão ou ameaça de lesão – que não se confunde com relação jurídica que viola o direito coletivo –, o que não ocorre nos direitos difusos, os quais são pautados pela indeterminabilidade dos titulares e ausência de uma “relação jurídica-base”.

Convém esclarecer, ainda, que, tendo em vista as mencionadas características – determinabilidade e existência de uma relação jurídica-base –, “a mutação dos titulares coletivos da relação jurídica de direito material se dá com relativa informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base)³¹⁶”, diferentemente do que ocorre com os direitos difusos, nos quais a mutação se dá com absoluta informalidade, pois basta a alteração nas circunstância de fato (tempo, lugar e modo).

Analisando o tema, Luís Roberto Barroso³¹⁷ cita como exemplos de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base e que tenham sido vítimas de dano coletivo os acionistas de uma sociedade por ações, afetados por uma decisão ilegal da diretoria, bem como os condôminos de um edifício de apartamentos, vítimas de uma exigência irrazoável da prefeitura. Ademais, cita-se como hipótese de uma relação jurídica base com a parte contrária a situação em que grupo de alunos de uma universidade, portadores de deficiência física, postula a construção de um acesso especial para cadeiras de rodas.

³¹⁵ Esclarece WATANABE que, “num certo sentido, portanto, o conceito de “coletivo” do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não organizados, mas em outro é mais restrito, certo que apenas os interesses ou interesses indivisíveis estão nele abrangidos. Não se poderá pretender, portanto, a tutela dos interesses ou direitos *individuais* agrupados com base no dispositivo legal em análise. Mormente quando o feixe de interesses individuais se contrapõe a um outro feixe de interesses individuais. É necessário que os interesses sejam, a um só tempo, transindividuais e de natureza indivisível. Mas, por outro lado, a natureza indivisível dos interesses ou direitos “coletivos” ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que o inc. II do art. 103, estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes* “limitadamente ao grupo, categoria ou classe”. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

³¹⁶ ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 36-37.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte americana. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, p. 34-55, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26860>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

4.3.4. Interesses e Direitos Individuais Homogêneos.

Seguramente, as maiores divergências doutrinárias e jurisprudenciais³¹⁸ recaem sobre os direitos individuais homogêneos³¹⁹, em especial no que se refere à definição e natureza jurídica de tais direitos. A definição trazida à baila pelo Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do artigo 81, como direitos “decorrentes de origem comum”, não permite que o operador do direito determine com segurança os contornos extados, o campo de aplicação e a melhor forma de tutelar os direitos individuais homogêneos³²⁰.

Entende-se que é importante indicar as duas principais visões sobre o tema, uma material e outra processual, para melhor elucidação do tema.

Para corrente material, os direitos individuais homogêneos consistem em categoria própria, distinta dos direitos subjetivos clássicos e integrante dos direitos transindividuais. São direitos “indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução³²¹”, de modo que a tutela de tais direitos caracteriza-se, inicialmente, por uma demanda versando direitos individuais homogêneos, como categoria própria, que resultará na prolação de uma sentença

³¹⁸ Sérgio Cruz Arenhart traz excelente histórico das inúmeras posições adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, afirma o Autor que, no julgamento do Recurso Especial nº. 1.100.463/PR, relator Ministro Fernando Gonçalves, a Corte concluiu que os direitos individuais homogêneos são “caracterizados por um fato comum”. Em outra oportunidade, no julgamento do Recurso Especial 987.382/SP, relatora Nancy Andrighi, a homogeneidade dos direitos individuais foi caracterizada com base na identidade da causa de pedir das pretensões individuais. No julgamento do Recurso Especial 369.822/PR e em outros que o sucederam, a critério adotado para identificar os direitos individuais homogêneos foi a indisponibilidade do interesse ou a sua origem em uma relação de consumo. Finalmente, em outros arrestos, o mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que a origem comum dos interesses deve ser examinada a partir das circunstâncias de fato que ligam os titulares dos direitos. Diante de tamanha divergência, conclui o Autor: “Enfim, essa indicação – incompleta e apenas exemplificativa – demonstra como a falta de uma definição segura dos interesses individuais homogêneos pode prejudicar a tutela adequada desses valores”. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 49.

³¹⁹ Em parecer exarado sobre o tema, Athos Gusmão Carneiro, já apontava a referida dificuldade: “Têm surgido, neste ponto, imensas dificuldades, quer no plano teórico como no prático, para bem precisar e bem caracterizar tais direitos, de forma a evitar sua identificação ou com os direitos coletivos ou com mero litisconsórcio plúrimo, este em princípio reservado à iniciativa dos interessados diretos segundo o princípio dispositivo”. CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela, 6ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2006, p. 139 (Anexo I).

³²⁰ Com efeito, não se tem como saber, a partir dessa definição, se a origem comum dos direitos está em alguma “relação jurídica base”, em algum fato cotidiano único, em circunstâncias semelhantes vivenciadas por cada indivíduo, na identidade de causa de pedir ou de pedido, na similaridade das situações de cada direito individual ou em algum outro elemento. É comum que se entenda que os direitos individuais homogêneos são aqueles caracterizados por sua similaridade em relação a outros interesses, mas não é isso, por óbvio, o que consta da regra mencionada. ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 48.

³²¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. Curso de direito processual civil – Processo Coletivo, 5ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 78.

genérica. Somente após essa fase, identificam-se direitos meramente individuais. “Em síntese, os direitos individuais homogêneos seriam uma categoria de interesse substantivo à pretensão genérica, não se confundindo com direitos individuais clássicos e impondo que este traço genérico também se impusesse sobre sua efetivação³²²”.

Humberto Dalla Bernardina, em que pese afastar os precitados direitos da categoria substancial de direitos transindividuais, afirma que os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais complexos. Com base na análise dos conceitos inerentes ao direito civil, como faculdade, interesse, pretensão, direito protestativo e direito subjetivo, o aludido Autor afirma que o direito individual homogêneo “é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão³²³”.

O presente trabalho não adota a precitada visão material, seja para qualificar o direito individual homogêneo como transindividual, seja para qualificá-lo como complexo, em razão de determinada relevância social.

Os direitos individuais homogêneos, em verdade, compreendem direitos individuais que, quando lesados ou ameaçados de lesão, podem ser tutelados também mediante defesa coletiva, sem que tal fato tenha o condão de alterar a natureza jurídica dos direitos em questão, tornando-os materialmente coletivos³²⁴. “A caracterização de um interesse como

³²² OSNA, GUSTAVO. Direitos individuais homogêneos: pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 71

³²³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Direito individual homogêneo: uma leitura e releitura do tema. Disponível em http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf, Acesso em: 31 de jan. de 2015. Segundo o referido Autor, o direito individual homogêneo, que, como visto, é complexo, “difere do direito subjetivo coletivo, que, a seu turno, ocorre nas hipóteses de direito coletivo *stricto sensu* e difuso, uma vez que esses já nascem voltados para um grupamento social, não podendo ser, *ab initio*, individualizados”.

³²⁴ Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nesta compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados, a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material. Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cujo coletivização tem

individual homogêneo, assim, está ligada, exclusivamente, a questões processuais, ou seja, à maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único³²⁵.”.

Assim, “um feixe de interesses individuais não se transforma em interesse coletivo pelo só fato de o exercício ser coletivo. A essência permanece individual³²⁶”, até porque não se verificam, aqui, as características objetivas dos direitos metaindividuais³²⁷, ou seja, transindividualidade e indivisibilidade do direito³²⁸.

Ressalta-se que não se trata de relegar os direitos individuais homogêneos “a personagem de segunda categoria na proteção coletiva³²⁹”, nem tampouco sustentar o afastamento da aplicação dos princípios gerais da tutela coletiva a tais direitos, mas concluir que o legislador não alterou a natureza jurídica de tais direitos, e sim previu outro modo de tutelá-los, exatamente de forma coletiva, quando decorrerem de uma origem comum, “com isso se prevenindo a indesejável atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas demandas individuais³³⁰”.

Assim, levando-se em consideração a premissa sustentada no presente trabalho, conceituam-se os direitos individuais homogêneos como aqueles individuais, de natureza divisível, de que sejam titulares pessoais determináveis ligadas entre si ou com a parte contrária por

um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo. ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 36-37

³²⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 42. Para o referido Autor, “os interesses de massa constituem, indiscutivelmente, interesses individuais (subjéctivos). Com efeito, como demonstra a doutrina, tais direitos são titularizados por indivíduos determinados, porém, por constituírem direitos (individuais) de feições idênticas ou muito semelhantes (o que os converte em direitos de massa, ou seja, direitos individuais mas pertencentes igualmente a uma massa de sujeitos), admitem – e mesmo recomendam – proteção coletiva, por meio de uma única ação. Assim deve ser porque tais direitos são uniformes (nascem de um mesmo fato-gênese ou de fatos iguais), permitindo, então, resolução unívoca”.

³²⁶ MACUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2007 *apud* VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

³²⁷ Ousa-se discordar de ilustres juristas, a exemplo do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Maurício Corrêa, que em julgamento do RE 163.231-3/SP afirmou que “direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990) constituindo-se em *subespécie de direitos coletivos*. STF, RE 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 29/06/2001.

³²⁸ Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou que não é “não é da natureza individual, disponível e divisível que se retira a homogeneidade de interesses individuais homogêneos, mas sim de sua origem comum, violando direitos pertencentes a um número determinado ou determinável de pessoas, ligadas por esta circunstância de fato. Inteligência do art. 81, CDC”. REsp 910.192/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 24/02/2010

³²⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Op. cit.*, p. 81

³³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica-base, obrigatoriamente, decorrentes de uma origem comum³³¹.

De fato, o legislador previu os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, de modo que é preciso analisar o que, especificamente, significa a expressão origem comum. Seriam demandas “em massa”? Materializam-se quando os direitos ou as obrigações derivam do mesmo fundamento de fato ou de direito?

Em verdade, o enquadramento não é tão simples, razão pela qual é comum encontrar certos equívocos associados ao enquadramento dos direitos individuais homogêneos, conforme, inclusive, já retratado no presente trabalho, mormente quando não se leva em consideração que tais direitos são materialmente individuais, e, portanto, divisíveis, e, por uma necessidade de facilitação do acesso à justiça, permitiu-se a incidência do microsistema de tutela coletiva.

Com efeito, a doutrina não é unívoca na fixação de um conceito, razão pela qual é possível encontrar o enquadramento dos direitos individuais homogêneos com base no critério da preponderância das questões comuns sobre as individuais e a quantidade de sujeitos envolvidos, algo semelhante ao requisito para admissão das *class action*³³²⁻³³³. A facilitação

³³¹ Os direitos individuais homogêneos correspondem àqueles direitos que, embora individuais em essência, são tratados coletivamente por ficção jurídica, em razão da sua origem comum. Assim, em função da eficácia, conveniência e segurança de se conferir proteção coletiva a uma gama de direitos individuais decorrentes de mesma origem, tratou a lei de, artificialmente, criar a espécie “direito individual homogêneo”, cuja titularidade é atribuída a um conjunto de pessoas molecularmente consideradas. DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Cerqueira. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

³³² A última hipótese de situação fática a dar ensejo ao cabimento de uma *class action* é a prevista na *Rule 23(b)(3)*. É, como dá notícia a doutrina americana, a hipótese mais comum destas ações coletivas, sendo certo que este é o modelo importado para os artigos 91 a 100 do nosso Código do Consumidor. Para esta ação, há necessidade de que, caso a caso, a Corte identifique questões comuns de fato ou de direito para todos os membros da classe. Tais questões devem ser predominantes sobre quaisquer outras referentes a meros interesses individuais, considerados isoladamente. Ainda, a ação será cabível se a Corte acreditar ser a ação coletiva a melhor forma disponível para que se dê um julgamento eficiente para a controvérsia, de forma a se sobrepor ao julgamento de ações individuais. Trata-se, não há dúvidas, de típica aplicação do princípio da eficiência e da economia processuais encampado e tão encarecido pela *Rule 23*. Para que seja possível à Corte exercer o controle quanto ao cabimento desta última hipótese de *class action* - *the so-called common question or damage class action* -, em especial no que se refere à pesquisa em torno de ser a ação coletiva o melhor meio de tutela para o caso e se as questões comuns à *class* são as predominantes, o dispositivo legal precitado indica quatro fatores, *non-exhaustive*, que deverão ser considerados: (i) análise de qual é o interesse dos membros da classe em proporem ou se defenderem em ações individuais; (ii) a extensão e a natureza de litígios, já iniciados ou não, pelos sujeitos que poderiam dar ensejo à formação de uma *class*, ou em face dos mesmos; (iii) a conveniência de concentrar o litígio perante um só juízo, que seja apto para resolução da controvérsia, implicando que tal medida minimize a potencialidade de duplicação de esforços (economia processual), bem como, a possibilidade de decisões contraditórias (segurança jurídica); (iv) as dificuldades de ser administrada ou gerenciada a ação na forma de *class action*. Como decidido pela Suprema Corte Americana, questões do tipo quantos membros poderão intervir no processo para participarem da ação, ou a onerosidade da *fair notice* exigida pela *Rule 23(c)(2)* não devem afetar esta decisão quanto ao gerenciamento da classe (cf. item 2.2.1., *infra*). Este terceiro

do acesso à justiça pela molecularização das demandas também é utilizada com critério para caracterização dos interesses individuais³³⁴.

Também se associa os direitos individuais homogêneos como aqueles nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo³³⁵), “ou” como aqueles direitos que derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito ou que tenham, entre si, relação de afinidade, por um ponto comum de

caso em que a *class action* é possível (é conveniente), volta-se, assim, para aquelas hipóteses em que os valores envolvidos considerados individualmente não justificariam a propositura de ações individuais. Refere-se diretamente àquelas hipóteses de violação em massa de direitos, tão típicas da sociedade atual. Esta lição, aliás, é encontrada entre os doutrinadores brasileiros para introduzir as noções de ações de classe, em específico aquelas previstas no Código do Consumidor. BUENO, Cassio Scarpinela. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>, Acesso em: 29 de ago. de 2013.

³³³ Pela influência das *class action* no direito brasileiro, entendeu-se ser importante para a compreensão do trabalho a transcrição parcial da *Rule 23*, com a redação de 28 de fevereiro de 1966 e vigente desde 1º de julho daquele mesmo ano. A tradução da *Rule 2,3* a seguir transcrita, foi realizada por José Rogério Cruz e Tucci e consta de sua obra intitulada “*Class action e Mandado de Segurança Coletivo*” (pp. 14/17) e também reproduzida, como anexo, por Cassio Scarpinela Bueno, em obra já citada:

(a) Pressupostos da 'class action'

Um ou mais membros da classe podem demandar, ou serem demandados, como representantes, no interesse de todos, se (1) a categoria for tão numerosa que a reunião de todos os demandados, como representantes, se torne impraticável;

- (2) houver questões de direito e de fato comuns ao grupo;
- (3) os pedidos ou defesas dos litigantes forem idênticos aos pedidos ou defesas da própria classe; e,
- (4) os litigantes atuarem e protegerem adequadamente os interesses da classe.

(b) Pressupostos de desenvolvimento da 'class action'

Uma ação pode desenvolver-se como *class action* desde que satisfeitos os pressupostos da alínea a, e, ainda, se:

- (1) o ajuizamento de ações separadas por ou em face de membros do grupo faça surgir risco de que:
 - (A) as respectivas sentenças nelas proferidas imponham ao litigante contrário à classe comportamento antagônico; ou que
 - (B) tais sentenças prejudiquem, ou tornem extremamente difícil, a tutela dos direitos de parte dos membros da classe estranhos ao julgamento; ou se
- (2) o litigante contrário à classe atuou ou recusou-se a atuar de modo uniforme perante todos os membros da classe, impondo-se um final *injunctive relief* ou um *declaratory relief* em relação à classe globalmente considerada; ou se
- (3) o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepujam as questões de caráter estritamente individual, e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar:
 - (A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente;
 - (B) a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo;
 - (C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal;
 - (D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*.

³³⁴ Neste sentido, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Já a pretensão ressarcitória, que, *in casu*, trata-se de típico direito individual homogêneo, pretendida pelo recorrido por meio da ação civil pública, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, justificar-se-ia por dizer respeito à educação, interesse social relevante, mas sobretudo para evitar as inumeráveis demandas judiciais (economia processual), que sobrecarregam o Judiciário, e evitar decisões incongruentes sobre idênticas questões jurídicas”. REsp 1185867/AM, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 12/11/2010.

³³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Op. cit.*, 77. De forma semelhante, DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Cerqueira. *Op. cit.*, p. 49.

fato ou de direito³³⁶, infirmando as mesmas características que justificam a formação de um litisconsórcio facultativo (artigo 46, do CPC)³³⁷, em uma ação individual.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida³³⁸ sugere a identificação dos direitos individuais homogêneos com base na análise da causa de pedir, “que pode ser analisada sob o duplo aspecto: como causa de pedir próxima (lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico individual de diversos titulares, provocada pelo mesmo fato) e como causa de pedir remota (relação jurídica ou não jurídica comum entre os titulares)”. Em suas conclusões, a precitada autora complementa o quanto exposto, afirmando que:

8. A “origem comum” dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da causa de pedir remota, pode ser fática, identificando-se com as “circunstâncias de fato” comuns ao universo de titulares de direitos difusos; ou jurídica, correspondendo à relação jurídica-base” da coletividade de pessoas titular de direitos coletivos (em sentido estrito).

9. A “origem comum” desses direitos, do ponto de vista da causa de pedir próxima, é a lesão ou ameaça de lesão a bens e valores individuais de diversos titulares provocada pelo(s) mesmo (s) fatos.

Verifica-se, pois, uma série de critérios utilizados pela doutrina e pela jurisprudência que, em verdade, não são incompatíveis em si. Todos eles, de alguma forma, buscam a racionalização da tutela jurisdicional ante os direitos individuais homogêneos e as relações jurídicas massificadas.

Em síntese, o presente trabalho adotou a premissa de que os direitos individuais homogêneos assentam-se no plano processual e a maior utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único, e não como categoria autônoma de direitos materiais. Diante deste objetivo, conforme apontado por Sérgio Cruz Arenhart e nos critérios listados acima, conclui-se que a identificação dos direitos individuais deve ser pautada em três elementos essenciais: “a) inviabilidade da formação do litisconsórcio em

³³⁶ ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 145.

³³⁷ Eis o teor do artigo: “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.

Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão”.

³³⁸ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Op. cit.*, p. 21.

demanda comum; b) presença de afinidade de questões; e c) a existência de utilidade predominante para as partes e para o Judiciário no tratamento coletivo dos interesses individuais³³⁹⁻³⁴⁰.

Por fim, insta ressaltar que a origem comum não significa que a origem do pleito conquistado é necessariamente um evento único em um momento determinado, resultado de dano em massa, como seria o caso de uma explosão, um acidente de avião, ou de um colapso de um edifício³⁴¹. Ao contrário, podem ser dispersados ao logo do tempo e do espaço, desde que os fatos estejam intimamente relacionados e que possam ser considerados legalmente uma mesma coisa. Portanto, a origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal³⁴².

4.3.5. Impropriedade da Identificação *a priori*: importância da correta individualização dos elementos objetivos da demanda (causa de pedir e pedido).

Não obstante todos os exemplos citados acima, é preciso esclarecer que o enquadramento da espécie do interesse ou direito em coletivo, difusos ou individuais homogêneos não pode ser

³³⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 145.

³⁴⁰ Nos termos da legislação brasileira, são “os decorrentes de origem comum”. Os interesses e direitos individuais homogêneos assim se caracterizam: a) transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (ou pragmática); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) disponibilidade (quando a lei não determina o contrário); e) núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização-ótima viável e recomendável; e, h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a *fluid recovery*). BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico : apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

³⁴¹ The rights or claims continue, however, to be merely a collection of separate individual personal rights (*droits subjectifs*) individually held by each class member. “Common origin” does not mean that the origin of the claim is necessarily one single event at a determinate time, resulting in mass injury, as would be the case with an explosion, an airplane crash, or the collapse of a building. The event that is the “common origin” of the homogeneous individual rights may, in fact, be dispersed across time and space, so long as the facts are so closely related that they may be considered legally one and the same. In the case of pollution in a bay, the damage might have been caused by years of ongoing hazardous waste dumping and not by one isolated act. In the case of a misleading or deceptive advertisement, it does not matter if some individuals were deceived during one broadcast and others during another, or in a different city, as long as there is a sufficient link between the advertisements. GIDI, Antonio. Class action in Brazil: a model for civil law countries. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903188.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

³⁴² WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

feito *a priori*³⁴³, levando-se em conta exemplos comumente associados a cada espécie de direitos.

Neste sentido, Nelson Nery³⁴⁴ adverte que o método classificatório deve considerar o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação:

Observa-se, com frequência, o erro de metodologia utilizado por doutrina e jurisprudência para classificar determinando tipo de direito ou interesse. Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor seria coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares seria individual.

A afirmação não está correta nem errada. Apenas há um engano na utilização do método para definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo. A pedra de toque do método classificatório é o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial.

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

De fato, “nem sempre os conceitos acima desenvolvidos – de direitos transindividuais e individuais homogêneos – se manifestam de modo claro no plano da realidade”. Trata-se de situações jurídicas heterogêneas³⁴⁵, consoante Teori Zavascki, que, ressalva, contudo, que “a existência de situações desse jaez, que fogem dos padrões conceituais rígidos, de modo algum infirma as distinções antes empreendidas, nem desautoriza o esforço metodológico que se deve desenvolver no trato doutrinário da matéria³⁴⁶”.

³⁴³ “Locução latina aplicada para indicar conclusões a que se chega, fundadas em hipóteses, isto é, sem a verificação das consequências ou resultados anteriores. É, pois, o oposto *a posteriori*, que justamente mostra o argumento fundado em fatos positivos e já demonstrados”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³⁴⁴ NERY JR. Nelson *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

³⁴⁵ Neste sentido, Gustavo Tepedino salienta não ser exagero “afirmar que, em termos práticos, as lesões a interesses coletivos ou difusos normalmente implicam a configuração de interesses individuais homogêneos, sendo muito difícil isolar cada uma dessas espécies de interesses, de modo a que se pudesse identificar, diante de uma hipótese concreta, a presença do interesse estritamente coletivo ou exclusivamente individual homogêneo. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. A questão ambiental, o Ministério Público e as Ações Civil Públicas, *in* Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 302.

³⁴⁶ ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 36-37.

Portanto, sob a ótica processual, o enquadramento do direito será feito *a posteriori* e dependerá diretamente da descrição dos elementos objetivos da demanda, isto é, a exposição da causa de pedir e a formulação do pedido, até porque é possível que haja a cumulação de pedidos, tutelando-se em uma demanda, as três espécies de direitos – transindividuais (difusos e coletivos) e/ou individuais homogêneos.

Não se pode, entretanto, suprimir a importância do direito material, pois conforme leciona Antonio Gidi, “o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independente do direito processual³⁴⁷”.

Assim, correto é o entendimento de Hermes Zaneti Junior³⁴⁸, que, ao apresentar suas conclusões sobre o tema, defende uma fusão entre o pensamento de Antonio Gidi e Nelson Nery, sob o fundamento de que, em verdade, se completam e complementam reciprocamente:

11 - A caracterização do direito tutelado se dará pela fusão entre o direito subjetivo coletivo afirmado e a tutela processual requerida (tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende).

12 - Cabe aos operadores do direito, nesse particular, identificar bem a causa de pedir e o pedido na ação coletiva. Vale advertir o papel importante que a titularidade afirmada assume como elemento característico do direito coletivo *lato sensu* indicado. Assim, se os beneficiários forem pessoas indeterminadas (quer pela impossibilidade de determinação, quer ainda pela ausência de interesse nesta determinação) teremos um direito difuso; se for individualizado um grupo, categoria ou classe de pessoas com vínculos entre si ou com a parte contrária que se lhes seja atribuível como relação jurídica-base e tutelados nesta relação base como um todo, teremos um direito coletivo *stricto sensu*, por fim, a afirmação de titularidade abstrata e genérica de direitos individuais com características específicas que lhes atribuam prevalência de questões comuns e superioridade no tratamento coletivo demonstrará a existência de um direito individual homogêneo afirmado.

Portanto, não obstante pequenas e aparentes divergências doutrinárias, é o exame da pretensão material, verificando-se a natureza (indivisível ou divisível) do bem jurídico tutelado, e a análise do tipo de tutela jurisdicional pretendida que vai definir, no caso concreto, se está em

³⁴⁷ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

³⁴⁸ ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos Coletivos *lato sensu*: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos *stricto sensu* e dos direitos individuais homogêneos. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 25 jul. 2011.

jogo a tutela de direitos coletivos ou de direitos individuais, ou de ambos (cumulação de pedido)³⁴⁹.

4.4. Tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos

Feitas as considerações acerca dos direitos difusos, coletivos e, em especial, dos direitos individuais homogêneos, enfoca-se, neste momento, na abordagem processual, na sua tutela coletiva, até porque “não se trata de saber [tão somente] quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mais sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³⁵⁰”.

Inicialmente, destaca-se que a tutela jurisdicional coletiva no direito brasileiro abrange tanto os direitos difusos e coletivos, quanto os direitos individuais homogêneos. Por este motivo, a doutrina³⁵¹ afirma a existência de uma tutela de direitos coletivos e uma tutela coletiva de direitos – no caso, os individuais.

Conforme exposto, neste trabalho, elegeu-se, como objeto de estudo, somente a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, o que se passa a abordar nos itens subsequentes, fazendo-se, de logo, o seu enquadramento dentro da tutela jurisdicional diferenciada.

4.4.1. Tutela Jurisdicional Diferenciada.

Ao longo do texto, a expressão tutela jurisdicional coletiva foi lançada inúmeras vezes, procurando-se demonstrar uma forma de proteção aos direitos “transindividuais”. Entrementes, para melhor compreensão, é preciso assentar, ainda que de forma sucinta, algumas premissas sobre tema.

Sabe-se que o direito material ou substancial é formado por um conjunto de regras abstratas de conduta, destinadas à solução de conflitos de interesses entre as pessoas, determinando

³⁴⁹ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Op.cit.*, p.14.

³⁵⁰ BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

³⁵¹ Neste sentido, confira, já no título, ZAVASCKI, *op. cit.*

qual deve prevalecer e conferindo situação de vantagem ao seu titular³⁵². Essas regras estabelecem juridicamente posições de vantagem e desvantagem, isto é, direito e obrigações, que permitem aos titulares de um direito subjetivo ou potestativo que invoquem diante de uma situação concreta, a norma estabelecida em seu favor³⁵³.

É possível, contudo, que a norma abstrata não seja suficiente para a solução do conflito, exigindo-se que as partes envolvidas busquem, mediante o exercício do direito de ação, uma resposta perante o Estado, para a solução do conflito de interesse posto, o que se dá mediante a prestação jurisdicional, e cujo objeto final e almejado é, exatamente, uma norma jurídica individualizada e específica ao caso concreto.

Assim, por tutela jurisdicional entende-se a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material³⁵⁴. A tutela jurisdicional visa, portanto, mediante um processo, a tutela dos direitos e, para ser efetiva, deve ser adequada às especificidades do direito material, “na medida o processo como disciplina formal não pode ignorar as exigências de origem substancial³⁵⁵”.

É a necessidade, portanto, de uma tutela adequada ao direito material que se pretende reconhecer ou efetivar que torna fundamental a edição de técnicas processuais compatíveis e harmônicas ao direito tutelado.

A tutela jurisdicional diferenciada é aquela que se diferencia das tutelas jurisdicionais clássicas ou ordinárias em razão das suas características excepcionais, as quais não estão presentes nas tutelas jurisdicionais clássicas ou ordinárias. Essas características são aquelas criadas para permitir a adequação do sistema processual (técnica processual) às peculiaridades e necessidades do direito material e às necessidades de tutelas jurisdicionais mais expeditas nas vidas das pessoas.

Assim, sem descartarmos a existência de outras, entendemos que seriam características identificadoras das tutelas jurisdicionais diferenciadas: a)

³⁵² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

³⁵³ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

³⁵⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 33.

³⁵⁵ Ressalta-se que para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo de proteção estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação substancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas a proteção real, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais*. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

exigência de requisitos específicos de admissibilidade do processual; b) excepcionalidade do procedimento; c) eficácia potencializada e diferenciada do procedimento jurisdicional³⁵⁶.

Em relação à tutela dos direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, as peculiaridades exigiram do legislador a edição de um procedimento adequado que levasse em consideração as características próprias do direito material e que viabilizem a participação dos cidadãos, ainda que por meio de entidades legitimadas, na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais da sociedade (meio ambiente, direitos do consumidor, patrimônio público e cultural, direitos à educação e à saúde etc)³⁵⁷.

Assim, a Ação Civil Coletiva, que será objeto dos itens seguintes enquadra-se, exatamente, na categoria das tutelas jurisdicionais diferenciadas, na medida em que possui um procedimento próprio, caracterizado por regras e princípios adequados ao direito protegido e a facilitação do acesso à justiça, técnica de repartição da atividade cognitiva específica, legitimação para causa atrelada a entes coletivos, tratamento potencializado da coisa julgada material, regramento próprio das despesas do processo, etc.

4.4.2. Princípios da Tutela Jurisdicional Coletiva.

Antes do estudo específico da Ação Civil Coletiva, importante tecer breves comentários acerca dos princípios que norteiam a Tutela Jurisdicional Coletiva, na medida em que os “processos coletivos são regidos por normas e princípios próprios, através de normas integradas, que descrevem com mais precisão sua dupla finalidade de tutelar os novos direitos coletivos e efetivar a justiça nas sociedades de massa, eliminando os litígios repetitivos³⁵⁸”.

Na precisa e clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³⁵⁹ princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata

³⁵⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Considerações reflexivas sobre o mandado de segurança coletivo como tutela jurisdicional diferenciada*. In CIANCI, Mirna et al. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p.75.

³⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Op. cit.*, p. 97.

³⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

Nesta toada, a doutrina sistematizou os princípios, fazendo menção especial aos princípios da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva, inclusive, na tramitação e no seu julgamento, haja vista a supremacia do interesse social sobre o individual, e ao da máxima efetividade do processo coletivo, decorrente da necessidade de efetividade real do processo coletivo, não meramente formal³⁶⁰.

O princípio da efetividade está intimamente relacionado ao princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo, flexibilizando os requisitos de admissibilidade e priorizando uma resposta efetiva do Estado ao conflito de interesse posto, para que se atinja, destarte, a finalidade primordial da jurisdição, que é a pacificação social.

Outros princípios se afiguram importantes e devem ser lembrados, a exemplo da reparação integral do dano, da atipicidade da Ação Coletiva, da informação e publicidade ampla e o da Indisponibilidade Temperada e Continuidade da Demanda Coletiva Cognitiva, todos associados à máxima efetividade da tutela coletiva³⁶¹. Portanto, os princípios específicos do processo coletivo, como normas que estabelecem diretamente fins, devem otimizar e lastrear toda a interpretação e aplicação da tutela coletiva.

³⁶⁰ Para um estudo aprofundado do tema, confira-se ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003; DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2007.

³⁶¹ Diante da importância do tema, o Projeto de Lei 5139/2009, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, em consonância com outros diplomas legislativos, arrolou, em seu artigo 3º, os principais princípios que norteiam a tutela coletiva: “Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I - amplo acesso à justiça e participação social; II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia; IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e IX - preferência da execução coletiva.

4.4.3. Ação Civil Coletiva

Após o enquadramento do tema, como uma tutela jurisdicional, bem como após tecidos breves comentários acerca dos princípios que norteiam a interpretação e aplicação do microssistema do processo coletivo, já é possível tecer as considerações pertinentes a Ação Civil Coletiva, aqui compreendida como a forma adequada para tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos.

Em que pese reconhecer a existência de um microssistema de tutela coletiva compreendido pela Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e pelo Código de Defesa do Consumidor, neste momento, dar-se-á importância especial aos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor³⁶², em especial aos artigos 91/100, que regulam a Ação Coletiva para tutela dos direitos individuais, exatamente o foco deste trabalho.

4.4.4. Influência do Direito Comparado na formatação da Tutela Jurisdicional Coletiva.

Segundo Antonio Gidi a ação coletiva brasileira sofreu forte influência de autores italianos como Mauro Cappelletti, Michele Taruffo, e Vigoriti Vincenzo, que na década de 1970, estudaram as ações coletivas norte-americanas e publicaram escritos sobre o tema. Posteriormente, grandes juristas brasileiros, como José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover, e Waldemar Mariz Unior Oliveira Jr., influenciados pelos precitados autores, publicaram importantes estudos sobre o tema, passando a difundir a matéria no Brasil³⁶³.

Tais estudos foram cruciais para difusão e, posteriormente, para regulamentação da tutela coletiva, principalmente pela necessidade de propagar os “novos direitos” difusos e coletivos, transindividuais e indivisíveis, que verdadeiramente não se subsumem aos padrões individualistas estabelecidos pela Revolução Francesa, e que tanto influenciaram o direito pátrio.

³⁶² Outras leis também abordam a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos. Cf., por exemplo, a Lei 7.913/1989, que prevê a tutela dos interesses dos investidores do mercado de valores mobiliários.

³⁶³ GIDI, Antonio. *Class action in Brazil: a model for civil law countries*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903188.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

Tal movimento desembocou na edição da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), marco histórico que renovou o sistema processual, possibilitando a tutela de direitos transindividuais (do meio ambiente, do consumidor e das propriedades e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), mediante um legitimado extraordinário, bem como estabelecendo regras próprias adequadas, a exemplo do regime diferenciado da coisa julgada.

Por sua vez, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos, é certo que tal novidade, basicamente, foi inserida no direito brasileiro a partir do Código de Defesa do Consumidor, sob a influência das *class action* do sistema norte-americano³⁶⁴, que não significa, necessariamente, a importação do estilo litigioso norte-americano. O que ocorreu, portanto, foi um “transplante responsável”, conforme acentua Antonio Gidi³⁶⁵.

Portanto, não há como se negar a influência do direito comparado na ação coletiva brasileira. Todavia, é preciso compreender que o sistema brasileiro possui características bem distintas do sistema norte-americano, o que exigiu uma adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais.

4.4.5. A Técnica de cognição adotada na Ação Civil Coletiva: repartição da atividade Cognitiva.

Com efeito, uma das características marcantes da tutela jurisdicional coletiva dos direitos individuais homogêneos é a técnica de cognição adotada no seu procedimento, o que justifica,

³⁶⁴ Essa modalidade de ação coletiva, constitui uma novidade no sistema jurídico brasileiro, e representa a incorporação ao nosso ordenamento de uma ação bastante assemelhada às *class action* do sistema norte-americano. Assemelhada, mas não de todo idêntica, pois houve a necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais. WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

³⁶⁵ Importing class action law does not necessarily mean importing American-style litigation. The transplant can be “surgically controlled.” There is no reason to believe that the whole “Yankee package” would invade a foreign system through the window opened by the class action device. Contrary to the traditional myth, class actions can succeed in the absence of discovery, contingent fees, the American cost rule, an entrepreneurial bar, and powerful and active judges, at least as effectively as can traditional individual litigation. It is revealing that the American Rule 23 does not even refer to discovery, attorney’s fees, the right to jury trial, an entrepreneurial bar, or treble or punitive damages. In order to create a class action system, one must consider the needs and traditions of that system. This “responsible transplant” was the approach adopted by the Brazilian legislature. ³⁶⁵ GIDI, Antonio. *Class action in Brazil: a model for civil law countries*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903188.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

dentre as outras adequações já citadas, o seu enquadramento como uma tutela jurisdicional diferenciada.

Viu-se acima que, diante da insuficiência da norma abstrata para a solução do conflito de interesses, as partes buscam amparo no Poder Judiciário, responsável pela criação da norma jurídica individualizada e específica ao caso concreto, que será concebida após apreciação pelo órgão julgador das questões processuais e das questões de mérito, ou seja, após o conhecimento do conflito submetido à apreciação jurisdicional.

As relações jurídicas - no caso a relação jurídica conflituosa que ensejou a demanda judicial-, são compostas por cinco elementos, que segundo Teori Zavascki são³⁶⁶: a) existência da obrigação (*an debeat*), b) a identidade do credor (*cui debeat*), c) a identidade do devedor (*quis debeat*), d) a natureza da prestação (*quid debeat*), e, finalmente, e) em que quantidade é devido (*quantum debeat*).

A apreciação e identificação formal dos precitados elementos é indispensável para que a prestação possa ser exigida em juízo. O objeto da cognição, portanto, é apreciação das questões processuais - aqui compreendidos os pressupostos processuais de existência e de validade, bem como as condições da ação-, bem como as questões de mérito associadas a todas as questões que compõem a relação jurídica conflituosa.

Segundo observou Kazuo Watanabe³⁶⁷, a cognição, no processo civil, pode ser visualizada em dois planos distintos: o horizontal e o vertical. No plano horizontal, ela pode ser plena ou limitada, tudo dependendo da extensão do conflito posto em debate no processo. Será plena se o objeto da demanda for a integralidade do conflito existente; será limitada (ou parcial) se a demanda tiver por objeto apenas parte do conflito. No plano vertical, a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária, tudo dependendo da profundidade com que é realizada.

³⁶⁶ ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 145.

³⁶⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987 *apud* ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 145.

Conclui o precitado autor que “com a combinação dessas modalidades de cognição, o legislador está capacitado a conceber procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais³⁶⁸”.

Com efeito, diferentemente do âmbito da tutela individual dos direitos individuais homogêneos, manejada por um titular do direito, ou por alguns, mediante o regime do litisconsórcio ativo facultativo, em que o Estado-juiz apreciará a integralidade do conflito existente, na tutela coletiva, por questões de facilitação do acesso a justiça, pela priorização da eficiência e da economia processual, o legislador optou pela adoção de uma técnica de cognição subsumida na repartição da atividade cognitiva.

Isto porque, as relações jurídicas subjacentes aos direitos individuais homogêneos têm, em comum, três dos elementos que compõem a relação jurídica, exatamente a existência da obrigação, o sujeito passivo (devedor) e a natureza da prestação, o que justificou o tratamento molecular desses litígios em detrimento da tutela individual.

Assim, o legislador editou um procedimento diferenciado adaptados às várias especificidades dos direitos, interesses e pretensões materiais, repartindo a atividade cognitiva em fases distintas: i) Ação coletiva propriamente dita, para conhecimento da lesão ou ameaça de lesão aos direitos individuais homogêneos; ii) Liquidação e Execução do Direito Individual; iii) Eventualmente, liquidação e execução coletiva.

4.4.6. Ação Coletiva propriamente dita.

A primeira fase do procedimento estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor para a tutela dos direitos individuais homogêneos consiste na ação coletiva propriamente dita. Aqui, a cognição do juiz se limitará à apreciação das questões comuns que compõem aquilo que Teori Zavascki denominou de núcleo de homogeneidade.

³⁶⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987 *apud* ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Em relação aos aspectos processuais, fazem-se necessárias algumas considerações acerca da legitimação ativa e da sentença genérica. O estudo da conexão, litispendência e do regramento da coisa julgada foi feito em tópicos específicos para melhor compreensão.

No que tange à legitimação ativa, há de se esclarecer que, diferentemente da tutela individual, promovida com base no artigo 6º, do CPC³⁶⁹, pelo regime da legitimação ordinária, ou seja, requerida em nome próprio, pelos próprios titulares dos direitos individuais, na tutela coletiva, em especial na primeira fase, consoante previsão dos artigos 91³⁷⁰ e 82³⁷¹, do CDC, a legitimação ativa é atribuída a um substituto processual, legitimado extraordinário, que, diante da autorização legal, pode requerer em nome próprio direito que, em verdade, não lhe pertence³⁷².

Em que pese não figurar expressamente no rol de legitimados do artigo 82, do CDC, a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos direitos individuais homogêneos, atualmente, é reconhecida pelos tribunais pátrios, que reconheceram que não há como suprimir da Defensoria Pública a possibilidade de utilizar-se de tão importante instrumento como a ação coletiva, buscando solucionar, em uma única demanda, questão que afetará um número indeterminado de cidadãos³⁷³.

³⁶⁹ Eis o teor do artigo: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

³⁷⁰ Art. 91 - Os legitimados de que trata o Art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

³⁷¹ Art. 82 - Para os fins do Art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

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

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, Direta ou Indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º - O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo Juiz, nas ações previstas no artigo 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³⁷² A LEGITIMAÇÃO PARA A AÇÃO – A legitimação ativa, concorrente e disjuntiva, é atribuída, pelo dispositivo em foco, aos entes e pessoas indicadas no artigo 82. Aqui se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, *em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*; mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações de defesa de interesses difusos ou coletivos (v. comentário ao art. 82), mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais, individualizados nas vítimas dos danos. Cabe lembrar que este tipo de ação coletiva visa à tutela de direitos ou *interesses acidentalmente coletivos*, que poderiam merecer – e continuam merecendo – proteção individual e pulverizada. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

³⁷³ STJ, AgRg no AgRg no Ag 656360/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 24/03/2011.

Ademais, a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007³⁷⁴, alterou o artigo 5º da Lei 7.347 de 24 de janeiro de 1985, incluindo a Defensoria Pública no rol de legitimados à propositura da Ação Civil Pública. Ressalta-se, ainda, a Lei Complementar 132, de 7 de outubro de 2009, a qual alterou a Lei Complementar 80/1994, destacando, de forma mais coerente, as funções institucionais da Defensoria Pública.

O segundo item a ser analisado diz respeito ao objetivo da primeira fase, aqui compreendida com a ação coletiva propriamente dita. De fato, o objetivo nesta fase concentra-se no acolhimento de uma tese geral referente a determinados fatos comuns – núcleo de homogeneidade-, o que se dará, conforme previsto no artigo 95, do Código de Defesa do Consumidor, mediante uma sentença genérica³⁷⁵, na medida em que a norma jurídica individualizada ainda não estará completa, pois dois elementos da relação jurídica – margem de heterogeneidade-, ainda serão objetos de cognição, exatamente na segunda fase do procedimento.

Bem ilustra a dinâmica do dispositivo o exemplo de uma determinada associação de consumidor pleitear em juízo o reconhecimento de que um dado produto causou danos aos seus associados. A “sentença genérica” limitar-se-á a reconhecer que o produto causou danos, resguardando o direito de cada um dos associados, individualmente, comprovar em juízo, a partir daquela decisão, a extensão dos danos que tenha efetiva e concretamente sofrido. Justifica-se a opção legislativa em tais casos porque nem sempre será possível identificar-se de plano a efetiva ocorrência e a real extensão dos danos experimentados por cada um dos consumidores afetados pelo produto³⁷⁶.

Ressalta-se que o fato de a condenação ser genérica não significa que a sentença não seja certa ou precisa. A certeza é condição essencial do julgamento, devendo o comando da

³⁷⁴ A referida lei é objeto de questionamento em Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada no Supremo Tribunal Federal (ADI 3.943), pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp), cujo pedido principal resulta na declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/1985, com a redação dada pela lei 11.448/2007.

³⁷⁵ Por “condenação genérica” deve ser entendido o reconhecimento jurisdicional da lesão ou ameaça de lesão a direitos e a imposição das consequências daí derivadas aos responsáveis sem a necessidade de ser fixado, desde logo, o efetivo alcance desta responsabilização. Por outras palavras, a “sentença genérica” limita-se a identificar o *na debeat* sem pesquisar o *quantum debeat*. O *quantum*, para os casos que reclamam incidência do dispositivo, será objeto de cognição jurisdicional ulterior, na “liquidação” a que se refere o art. 97 do Código de Defesa do Consumidor. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público*. v. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público*. v. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la³⁷⁷, o que, no caso, ocorrerá em momento posterior, após a liquidação dos danos sofridos.

Por fim, esclarece-se que, embora os direitos individuais homogêneos sejam divisíveis e disponíveis, conforme exposto em item acima, no âmbito processual, eles são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução, voltando a ser indivisíveis se não ocorrer à tutela integral do ilícito.

4.4.7. Ação de Cumprimento: liquidação e execução da sentença genérica.

Estabelece o artigo 97, do Código de Defesa do Consumidor que, procedente o pedido na ação coletiva, a vítima e seus sucessores, assim como os legitimados de que trata o artigo 82, deverão, se for o caso, requerer a liquidação e a execução de sentença.

Define-se, assim, que o cumprimento da sentença genérica será promovido por intermédio de uma nova demanda, dividida em duas fases distintas: a da liquidação, destinada a complementar a atividade cognitiva (até então restrita ao núcleo de homogeneidade dos direitos demandados), e a da “execução”, em que serão promovidas as atividades práticas destinadas a satisfazer, efetivamente o direito lesado, mediante a entrega da prestação devida ao seu titular (ou, se for o caso, aos seus sucessores)³⁷⁸.

Em relação à modalidade de liquidação da sentença genérica deve-se adotar o quanto disposto nos artigos 475-B a 475-H, do Código de Processo Civil, conforme as necessidades do caso concreto. Em regra, a liquidação por artigos se afigura mais adequada, haja vista a necessidade de se alegar e provar fato novo, relativo aos elementos da relação jurídica até então desconhecidos, pois não foram objeto de cognição do juízo.

Por sua vez, a sentença, agora devidamente liquidada, será executada mediante o procedimento adequado a natureza da obrigação fixada na sentença, ou seja, obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa, pagar etc.

³⁷⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

³⁷⁸ ZAVASKI, Teori. Albino. *Op. cit.*, p. 179.

Por fim, ressalte-se que, obtida a sentença genérica de procedência na ação coletiva, cessa a legitimação extraordinária. A ação específica para o seu cumprimento, em que os danos serão liquidados e identificados os respectivos titulares, dependerá de iniciativa de o próprio titular do direito lesado³⁷⁹.

4.4.8. Liquidação e execução coletiva.

Por fim, consoante os artigos 97/100, salienta-se que passado o prazo de um ano, uma vez não ocorrendo à identificação ou habilitação de titulares de direitos individuais em número compatível com a gravidade da lesão, poderá o Ministério Público ou qualquer colegitimado promover a liquidação e a execução da indevida³⁸⁰, sendo que, no caso, os valores serão revertidos para o fundo de defesa dos direitos difusos.

4.5. Da litispendência da ação coletiva e das ações individuais.

A questão da litispendência entre a ação coletiva e as ações individuais sempre foi alvo de muita polêmica, em especial pela cultura individualista que impera entre os operadores do direito.

Com efeito, conforme exposto, o problema descrito no presente trabalho tem por base os exemplos, não raros, de tramitação simultânea de milhares de ações singulares e dezenas de ações coletivas, em juízos completamente distintos, em todo o território nacional, e que tem por objeto litigioso matéria unicamente de direito e envolve questões fáticas, que decorrem de origem comum.

Tais demandas decorrem de um novo contexto social, pautada na “massificação da produção, da distribuição (incluindo a massificação dos contratos) e do consumo em geral³⁸¹”, com proliferação de demandas semelhantes, que, diante de uma lesão ou ameaça de lesão, ensejando, “instantaneamente”, o surgimento de milhares de ações semelhantes,

³⁷⁹ Ibidem, p. 179.

³⁸⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Op. cit.*, p.76

³⁸¹ BENJAMIN, Antônio Hermam V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

homogêneas³⁸², cuja solução, dependerá da compreensão do operador do direito de que as técnicas processuais servem a funções sociais.

Conforme expõe Aluísio Gonçalves de Castro Mendes³⁸³, o sistema vigente, de forma equivocada, banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual.

Tal problema também foi apontado por Kazuo Watanabe³⁸⁴, em excelente artigo sobre as demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense:

A total displicência por esses aspectos de suma relevância vem ocasionando uma *inadmissível multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objeto*, como vem acontecendo na questão do aumento de 147,06% nos benefícios dos aposentados, e tem provocado, o que é pior, a contradição de julgados, *uns* concedendo a atualização pretendida pelos inativos de alguns Estados e denegando-a *outros* aposentados dos demais Estados.

Tal fato decorre do entendimento de que a propositura da ação civil coletiva não impede a propositura ou o prosseguimento da ação individual, sob o fundamento de não há litispendência entre elas e de que o legislador teria assegurado o direito de agir com independência fora dos júzos coletivos. Outros argumentos também são postos como o fato de que a reunião dos processos prejudicaria o direito individual do consumidor de demandar no foro de seu próprio domicílio.

Portanto, conquanto encontre aparente respaldo na legislação pátria brasileira, na medida em que o legislador autorizou, no artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor³⁸⁵, a

³⁸² Kazuo Watanabe enxergou o problema: “A total displicência por esses aspectos de suma relevância vem ocasionando uma inadmissível multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objeto, como vem acontecendo na questão do aumento de 147,06% nos benefícios dos aposentados, e tem provocado, o que é pior, a contradição de julgados, uns concedendo a atualização pretendida pelos inativos de alguns Estados e denegando-a outros aposentados dos demais Estados”. WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *RePro*, ano 17, n. 67. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro 1992.

³⁸³ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*

³⁸⁵ O artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II, do parágrafo único, do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os

coexistência da ação coletiva e da ação individuais, o precitado posicionamento não se afigura o mais adequado ao tratamento dos litígios decorrentes de uma nova realidade social³⁸⁶, conforme descrito acima, ao relacionar o tema com o Acesso à Justiça (cf. item 3.9).

De fato, não é possível afirmar a existência de litispendência, que consiste, “enquanto representativa de pressuposto processual negativo (extrínseco), em estar outra ação idêntica pendendo perante outro, ou o mesmo, juízo, contemporaneamente³⁸⁷”, pois não bastasse à referência expressa no artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor, não há identidade entres os três elementos identificadores das ações: partes, causa de pedir e pedido.

A homogeneidade que caracteriza os direitos individuais homogêneos não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade, razão pela qual se, de um lado, é possível identificar um núcleo de homogeneidade nos direitos individuais homogêneos, composto por elementos comuns, do outro lado, verificam-se elementos peculiares a cada situação, compondo a margem de heterogeneidade.

Tal característica, inclusive, ensejou a adoção de uma técnica de cognição diferenciada para a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, tendo como objetivo inicial a obtenção de uma sentença genérica. Da mesma forma, no âmbito da tutela individual, ainda que as demandas sejam repetitivas e os elementos da demanda se assemelhem, não é possível falar-se em identidade, seja das partes, seja dos elementos objetivos (causa de pedir e pedido).

autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

³⁸⁶ Eis a lição de Humberto Theodoro Júnior: “Não é lógico e muito menos razoável, dentro da metodologia contemporânea do Direito, impor uma concretização de norma para o mesmo e único conflito que leve a Justiça brasileira a processar e julgar repetidamente, por mais de cem mil vezes (e a prosseguirem as demandas individuais, certamente se chegará aos milhões de causas, porque mais de 40 milhões de assinaturas de telefones fixos existem no País), a mesma demanda sob o mesmíssimo fundamento jurídico. (...) Para se tutelar apenas o interesse individual dos consumidores, e insistir em não se reconhecer o cabimento da reunião das ações conexas com as ações coletivas já agrupadas na Justiça Federal, estar-se-á anulando todo o interesse público envolvido na busca de um funcionamento melhor da Justiça nacional. A avalanche de causas, que só tenderá a crescer até atingir níveis jamais imaginados, resultará num lamentável incremento do já notório atravancamento dos serviços judiciários, afetando todos os níveis da Justiça brasileira, desde os juízos de 1º grau das justiças estadual e federal, dos juizados especiais, tribunais de justiça e tribunais regionais federais, até o Superior Tribunal de Justiça, caudatário final dos milhares, senão, dos milhões de processos, que fatalmente terão franquia para tramitar livremente por todas as instâncias da Justiça nacional”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Ações individuais e coletivas sobre relação de consumo - reunião de processos por conexão*. Juris Síntese nº 72, Julho/Agosto, 2008.

³⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

Em que pese à inexistência de litispendência, com base no princípio da máxima efetividade da tutela coletiva, tornou-se imperiosa uma interpretação que avançasse a mera análise literal do artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor, em evidente Desenvolvimento do Direito, defendido por Karl Larenz³⁸⁸.

Neste sentido, a doutrina já clamava por uma atividade criativa da jurisprudência:

³⁸⁸ Larenz afirma que toda lei contém lacunas e que compete aos tribunais o papel de colmatá-las. Em alguns casos, a tarefa dos intérpretes não se limita na colmatação das lacunas da lei, “mas na adopção e conformação ulterior de novas ideias jurídicas que, em todo o caso, se tinha insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau”. Assim, Larenz afirma que “a interpretação da lei e o desenvolvimento do Direito não devem ver-se como essencialmente diferentes, mas só como distintos graus do mesmo processo de pensamento”. Larenz previu três graus no desenvolvimento do Direito, que foram associados aos limites da atividade interpretativa. Assim, pela interpretação em sentido estrito alcança-se o sentido literal possível. Quando a interpretação não se limita ao sentido literal, mas tem por limite o sentido originário da lei, tem-se o desenvolvimento do Direito *imane*nte à lei. Por fim, verifica-se o desenvolvimento do Direito *superador da lei*, que extrapola os limites do direito positivo, diante de condições específicas. O desenvolvimento do Direito *imane*nte à lei ocorre quando existe uma lacuna na lei, e o seu preenchimento ocorrerá mediante a analogia, à redução teleológica e a extensão teleológica, ressaltando que tais instrumentos não “devem limitar-se às intenções e às decisões tomadas conscientemente pelo legislador, mas devem compreender também as finalidades jurídicas objetivas e princípios válidos para o ordenamento jurídico inteiro”. Larenz defende, ainda, a aplicação evolutiva do Direito além do plano da lei, ou seja, desenvolvimento do Direito superador da lei, mas *intra ius*, diante de uma necessidade ineludível do comércio jurídico, a natureza das coisas e o respeito por um princípio ético-jurídico: “Uma lacuna da lei é, como dissemos, um inacabamento contrário ao plano da lei. O juiz tem que integrá-la para aplicar a lei adequadamente, o que quer dizer, no sentido do plano subjacente à regulação e no das valorações a ele imanes. Mas a jurisprudência dos tribunais desenvolveu, igualmente, a ordem jurídica em muitos casos em que não se pode decerto falar de um inacabamento da lei contrário ao plano. Criou novos institutos jurídicos que não estavam presentes no plano originário da lei e, mais, que lhe eram contrários; seja em atenção a uma necessidade ineludível da ordem jurídica, a um princípio jurídico cujo significado só foi conhecido posteriormente ou a um princípio constitucional. Mesmo se, em regra, ainda pudessem achar-se na lei certos pontos de apoio para um tal desenvolvimento do Direito superador da lei, ele transcende, na verdade, o âmbito de uma mera integração de lacunas. Tal desenvolvimento já não se orienta somente à *ratio legis*, à própria teleologia imanente à lei, mas, além disso, a uma ideia jurídica que lhe é transcendente. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito tem que permanecer em consonância com os princípios gerais da ordem jurídica e com a ordem de valores conforme à Constituição; mais, só pode ser justificado mediante essa consonância. Trata-se, portanto, de um desenvolvimento do Direito certamente *extra legem*, à margem da regulação legal, mas *intra jus*, dentro do quadro da ordem jurídica global e dos princípios jurídicos que lhe servem de base. Se, a esse respeito, tão-pouco são já suficientes os meios auxiliares metodológicos, já discutidos, da interpretação da lei e do desenvolvimento do Direito imanente à lei, então um tal desenvolvimento do Direito precisa também de ser fundamentado com ponderações jurídicas. Vai em seguida discutir-se de que espécie são estas ponderações e onde residem os limites de um tal desenvolvimento do Direito”. Em que pese à importância das três hipóteses, que fundamentam desenvolvimento *superador da lei*, destaca-se aquele que decorre de um princípio ético-jurídico, que “são pautas orientadoras da normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas” e ocorre “sempre que um tal princípio, ou também um novo âmbito de aplicação de tal princípio, é conhecido pela primeira vez e expresso de modo convincente”. Larenz estabelece as condições prévias a um desenvolvimento *superador da lei*, que, segundo o jurista e filósofo alemão, decorrem da “divisão de funções entre a actividade legislativa e a administração da justiça”. Assim, em primeiro lugar, faz-se necessária a “existência de uma questão jurídica, quer dizer, de uma questão que exige uma resposta jurídica”. A segunda condição é que a questão não possa ser resolvida pelas demais formas de desenvolvimento do Direito³⁸⁸ e que se demonstre uma das hipóteses que fundamentam tal foi de atividade *contra legem intra ius*, a saber: uma necessidade irrecusável do tráfego jurídico, da exigência de praticabilidade das normas jurídicas, da natureza das coisas e dos princípios ético-jurídicos subjacentes à ordem jurídica no seu conjunto. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 6 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012, p. 287

A jurisprudência poderia, de forma criativa, dando concreção aos direitos fundamentais da efetividade da tutela jurisdicional, da duração razoável do processo e da segurança jurídica, encaminhar-se no sentido de reconhecer como de interesse público (não ficando na dependência do particular, que muitas vezes desconhece a existência de uma ação coletiva), a suspensão das ações individuais, se pendente ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos. Trata-se de uma exigência de ordem pública, não só decorrente da necessária racionalização do exercício da função jurisdicional, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes, o que violaria o princípio da igualdade³⁸⁹.

Diante de grave entrave, o Superior Tribunal de Justiça, a partir do Recurso Especial 1.110.549-RS, relatado pelo Ministro Sidnei Beneti, em evidente desenvolvimento do Direito, passou a determinar a suspensão das ações individuais até o julgamento da ação coletiva atinente a Macrolide, conforme ementa abaixo:

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 [*sic*] 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 improvido³⁹⁰.

Importante transcrever trecho do voto do relator, no qual é enfrentada a necessidade de, mediante uma interpretação teleológica da norma, encontrar soluções para aquilo que ele denominou de Macrolide³⁹¹, preservando o interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários:

³⁸⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo. Salvador: Juspodivm, 2014.

³⁹⁰ Resp 1110549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 28.10.2009, *Dje* 14.12.2009.

³⁹¹ Em sentido semelhante, mas associado às ações repetitivas, aponta Leonardo José Carneiro da Cunha que, na “esteira da ideia da chamada causa piloto, há no direito alemão um Procedimento-Modelo ou Procedimento Padrão (*Musterverfahren*), cujo objetivo consiste em fixar o posicionamento sobre questões de fato ou de direito que sejam comuns a várias causas repetitivas”. Em tal procedimento, também se verifica a suspensão dos processos até que o tribunal firme seu entendimento, que posteriormente será replicada em todos os processos que ficaram suspensos. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro* 147/123-146. São Paulo: Ed. RT, maio 2007 *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*

8.- No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido. 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.

9.- Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo caput dispõe que "a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo".

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 accidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (poderá, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e Resp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008).

Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva.

A interpretação não se antagoniza, antes se harmoniza à luz da Lei dos Processos Repetitivos, com os precedentes desta Corte antes assinalados.

Note-se que não bastaria, no caso, a utilização apenas parcial do sistema da Lei dos Processos Repetitivos, com o bloqueio de subida dos Recursos ao

Tribunal Superior, restando a multidão de processos, contudo, a girar, desgastante e inutilmente, por toda a máquina jurisdicional em 1º Grau e perante o Tribunal de Justiça competente, inclusive até a interposição, no caso, do Recurso Especial. Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em 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, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

Salienta-se que na identificação da Macrolide deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo, e não as peculiaridades de cada ação individual, pois o “delineamento da relação-modelo com causa de pedir e o pedido padronizados, importa para a criação do precedente, apara a aplicação da solução-tipo às causas afins que estejam pendentes³⁹²”.

Portanto, embora se reconheça que o sistema de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos esteja em evolução, é preciso constatar, desde já, que a coexistência irrestrita das ações coletivas e as milhares de ações individuais inviabiliza a própria tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, na medida em que o titular do direito não receberá do Estado uma decisão a respeito de sua demanda, ou se a obtiver, não será no tempo adequado, sem levar em considerações a possibilidade de inúmeras decisões conflitantes, que à evidencia subsomem em violação direta ao princípio da igualdade.

No caso, “trata-se de uma das mais importantes decisões do STJ sobre a tutela jurisdicional coletiva e a tutela individual dos direitos individuais homogêneos³⁹³”, na medida em que o “o STJ deu um grande passo na racionalização do sistema de tutela dos direitos, dando-lhe mais coerência e eficiência³⁹⁴”.

³⁹² BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. *Op. cit.*.

³⁹³

³⁹⁴

4.6. Coisa Julgada e técnicas de vinculação.

De acordo com o artigo 472, do Código de Processo Civil, a regra geral do direito brasileiro, é que “a sentença faz coisa julgada³⁹⁵ às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, limitando subjetivamente a coisa julgada as partes que litigam em juízo.

Esse não é, contudo, o regramento aplicado na tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos. Estabelece o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor³⁹⁶ que a coisa julgada é *erga omnes*, ou seja, atinge a todos os jurisdicionados – no caso, todas as vítimas e seus sucessores-, tenham ou não participado do processo.

Os limites objetivos da coisa julgada estão relacionados com o objeto de cognição judicial, subsumidos na congruência entre o pedido formulado e o dispositivo da sentença, que conterà a norma jurídica individualizada do caso concreto.

³⁹⁵ A indeclinabilidade da jurisdição constitui princípio fundamental do processo civil, a impor ao Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional diante de violação ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF). A lide colocada em juízo há de receber do Poder Judiciário uma solução terminativa do processo ou com a resolução do mérito da causa. A decisão de encerramento será imodificável, que porque terão sido utilizados todos os recursos previstos em lei, quer porque não terá sido interposto o recurso cabível. A partir daí, há a formação da chamada coisa julgada, que confere estabilidade à decisão judicial, de modo a vedar que a mesma causa venha a ser novamente apreciada pelo Poder Judiciário. A imutabilidade do comando sentencial gerada pela coisa julgada importa para definir, de modo vinculativo, a relação jurídica das partes que participam do litígio.

Há duas espécies de coisa julgada: formal e material. Sempre que ocorre o esgotamento das vias recursais e a inexistência de reexame necessário, de modo a impedir a reapreciação do ato decisório dentro da mesma relação processual, configura-se a coisa julgada formal. Se a decisão revestida da coisa julgada formal incluir matéria de mérito, opera-se também a coisa julgada material a vedar definitivamente a discussão da lide também em outro processo. A coisa julgada torna invulnerável o comando emergente da sentença, de modo que a lide fica resolvida em caráter definitivo. A coisa julgada material pressupõe a existência de coisa julgada formal, porquanto a estabilidade da decisão judicial advém da ausência de impugnação. Desse modo, enquanto a decisão foi passível de recurso, não se atinge o *status* de coisa julgada formal e, por consequência, não se pode falar em coisa julgada material. BARIONI, Rodrigo. *Ação Rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

³⁹⁶ Art. 103 - Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do artigo 81. § 1º - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º - Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o Art. 16, combinado com o Art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99. § 4º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Destarte, no caso em destaque, tratando de um procedimento cindindo em fases, com apreciação das questões comuns - núcleo de homogeneidade-, na primeira fase, e das questões peculiares, distintas - margem de heterogeneidade-, na segunda fase, verificar-se-á a coisa julgada correspondente a cada objeto de apreciação do Estado-juiz, de modo que, a primeira fase resultará em uma sentença genérica, e, portanto, somente sob os elementos ali retratados, incidirão os efeitos da coisa julgada, ocorrendo a estabilização completa de todos os elementos da relação jurídica somente com apreciação dos demais elementos, o que se dará na segunda fase, ou, eventualmente, na terceira fase, em caso de decurso do prazo de um ano, sem que tenha ocorrido a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano.

De mais a mais, três são os modos de produção da coisa julgada: *pro et contra*, que é aquela que se forma independente do resultado do processo, seja ele de procedência, seja de improcedência; *secundum eventum litis*, que condiciona os efeitos da coisa julgada a um resultado de procedência dos pedidos formulados no processo, e *secudum eventum probationis*, vinculada ao esgotamento da atividade probatória, razão pela qual em caso de improcedência por insuficiência de provas, não incidem os efeitos da coisa julgada.

Segundo o artigo 103, §§2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, na tutela dos direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. O dispositivo ainda estabelece que os efeitos da coisa julgada não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução.

Portanto, também em relação ao regime de produção da coisa julgada, o legislador distanciou-se do regramento geral da tutela individual, que é a coisa julga *pro et contra*.

As ações coletivas são, por definição, processos envolvendo um grupo numeroso de pessoas. Estes indivíduos, chamados de membros ausentes, não figuram propriamente como partes do processo. Devido à natureza representativa da *class action*, os membros ausentes não estão obrigados a participar ativamente na demanda para a proteção de seus interesses. Em uma

ação coletiva, a defesa dos interesses de toda a classe incumbe ao representante e, em última medida, ao juiz da causa, que deve sempre velar pela representatividade adequada³⁹⁷.

Assim, como os integrantes do grupo não participam do processo, pois são representados pelo legitimado extraordinário, que defende em nome próprio o direito do grupo, faz-se necessária a adoção de alguma sistema de vinculação do grupo às decisões proferidas no bojo de uma ação coletiva, sob pena de total comprometimento da efetividade da tutela coletiva, em especial em uma sociedade de perfil eminentemente individualista e privatista.

No Brasil, consoante exposto acima, um dos problemas mais graves que se tem observado é a coexistência de ações coletivas e individuais referentes à mesma matéria litigiosa, que encontram respaldo no ordenamento pátrio, que não regulou satisfatoriamente os institutos da conexão, da litispendência e coisa julgada no processo coletivo.

Neste caso, viu-se que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento do Recurso Especial nº. 1110549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 2ª Seção, j. 28.10.2009, Dje 14.12.2009 deu o primeiro passo, determinando a suspensão obrigatória das ações individuais, diante da formação da Macrolide.

É preciso, agora, compreender os sistemas de vinculação existentes, bem como o adotado no Brasil, para que se identifiquem as causas que impactam negativamente na efetividade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos e, se for o caso, buscar um segundo passo, no intuito da racionalização da tutela coletiva.

Segundo Andre Vasconcelos Roque³⁹⁸ existem três técnicas tradicionais de vinculação dos indivíduos ao resultado da demanda coletiva, cada uma com suas vantagens e desvantagens: a) vinculação compulsória, em que não há possibilidade de auto-exclusão; b) vinculação por inclusão (*opt-in*), que os interessados devem manifestar afirmativamente o seu desejo de se vincular ao resultado na demanda coletiva e; c) desvinculação por exclusão (*opt out*), em que a inércia opera a favor da vinculação, devendo os interessados manifestarem seu desejo de se autoexcluírem da ação coletiva, caso assim desejem.

³⁹⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, 308.

³⁹⁸ Idem, p. 581.

Consoante se depreende do artigo 103, §2º e 104, ambos do Código de Defesa do Consumidor, na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, os indivíduos somente serão vinculados em caso de procedência da pretensão coletiva (“transporte *in utilibus*”) e não tiverem intervindo no processo como litisconsortes. Ademais, o transporte *in utilibus* em benefícios dos interessados somente ocorrerá se, existindo ação individual em curso, tiverem requerido sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Verifica-se que a legislação brasileira é bastante peculiar neste aspecto, porque não adotou nenhum dos modelos clássicos de vinculação, ou seja, não adotou o sistema vinculação obrigatória, da técnica do *opt-in* ou do modelo do *opt-out*³⁹⁹, de modo que, diferentemente do direito comparado, o direito brasileiro preferiu concentrar sua atenção, sobretudo, na conduta dos interessados em suas demandas individuais, exigindo a efetiva ciência do indivíduo nos autos para que se inicie a contagem do referido prazo de 30 (trinta) dias⁴⁰⁰.

Tal posicionamento afigura-se insuficiente e ineficiente⁴⁰¹, sendo, pois, preciso repensar o sistema de vinculação dos indivíduos nas ações coletivas brasileiras. Assim, com base na experiência norte-americana das *class actions*, que após a reestruturação da Regra 23, em 1966⁴⁰², passou a adotar a técnica da desvinculação mediante exclusão (*opt-out*), Andre

³⁹⁹ Alguns autores discordam desse posicionamento, afirmando que o Brasil adotou um sistema específico de vinculação. Assim, Rodolfo de Camargo Mancuso sustenta que o direito brasileiro adotou o sistema do *opt-in* em relação aos direitos e interesses individuais homogêneos. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 103.

⁴⁰⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, 308.

⁴⁰¹ Insuficiente porque, não havendo processo individual, simplesmente não será deflagrado o prazo para o exercício do direito de exclusão, permitindo que, a todo momento, sejam ajuizadas novas demandas individuais. Ineficiente porque a legislação confia demasiadamente no réu, para que este informe ao autor da ação individual sobre a propositura de uma demanda coletiva referente à mesma controvérsia. Nem sempre será interesse do réu providenciar tal comunicação nos autos do processo individual. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, 308.

⁴⁰² Sobre o tema, confira, ainda, GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 e Cassio Scarpinella Bueno, que aborda as *class actions* americanas: “(...) A última hipótese de situação fática a dar ensejo ao cabimento de uma *class action* é a prevista na *Rule 23(b)(3)*. É, como dá notícia a doutrina americana, a hipótese mais comum destas ações coletivas, sendo certo que este é o modelo importado para os artigos 91 a 100 do nosso Código do Consumidor. Para esta ação, há necessidade de que, caso a caso, a Corte identifique questões comuns de fato ou de direito para todos os membros da classe. Tais questões devem ser predominantes sobre quaisquer outras referentes a meros interesses individuais, considerados isoladamente. Ainda, a ação será cabível se a Corte acreditar ser a ação coletiva a melhor forma disponível para que se dê um julgamento eficiente para a controvérsia, de forma a se sobrepor ao julgamento de ações individuais. Trata-se, não há dúvidas, de típica aplicação do princípio da eficiência e da

Vasconcelos Roque afirma que é chegado o momento de o Brasil avançar e adotar a técnica da desvinculação por exclusão⁴⁰³.

Parece ser essa a intenção do legislador, na medida em que o Projeto nº. 5.139/2009 previu em “estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, *para que possam exercer, até a publicação da*

economia processuais encampado e tão encarecido pela *Rule 23*. Para que seja possível à Corte exercer o controle quanto ao cabimento desta última hipótese de *class action - the so-called common question or damage class action* -, em especial no que se refere à pesquisa em torno de ser a ação coletiva o melhor meio de tutela para o caso e se as questões comuns à class são as predominantes, o dispositivo legal precitado indica quatro fatores, *non-exhaustive*, que deverão ser considerados: (i) análise de qual é o interesse dos membros da classe em proporem ou se defenderem em ações individuais; (ii) a extensão e a natureza de litígios, já iniciados ou não, pelos sujeitos que poderiam dar ensejo à formação de uma *class*, ou em face dos mesmos; (iii) a conveniência de concentrar o litígio perante um só juízo, que seja apto para resolução da controvérsia, implicando que tal medida minimize a potencialidade de duplicação de esforços (economia processual) , bem como, a possibilidade de decisões contraditórias (segurança jurídica)²⁴; (iv) as dificuldades de ser administrada ou gerenciada a ação na forma de *class action*. Como decidido pela Suprema Corte Americana, questões do tipo quantos membros poderão intervir no processo para participarem da ação, ou a onerosidade da *fair notice* exigida pela *Rule 23(c)(2)* não devem afetar esta decisão quanto ao gerenciamento da classe (cf. item 2.2.1., *infra*)”. BUENO, Cassio Scarpinella. *As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta*. Capturado

<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Class%20action%20e%20direito%20brasileiro.pdf>, consultado em 29/08/2013.

⁴⁰³ Eis o posicionamento do Autor: “Com a devida vênia, não parece mais ser possível sustentar atualmente que o direito brasileiro não possa privilegiar o modelo de desvinculação por exclusão em virtude de fatores como a deficiência de informações, a ausência de conscientização de uma enorme parcela da sociedade, o desconhecimento dos canais de acesso à justiça ou à distância existente entre o povo e o Poder Judiciário. Na época em que se aprovou o Código do Consumidor, o Brasil estava saindo de um processo de redemocratização e a nova Constituição da República havia sido promulgada há menos de dois anos. O fortalecimento do acesso à justiça no país ainda se encontrava em um estágio muito inicial e era natural que o legislador optasse por um regime que evitasse ao máximo trazer consequências prejudiciais aos interesses da coletividade, ainda mais em um campo ainda desconhecido no Brasil, que era o das ações coletivas. Nos dias de hoje, entretanto, a realidade parece ser bem diferente daquela vivenciada no duas décadas atrás. O acesso à justiça se consolidou. O Poder Judiciário se aproximou em certa medida da população, notadamente através dos Juizados Especiais Cíveis. Não se está querendo dizer aqui que o processo de abertura dos tribunais à população está concluído, mas a principal preocupação vivenciada no processo civil brasileiro contemporâneo deixou de ser a assistência judiciária dos hipossuficientes ou mesmo a tutela dos novos direitos. Agora que um crescente número de pessoas e interesses tem acesso aos tribunais, a pressão sob a máquina judiciária aumentou e o processo civil deve buscar novos mecanismos para permitir uma solução rápida e barata para os litígios, sem que se comprometa a qualidade da prestação jurisdicional. Nesse contexto, têm sido aprovadas nos últimos anos reformas processuais que incorporaram ao direito brasileiro institutos como a súmula vinculante, regulamentada na lei 11.417/06, e a sentença liminar de improcedência prevista no art. 285-A do CPC. O papel a ser desempenhado pelas ações coletivas no Brasil deve ser inserido também no contexto atual. Em um país em que foram ajuizadas centenas de milhares ou até mesmo milhões de demandas individuais, principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, questionando a legalidade das assinaturas de telefone, não se pode concluir genérica e abstratamente que a maioria da população se encontra realmente privada dos canais de acesso à justiça. As ações coletivas somente serão instrumentos eficazes para proporcionar economia processual e evitar todas essas demandas individuais, desafogando assim a máquina judiciária, se uma grande parcela dos interessados estiver vinculada ao seu resultado e este objetivo somente pode ser alcançado através da técnica de desvinculação por exclusão”.

sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social (cf. Art. 13)”.

Ademais, o precitado projeto estabelece que a “ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva” (cf. Art. 37, §3º),

Verifica-se, assim, que embora tenha adotado a técnica do *opt-out* o projeto acabou inserindo outras peculiaridades, pois o afastamento da vinculação à ação coletiva, com a tramitação autônoma e simultânea da ação individual, somente ocorrerá em caso de manifestação do autor e demonstração de que a suspensão da ação individual ensejará prejuízos ao titular do direito.

Ressalta-se que para o êxito da adoção da técnica de desvinculação por exclusão é preciso potencializar as formas de comunicação e divulgação dos interessados, ficando certo que a previsão de veiculação de edital no Diário Oficial não atende a tal finalidade.

No direito norte americano, por exemplo, a *Rule 23* estabelece que em qualquer *class action*, fundada na alínea b(3), o tribunal deverá ordenar sejam notificados da existência da demanda todos os componentes do grupo. A notificação poderá ser pessoal àqueles cuja identificação seja possível com razoável esforço, e deverá ser a mais eficaz dentro das circunstâncias. Pela notificação, os componentes do grupo deverão ser informados de que: (a) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe; (b) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requereram sua exclusão; (c) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado.

Tal exigência decorre, exatamente, do fato que a sentença proferida em uma *class action* relacionada aos direitos individuais homogêneos (cf. alínea b(3)), favorável ou contrária, será vinculante a todos aqueles que o tribunal declarar serem integrantes da classe, bem como àqueles que foram notificados na forma citada acima e não requereram a sua exclusão.

Atento a tal necessidade, o Projeto de lei nº. 5.139/2009, embora não exija a notificação seja pessoal, representa um avanço, na medida em que estabelece que a “comunicação dos membros do grupo, prevista no caput, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação, às partes, ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo” (cf. art. 13, paragrafo único).

4.7. Outros problemas relacionados à tutela de direitos individuais homogêneos.

A apreensão contemporânea do conceito de acesso à justiça exige a justaposição de três fatores: oferta de jurisdição compatível com a demanda da população, qualidade e oportunidade temporal da jurisdição que se desenvolve e efetivação, no campo prático, dos provimentos judiciais⁴⁰⁴.

De fato, a tutela jurisdicional coletiva, em especial dos direitos individuais homogêneos, ao permitir que a jurisdição seja prestada de forma molecular, materializa, na sua medida, a apreensão contemporânea do conceito de acesso à justiça.

Sucedem que o objetivo do legislador não tem sido alcançado, ao contrário, na prática, a tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos ainda teve o condão de otimizar a tutela jurisdicional, mediante o tratamento molecular dos litígios em massa⁴⁰⁵.

É evidente que um dos motivos para esta triste realidade é a possibilidade, defendida por parte da doutrina, da coexistência irrestrita das ações coletivas e das ações individuais. Conforme já se defendeu neste trabalho, o sistema precisa evoluir para que não ocorra o total esvaziamento

⁴⁰⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁴⁰⁵ (...) realidade de certo modo perversa, que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obedecendo pleno sucesso de serem (...) instrumento efetivo para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continua e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados (...) MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Op. cit.*, p. 435.

da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos em total prejuízo ao efetivo acesso à justiça.

Para Ruy Zoch Rodrigues⁴⁰⁶ outro fator da realidade contemporânea que pressiona no sentido de veiculação atomizadas das demandas que poderiam ser objeto de ações coletivas tem natureza econômica e remete ao mercado da advocacia. Segundo o autor, muitos escritórios se organizam como empresas para tratar justamente de temas massificados, construindo verdadeiras linhas de montagem que seguem a lógica do ganho em escala, direcionando, destarte, a litigiosidade formada por direitos individuais homogêneos às demandas individuais em detrimento das demandas coletivos.

Há, também, de se considerar a limitação inconstitucional⁴⁰⁷, prevista no artigo 1º, da Lei 7.347/1985, que estabelece que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, exigindo do titular do direito lesado a propositura de uma ação individual.

Por fim, aponta Antonio Gidi⁴⁰⁸ outro problema relacionado à efetividade das ações coletivas. Para o precitado autor, a comunicação da propositura da ação coletiva é cumprida por um aviso insignificante e superficial, mediante apenas uma única publicação em um jornal oficial, o que é claramente insuficiente, particularmente por causa dos baixos níveis de leitura pública do diário oficial.

⁴⁰⁶ RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

⁴⁰⁷ “36. Direito de ação (CF 5º, XXXV). Inconstitucionalidade do par. Ún. O texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. O parágrafo ora comentado exclui da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta Magna e, portanto, ao estado democrático de direito (CF, 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas limitaria o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos em que enumera. É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo. A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa (CF 37, *caput*) são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela MedProv 2180-35 6º. O Poder Judiciário não poderá dar cumprimento a essa norma inconstitucional. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 9º ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

⁴⁰⁸ GIDI, Antônio. *Op. cit.*

Portanto, em que pese a importância da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, diversos problemas ainda impedem a efetividade da tutela jurisdicional coletiva, de modo que tais problemas devem ser extirpados do sistema, mediante alterações legislativas que contemplem tais entraves.

4.8. Tutela das demandas repetitivas no Código de Processo Civil

É preciso esclarecer que a edição de uma tutela coletiva de direitos não afastou a tutela individual dos direitos individuais, ainda que massificados. Para tanto, o legislador procurou dotar o sistema processual individual de institutos que permitam, ao lado da tutela coletiva, fornecer uma resposta do Estado ao pedido de tutela jurisdicional. Vislumbram-se, aqui, inovações como o julgamento imediato de improcedência e o julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial, previstos nos artigos 285-A⁴⁰⁹, 543-B⁴¹⁰ e 543-C⁴¹¹, todos do CPC, respectivamente.

⁴⁰⁹ Eis o teor: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação. § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

⁴¹⁰ Eis o teor: “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. § 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. § 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos. § 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada. § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”

⁴¹¹ Eis o teor: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do

Trata-se de institutos de suma importância para o direito brasileiro. Como os precitados institutos já foram alvo de dissertações e teses, optou-se de pela análise de um novo instituto incorporado no direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil, que é o incidente de coletivização de demandas repetitivas.

4.8.1. Incidente de resolução de demandas repetitivas

Com se observa da exposição de motivos elaborada pela comissão que elaborou o anteprojeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, a inspiração para criação de incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) adveio do direito alemão⁴¹², que possui procedimento denominado de *Musterverfahren* e “gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu⁴¹³”. Ademais, a doutrina aponta o incidente de julgamento por amostragem dos recursos especial e extraordinários repetitivos, previstos nos artigos 543-B e 543-C, do Código de Processo Civil atual, como fonte de inspiração do instituto⁴¹⁴.

Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”.

⁴¹² Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes. É instaurado perante o Tribunal local, por iniciativa do juiz, do MP, das partes, da Defensoria Pública ou pelo próprio Relator. O juízo de admissibilidade e de mérito caberão ao tribunal pleno ou ao órgão especial, onde houver, e a extensão da eficácia da decisão acerca da tese jurídica limita-se à área de competência territorial do tribunal, salvo decisão em contrário do STF ou dos Tribunais superiores, pleiteada pelas partes, interessados, MP ou Defensoria Pública. Há a possibilidade de intervenção de *amici curiae*. O incidente deve ser julgado no prazo de seis meses, tendo preferência sobre os demais feitos, salvo os que envolvam réu preso ou pedido de *habeas corpus*. O recurso especial e o recurso extraordinário, eventualmente interpostos da decisão do incidente, têm efeito suspensivo e se considera presumida a repercussão geral, de questão constitucional eventualmente discutida. Enfim, não observada a tese firmada, caberá reclamação ao tribunal competente. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 31 de jan. de 2015.

⁴¹³ RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giuffrè, 2008, p. 178.

⁴¹⁴ Tal proposta tem inspiração no direito comparado, em especial na Alemanha, onde já se previa o instituto do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) no âmbito da jurisdição administrativa (desde 1991), do mercado de

O incidente encontra-se proposto no Livro III (Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais), Título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais), Capítulo VIII, em doze dispositivos que vão do artigo 976 ao artigo 987, do Novo Código de Processo Civil brasileiro, aprovado no Senado Federal em seu texto básico em 16 de dezembro de 2014 e em votação definitiva em 17 de dezembro de 2014, tendo o texto definitivo sido enviado à sanção presidencial em 24 de fevereiro de 2015.

O art. 925 serve de pressuposto para o microsistema normativo de litigiosidade repetitiva que traz como espécies o “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas” (IRDR), o julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos, o julgamento liminar, entre outras técnicas. O primeiro instituto é uma novidade no Direito brasileiro e tem inspiração na Alemanha; o segundo, como mencionado anteriormente, vem sendo desenhado no Brasil desde 2004⁴¹⁵.

Segundo André Vasconcelos o “propósito desse instituto, evidentemente, consiste em não somente evitar a multiplicação de processos idênticos, como também proporcionar isonomia e segurança jurídica⁴¹⁶”, o que fica evidenciado com condições exigidas para instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas: “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito⁴¹⁷” e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Neste sentido, o artigo 976 prescreve o cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas, quando houver, simultaneamente: “I – efetiva repetição de processos que

capitais (desde 2005⁶⁴) e da jurisdição sobre assistência e previdência social (desde 2008). O *Musterverfahren* alemão funciona, guardadas as proporções, de forma semelhante ao proposto incidente no projeto do novo CPC65. Além disso, o novo instituto também encontra raízes no direito nacional, mais precisamente no incidente de julgamento por amostragem dos recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 543-B e 543-C do CPC atual). ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume XII. Disponível: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>, Acesso em: 31 de jan. de 2015.

⁴¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 331.

⁴¹⁶ ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume XII. Disponível: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>, Acesso em: 31 de jan. de 2015.

⁴¹⁷ Estar-se-á diante de questão de direito, que poderá ser material ou processual. A identidade apenas fática não autoriza, ao contrário do que ocorre no regime alemão, a instauração do incidente brasileiro. 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, p. 283.

tenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”; e “II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Salienta-se que “é incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (artigo 976, §4º)”, o demonstra a preservação da competência das Cortes Superiores na fixação dos precedentes obrigatórios.

O incidente poderá ser instaurado pelo juiz ou relator, por ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição (cf. artigo 977). Na versão que foi aprovada pela Câmara dos Deputados havia a previsão, ainda, da instauração a pedido da pessoa jurídica de direito público ou por associação civil cuja finalidade institucional incluía a defesa do interesse ou direito objeto do incidente, mas essa alteração não foi mantida pelo Senado, que optou pelo rol de legitimados previsto no anteprojeto originário. Salienta-se que se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono, conforme também ocorre nas ações coletivas.

A competência para o processamento do incidente será sempre do Tribunal. A versão da Câmara previa expressamente, seu artigo 988, §1º, que o incidente pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal. A versão aprovada pelo Senado suprimiu a delimitação dos tribunais competentes, todavia, parece que a competência restou mantida e limitada a tais tribunais. Assim, não se previu a utilização do incidente no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, que atuarão no julgamento dos recursos advindos da decisão que apreciar o referido incidente (art. 987)⁴¹⁸. No tribunal competente, o “julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal”, que julgará igualmente o

⁴¹⁸ O que se percebe é o direcionamento do incidente para os tribunais intermediários, ao passo que o STJ e o STF utilizam-se de outros mecanismos, menos expansivos, para uniformizar o direito, além da expressa possibilidade de recurso extraordinário e recurso especial nos incidentes (art. 995, §4), levando sua solução às Cortes de precedentes, com repercussão geral absolutamente presumida e impossibilidade de juízo de admissibilidade pelo tribunal local. A regulamentação diferenciada é coerente e preserva, em uma medida adequada, o desenrolar de discussões e debates para que o STF e STJ possam decidir, estabilizando a questão, depois de várias e importantes contribuições. MACÊDO, Lucas Buriel. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 527.

recurso, a remessa necessária ou a causa de competência originária de onde se originou o incidente.

O referido incidente visa à obtenção de tese jurídica a ser aplicada a todos os processos, atingindo, pois, um grande número de pessoas. Assim, como decorrência do princípio da publicidade e da transparência, o artigo 979 previu que “a instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”, bem como que “os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro” (art. 979, §1º)⁴¹⁹.

No tribunal, após a distribuição, o órgão colegiado competente para julgar o incidente procederá ao seu juízo de admissibilidade, verificando a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Estando presentes as condições, o incidente será admitido e relator promoverá os seguintes atos: a) suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no estado ou na região, conforme o caso; b) poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de quinze dias; c) intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

Conforme já abordado no presente trabalho, ao abordar as ações coletivas, não é crível que coexistam milhares de ações individuais, com o mesmo objeto. Assim, defendeu-se que a leitura atualizada do acesso à justiça exige em casos de litígios seriados, a demanda seja levada ao Judiciário por intermédio de um substituto processual e a decisão produza efeitos para todos, em respeito ao princípio da igualdade e da segurança jurídica. Ainda que tal

⁴¹⁹ A Resolução conjunta nº 2, de 21 de junho de 2011, editada pelo Conselho Nacional de Justiça instituiu os cadastros nacionais de informações de ações coletivas, inquéritos e termos de ajustamento de conduta, e dá outras providências. Tal decisão foi pautada nos seguintes fundamentos: a) a necessidade da criação de instrumentos que auxiliem e simplifiquem a atividade de administração da Justiça, possibilitando tornar o processo mais célere e efetivo; b) importância das ações coletivas, inquéritos civis, termos de ajustamento de conduta para a efetivação de direitos coletivos e difusos, e a necessidade de otimização do processamento e solução das demandas de massa; c) a necessidade de instituir o Sistema Integrado de Informações de Processos Coletivos, Inquéritos Civis e Termos de Ajustamento de Conduta, em atendimento aos princípios que regem a Administração Pública e os direitos e garantias fundamentais, etc. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/567-resolucoes-conjuntas/14836-resolucao-conjunta-n-2-de-21-de-junho-de-2011>, Acesso em: 02 de feve. De 2015.

posicionamento não seja majoritário, é certo que, como preocupação semelhante, o Superior Tribunal de Justiça tem determinado a suspensão das ações individuais, quando estiver em processamento recurso especial representativo da controvérsia, o que consistiu em evidente desenvolvimento judicial do direito. Portanto, a previsão de suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos amolda-se a necessidade de coerência do direito e permitirá a aplicação da tese a ser consagrada de forma igual para todos os casos.

Ressalta-se, contudo, que a suspensão dos processos não pode se eternizar, sob pena de violação ao acesso à justa, na medida em que não haverá entrega da tutela jurisdicional de forma tempestiva, algo que vem ocorrendo atualmente, com a suspensão das ações determinadas pelos tribunais superiores, com base nos artigos 543-B e 543-C, na medida em que o julgamento dos recursos especiais repetitivos e dos recursos extraordinário, com base no regime da repercussão geral, tem sido extremamente moroso.

Neste sentido, o novo Código de Processo Civil previu que o “incidente será julgado no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus”, bem como que “superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 979, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário” (art. 980).

Tendo em vista a repercussão do incidente, o legislador previu a participação do Ministério Público, de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, bem como a realização de audiência pública ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Trata-se de diligências fundamentais para democratizar o procedimento e potencializar a discussão em torno da controvérsia, mediante a obtenção de amplos argumentos.

Superada essa fase, o incidente será julgado, com a definição da tese jurídica pelo tribunal, que deverá ser aplicada a todos os processos individuais ou coletivos, existentes ou futuros, que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região, sob pena de Reclamação.

Verifica-se, portanto, que o incidente de resolução de demandas repetitivas visa racionalizar a tutela jurisdicional, diante de nova conflituosidade social. Em que pese acreditar que o melhor tratamento do tema ainda seja pelas ações coletivas⁴²⁰, muito mais ampla, acredita-se que o referido incidente poderá contribuir com incremento da tutela jurisdicional no Brasil.

⁴²⁰ Ao contrário do que se poderia imaginar, o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC, caso aprovado, não afastara a necessidade de adequada tutela coletiva no Brasil. Isso porque os objetivos perseguidos pelas ações coletivas são mais amplos que os almejados pela resolução de casos-piloto ou casos-teste. Como se viu, o incidente previsto no novo CPC tem por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia e segurança jurídica. Não esta entre suas finalidades, todavia, promover o acesso a justiça, nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos. As ações coletivas, por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas, do ponto de vista individual, em um só processo, incrementam o acesso a justiça. Se um determinado réu proporciona danos individualmente ínfimos, mas que assumem significativa proporção global (pense-se, por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de sabão em pó), somente as ações coletivas funcionarão como instrumento idôneo de tutela. Além disso, muitas vezes os titulares dos direitos em discussão não possuem informação ou incentivos suficientes para litigar em juízo. Assim, as ações coletivas mostram-se capazes de romper com a força inercial dos litigantes individuais, algo que o incidente de resolução de demandas repetitivas não seria capaz, sequer em tese, de alcançar, eis que pressupõe a existência, ou pelo menos a potencialidade, de ações individuais que possam ser qualificadas como repetitivas. Isso sem falar que somente o processo coletivo se destina a proporcionar a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Não e por acaso, alias, que o fortalecimento de institutos análogos no direito comparado se verificou sem prejuízo das ações coletivas. Na Alemanha, a adoção do procedimento-modelo (*Musterverfahren*) ocorreu sem o abandono das tradicionais ações coletivas propostas por associações (*Verbandsklagen*). Da mesma forma, na Inglaterra, as decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), que representam uma técnica de julgamento de casos-piloto, foram previstas sem que fossem abolidas as ações representativas (*representative actions*). Não há motivo para que se acredite que o incidente de resolução de demandas repetitivas, caso venha a ser aprovado no Brasil, torne desnecessário o aprimoramento das ações coletivas no direito pátrio. ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume XII. Disponível: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>, Acesso em: 31 de jan. de 2015.

CONCLUSÕES.

Neste momento, importa apresentar as conclusões acerca da tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos obtidas após a pesquisa:

1. O Estado contemporâneo realçou o surgimento de direitos que pertencem a toda coletividade, ou mesmo, ainda que mantenham a natureza jurídica de direitos individuais, apresentam características peculiares - decorrem de uma origem comum-, merecendo tutela jurisdicional adequada. Diante do surgimento de novos direitos e novas pretensões, é possível falar-se numa nova concepção de jurisdição e processo.

2. A ocorrência dos fatos descritos acima produziu uma realidade completamente distinta daquela vivenciada no Estado liberal. O surgimento de novos direitos, alguns decorrentes da massificação das relações sociais; a influência marcante dos direitos fundamentais; o papel do juiz na construção da norma e a necessidade de releitura dos institutos clássicos do processo; o mito da universalização do acesso à justiça, dentre outras mudanças abaixo abordadas, alteraram sobremaneira a compreensão da Jurisdição e, como não poderia ser diferente, o Direito processual, que com seu caráter instrumental, não é imune a essa mudança.

3. Diante de uma nova conflituosidade social, torna-se fundamental debater o acesso à justiça levando em consideração institutos meios necessários à superação de óbices ao acesso à ordem jurídica justa. Nesse sentido, o trabalho apontou institutos como os meios alternativos de solução de conflitos, os precedentes judiciais, o processo eletrônico e as ações coletivas, todos sob o enfoque do direito fundamental previsto no Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

4. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal garante a todos o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Trata-se de um direito fundamental, de uma garantia e um princípio jurídico com fundamento constitucional.

5. O tratamento individual de demandas massificadas encontra amparo em diversas garantias constitucionais. Não há que se falar em primazia da tutela individual ou mesma da tutela coletiva. Ao contrário, em alguns casos, é certo que a garantia do acesso à justiça

somente se efetivará por intermédio da tutela coletiva, tendo em vista a categoria dos direitos violados. É o caso dos direitos transindividuais, cuja tutela individual se afigura extremamente inadequada; e dos direitos que, embora individuais, devem ser submetidos à tutela coletiva, em especial àquelas pretensões que dificilmente seriam levadas ao Judiciário, em razão da disparidade entre as partes, em termo de informação, organização e capacidade financeira, conforme exposto acima ao relacionar o acesso à justiça com as ações coletivas.

6. É indispensável é a adoção da tutela adequada aos direitos tutelados, sendo que certo que, a eleição do tipo de tutela deverá ocorrer com base em um juízo de ponderação e proporcionalidade entre os anseios das partes lesadas e a forma mais efetiva para o Estado entregar a tutela jurisdicional, de modo que se, após a referida análise, constatar-se pela maior eficiência da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, há de se adotar tal forma de tutela, sem que tal fato enseje a violação ou restrição à garantia do acesso à justiça.

7. É neste sentido que se rejeita a afirmação de que qualquer limitação à propositura de ações individuais diante de direitos individuais homogêneos massificados, ou seja, diante de litígios em série, atenta contra a garantia constitucional da garantia da inafastabilidade da função jurisdicional assegurada no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

8. Embora se reconheça que o sistema de tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos está em evolução, é preciso constatar, desde já, que a coexistência irrestrita das ações coletivas e as milhares de ações individuais inviabiliza a própria tutela jurisdicional justa, tempestiva e adequada, na medida em que o titular do direito não receberá do Estado uma decisão a respeito de sua demanda, ou se a obtiver, não será no tempo adequado, sem levar em consideração a possibilidade de inúmeras decisões conflitantes, que à evidencia subsomem em violação direta ao princípio da igualdade. Assim, sob uma releitura do conceito de acesso À justiça, defende-se a impossibilidade da referida coexistência, ou no mínimo a obrigatoriedade de suspensão das ações individuais, caso exista ação coletiva com o mesmo objeto.

9. Ademais, para incremento da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos impõe-se a superação de diversos problemas relacionados com: i) os aspectos econômicos, que ensejam uma propagação das ações individuais em detrimento das ações coletivas, ii) limitação da própria legislação, a exemplo do artigo 1º, da Lei 7.347/1985 e, iii) a

insuficiência dos meios de comunicação da propositura das ações coletivas; técnicas associadas ao direito de auto-exclusão (*right to opt out*) incidentes nas ações coletivas. Tais problemas consistem em graves entraves a efetividade da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, razão pela qual tal procedimento ainda não foi capaz de resolver os inúmeros conflitos de massa, atomizados, que poderiam receber tratamento molecular.

REFERÊNCIAS.

- ALEXYS Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22.
- _____. *Considerações reflexivas sobre o mandado de segurança coletivo como tutela jurisdicional diferenciada*. In CIANCI, Mirna et al. *Temas atuais das tutelas diferenciadas: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*, 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*, 16ª edição: Editora Verbatim, 2012
- ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto de Direito Público, n. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos Extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses públicos e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. *A interpretação jurídica no Estado democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357 apud NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 59.
- BENJAMIN, Antônio Hermam V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A legitimação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro*. RF 276 apud YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006.
- BARIONI, Rodrigo. *Ação Rescisória e recursos para os tribunais superiores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos do Consumidor e Gerações de Direitos*, *Revista de Direito do Consumidor* 40/278-282. São Paulo: Ed. RT, agosto 2001.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte americana. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 8, p. 34-55, jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/26860>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2012

BASTOS, Antônio Adonias Aguiar. Situações jurídicas homogêneas: um conceito necessário para o processamento das demandas de massa. *RePro*, ano 35, n. 186. São Paulo: Ed. RT, agosto 2010.

_____. O devido processo legal nas demandas repetitivas. Tese (doutorado), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012, Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15817>. Acesso em: 19 de jan. de 2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros editores, 2011.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 241/242.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 88.

_____. *Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*, São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 29 ed., São Paulo: Malheiros editores, 2014.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual*. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: direito processual coletivo e direito processual público*. v. 2, tomo III. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *RePro* 147/123-146. São Paulo: Ed. RT, maio 2007 *apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *RePro*, ano 35, n. 179. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2010.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. Leituras complementares de processo civil. DIDIER JR., Fredie (org). 6. ed. Salvador: JusPODIUM, 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*, São Paulo: LEJUS, 1999.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo Cavalcanti. *Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no Direito Estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas*, Revista de Processo, vol. 238, p. 333, Dez/2014

CERQUEIRA, Táris Silva. *Acesso à Justiça. Novíssima reflexão*, Páginas de direito, <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2015

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, Campinas: Bookseller

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva.

COSTA, Taiz Marrão da. *Súmulas Vinculantes e Democracia: a verticalização das decisões judiciais e a neutralização do espaço público*. Disponível em: https://www.academia.edu/693590/S%C3%BAmulas_vinculantes_e_o_paradigma_procedimental_do_direito. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 7 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

_____. *Curso de Direito Constitucional*, 7 ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2013

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. *RePro*, ano 35, n. 186. São Paulo: Ed. RT, agosto 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. ZANETI Júnior, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2007.

_____. *Cláusulas gerais*. Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/pdf/clusulas-gerais-processuais.pdf>

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, 6ª Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. II.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*, 24^a ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Cerqueira. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GALANTER, Marc. *Afterword: Explaining Litigation*, *Law & Society Review* 9 (1975): 347, 357- 60, Disponível em <http://marcgalanter.net/Documents/afterwardexplaininglitigation.pdf>, Acesso em: 12 jan. 2015.

GARAPON, Antoine. O juiz e a Democracia. O guardião das promessas. Trad. Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996 *apud* NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013

GOZAÍNI, Alfredo Osvaldo. *Garantías, principios y reglas del proceso civil*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Buenos Aires: sem publicação editorial, 2010 *apud* SOUZA, SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. *Class action in Brazil: a model for civil law countries*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/SSRN-id903188.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2011.

_____. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 25/39.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação civil pública no STJ. *RePro*, ano 25, n. 99. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro 2000.

_____*et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

KALAJDZIC, Jasminka. *Access to a just result: revisiting settlement standards and cy près distributions*. Disponível em: <file:///C:/Users/etavares/Downloads/SSRN-id1630513.pdf>, Acesso em: 29 de jan. de 2015.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9241>

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 6ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEAL, Marcio Flavio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*, Porto Alegre: Sergio Antonio Frabris Editor, 1998, p. 183-187.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 56.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.75.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*, 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 27 de jan. 2015.

_____. *O Direito à Tutela Jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos Direitos fundamentais*. Disponível em <http://marinoni.adv.br/artigos.php>, Acesso em: 18 de janeiro de 2015.

MATTEI, Ugo, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?*, vol 11.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW (December 2007), < <http://www.ejcl.org/113/article113-14.pdf>>. Acesso em: 02 de janeiro de 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: o meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; CASTRO, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Direito Processual coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*, São Paulo: Ed. RT, 2007, P. 435.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014

MIAILLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979 *apud* OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. Disponível em: < http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998.

_____. *Tratado de Direito Privado*, I, Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

_____. *Tratado das Ações*, Campinas: Bookseller, 1998.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *A força dos precedentes: Estudos dis Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR*, Salvador: Editora Juspodivm, 2012

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005, p. 88.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: 9ª série*, São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR. Nelson *et alii*. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Princípio do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, 9ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 33.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurabi: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. Disponível em: < http://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. *Sociedade aberta e a construção do provimento jurisdicional*. Disponível em: <http://jota.info/sociedade-aberta-e-construcao-provimento-jurisdicional>. Acesso em: 24 de jan. de 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo*. Salvador: Juspodim, 2012.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 3ª edição, p. 14.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 1, n. 1, 1997, ps. 76 a 91. Disponível na internet: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo10.htm>>

RODRIGUES, Ruy Zoch. *Ações Repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROQUE, André Vasconcelos. As ações coletivas no direito brasileiro contemporâneo: de onde viemos, onde estamos e para onde vamos. Revista Eletrônica de Direito Processual REDP. Volume XII. Disponível: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8671/6548>

_____. *O processo eletrônico do século XIX*, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199438,91041-O+processo+eletronico+do+seculo+XIX>, Acesso em: 31 de jan. de 2015

_____. ROQUE, Andre Vasconcelos. *Class Actions. Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles*. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*, Curitiba: Juruá, 2012

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à sumula vinculante*, 1ª Ed., Curitiba: Juruá, 2011

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284.

_____. *Ações individuais e coletivas sobre relação de consumo - reunião de processos por conexão*. *Juris Síntese* nº 72, Julho/Agosto, 2008.

_____. *Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos Especiais.* 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*, 1ª ed., Curitiba, Editora Juruá, 2009

VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *RePro*, ano 17, n. 67. São Paulo: Ed. RT, julho-setembro 1992.

_____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987 *apud* ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=29045. Acesso em: 14.01.2015.

_____. *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses – utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsia*. ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.) . 40 Anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro. 01. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2006, p. 3.

ZAVASKI, Teori. Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.