

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – IPANEMA

SANDRA REGINA DE ANDRADE FERREIRA

10121620-3

**Da proteção dos direitos individuais homogêneos na Constituição**

**Federal e no direito comparado *– class actions***

MONOGRAFIA

BACHARELADO EM DIREITO

RIO DE JANEIRO

DEZEMBRO DE 2014

SANDRA REGINA DE ANDRADE FERREIRA

10121620-3

**Da proteção dos direitos individuais homogêneos na Constituição**

**Federal e no direito comparado *– class actions for damage***

Monografia apresentada à banca examinadora da Universidade Candido Mendes – Ipanema, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Provenciano Gallo

RIO DE JANEIRO

DEZEMBRO/2014

# DEFESA DE MONOGRAFIA

FERREIRA, Sandra Regina de Andrade. **Da proteção dos direitos individuais homogêneos na Constituição Federal e no direito comparado *– class action for damage****.* Rio de Janeiro: UCAM – Ipanema, 2014. 142 fls. Bacharelado em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Professor Doutor Carlos Alberto Provenciano Gallo

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Professora Constança Madureira Homem Carvalho

Defendida a Monografia:

Nota: \_\_\_\_\_\_\_\_

Em: ...../..../2014.

**AGRADECIMENTOS**

Primeiramente e antes de tudo, a Deus pоr tеr mе dado saúde е força pаrа superar аs dificuldades.

Aos meus pais, pelo amor incondicional e exemplo de vida.

**Agradeço** а meu pai, herói que com seu exemplo de força, amor à vida me fortaleceu nаs horas difíceis, de desânimo е cansaço.

Agradeço ao Valdir, meu companheiro incansável e amigo em todas as horas, е que nоs momentos dе minha ausência dedicados ао estudo superior, sеmprе fez entender qυе о futuro é feito а partir dа constante dedicação nо presente!

Obrigada! Bruno, meu filho amado e muito amigo, que com sua simples presença faz meus dias muito mais felizes.

Em especial, ao meu orientador Prof. Gallo, pelos valiosos ensinamentos, pelas suas correções е incentivos, pela atenção e confiança depositada.

Meus *agradecimentos* аоs colegas do Curso de Direito, е irmãos nа amizade qυе fizeram parte dа minha formação е qυе vão continuar presentes еm minha vida cоm certeza.

*“ A desconfiança do Judiciário é o começo de dissolução social. Destruir a instituição, reconstruí-lo em outras bases, mas acredito nisso. " (Balzac)*

*"A mente que se abre a uma nova idéia jamais voltará ao seu tamanho natural". (Albert Einstein)*

**R E S U M O**

Recente reportagem publicada por veículo de grande circulação, (Jornal O Globo, 10/10/14) dá conta que o número de processos em tramitação no judiciário brasileiro, esta prestes a atingir cem milhões, colocando o sistema judiciário a beira de um colapso. Em um mundo em que os tribunais experimentam enxurradas de processos idênticos, os doutrinadores e legisladores procuram mecanismos eficientes para desafogar o Judiciário e ao mesmo tempo garantir a efetiva tutela jurisdicional aos cidadãos. É neste cenário que as ações coletivas vêm ganhando força para funcionarem como instrumento de garantia do acesso à justiça pela sociedade, da efetivação do direito material e da economia processual. Para tanto, o estudo comparativo entre as propostas em curso na nossa legislação e as *class action for damages* norte-americana se faz importante para que, ao apresentarmos os seus conceitos e procedimentos, possamos analisar suas diferenças, mas principalmente mostrar as vantagens em se adotar um modelo de legislação exitoso na resolução das ações coletivas, como é o caso do direito norte-americano, pioneiro nesta seara. Na falta de um legislativo atuante, instrumentos paliativos vem sendo adotados pelo judiciário, assumindo seu ativismo judicial, para resolução destas demandas repetitivas. Mas é extremamente necessário para ter avanços significativos que o Legislativo que ainda não regulou inteiramente ou regulou deficientemente a matéria, cumpra com o seu papel.

**Palavras-chave**: *Class actions for damages*. Direito processual coletivo. Direitos Individuais homogêneos. Tutela Coletiva. De direitos. Representatividade.

**ABSTRACT**

Recent report published by great press, calls attention to the increasing number of pending cases in the Brazilian courts. It is about to reach one hundred million, pushing the Brazilian Judicial System on a verge of collapse. In a world where courts experience floods of identical processes, scholars and legislators seek efficient mechanisms to relieve the Judiciary System while ensuring effective judicial protection to citizens. It is in this scenario that the collective actions have been gaining strength to became a tool for ensuring access to the Justice by the society, the realization of substantive law and procedural economy. Thus, the comparative study of the proposals underway on the Brazilian Congress and the American Class Action for Damages become crucial, so when presenting its concepts and procedures, we can analyze their differences, but mainly to show the advantages of adopting a model of successful legislation in the resolution of Collective Action, such as the American Laws, a pioneer in this endeavor. In the absence of an active Congress, palliative instruments has been adopted by the Judiciary, assuming his judicial activism, for resolution of these repetitive demands. But it is highly necessary to make significant advances on the subject on the Congress, that has not yet fully regulated, to perform its role.

**Keywords** : Class actions for damages . Procedural law collective. Individual rights.   Collective tutelage of rights. Representation

**ÍNDICE**

[INTRODUÇÃO 10](#_Toc401935806)

[1. AÇÕES COLETIVAS 15](#_Toc401935807)

[1.1. Antecedentes Historicos 15](#_Toc401935808)

[1.2. O inicio das transformações – a sociedade globalizada 17](#_Toc401935809)

[2. AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO 20](#_Toc401935810)

[2.1. Evolução Histórica 20](#_Toc401935811)

[2.2. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos 23](#_Toc401935812)

[2.2.1. Direitos Difusos: indeterminado, indeterminável 24](#_Toc401935813)

[2.2.2. Direitos Coletivos: Sujeito ativo indeterminado, mas determinável 26](#_Toc401935814)

[2.2.3. Direitos Individuais Homogêneos: Sujeitos determinados 28](#_Toc401935815)

[2.3. A Tutela Coletiva no Brasil fundada nos Direitos Individuais Homogêneos 31](#_Toc401935816)

[2.3.1. Legitimação ativa 35](#_Toc401935817)

[2.3.2. Ação Civil pública e ação coletiva 38](#_Toc401935818)

[3.3.3. Coisa Julgada 40](#_Toc401935819)

[2.3.4. Limites Territoriais 42](#_Toc401935820)

[2.3.5. Liquidação e execução 42](#_Toc401935821)

[2.4. O Direito Processual Coletivo Brasileiro como um novo ramo do Direito Processual 47](#_Toc401935822)

[2.4.1. Critérios para Caracterização de Direitos de Natureza Coletiva 48](#_Toc401935823)

[2.4.2. Conceito e Natureza Jurídica 51](#_Toc401935824)

[2.4.3. Divisão e objeto material 52](#_Toc401935825)

[2.4.4. A importância dos princípios no Direito Processual Coletivo 53](#_Toc401935826)

[2.4.5. Limites da coisa julgada 58](#_Toc401935827)

[2.4.6. Legitimidade das partes nas ações coletivas – sistema atual 61](#_Toc401935828)

[3. O DIREITO NORTE AMERICANO – AS CLASS ACTIONS 66](#_Toc401935829)

[3.1. Objetivos das *Class Actions* 68](#_Toc401935830)

[3.2. Requisitos das *Class Actions* 71](#_Toc401935831)

[3.3. Hipóteses de Cabimento das *Class Actions* 82](#_Toc401935832)

[3.4. Pressupostos Indispensáveis 84](#_Toc401935833)

[3.4.1. A classe 84](#_Toc401935834)

[3.4.2. O Representante 88](#_Toc401935835)

[3.5. Sistema de Vinculação 93](#_Toc401935836)

[3.6. Influência Exercida no Direito Brasileiro 94](#_Toc401935837)

[3.7. Comparação entre os dois sistemas 97](#_Toc401935838)

[3.7.1. Representação adequada 97](#_Toc401935839)

[3.7.2. Legitimidade do Estado 99](#_Toc401935840)

[3.7.3. Legitimidade das associações civis 100](#_Toc401935841)

[3.7.4. Da notificação 100](#_Toc401935842)

[3.7.5. Possibilidade de acordo 101](#_Toc401935843)

[3.7.6. O tratamento da coisa julgada e a exigência de adequada representação 102](#_Toc401935844)

[3.9. As *Class Actions For Damages* 107](#_Toc401935845)

[4. PROPOSTAS EM CURSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO PROCESSO COLETIVO 109](#_Toc401935846)

[4.1. O Anteprojeto – Novo Código de Processo Coletivo Brasileiro - Solução proposta para as ações coletivas 109](#_Toc401935847)

[4.2. Projeto de Lei n. 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas) 118](#_Toc401935848)

[4.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PL n.º 8.046/2010) 123](#_Toc401935849)

[4.4. Instrumentos alternativos atualmente utilizados pelo judiciário 128](#_Toc401935850)

[CONCLUSÃO 130](#_Toc401935851)

[BIBLIOGRAFIA 139](#_Toc401935852)

# INTRODUÇÃO

A presente monografia objetiva, principalmente, a demonstrar quão necessária a inserção das ações coletivas dentro do sistema processual brasileiro como instrumento para dar celeridade e maior segurança jurídica, visto que a ciência processual brasileira desenvolvida em vista de conflitos puramente individuais está defasada.

Em um mundo excessivamente individualista, no qual os tribunais experimentam enxurradas de processos idênticos, aumenta a preocupação dos doutrinadores e legisladores de se criar mecanismos eficientes para desafogar o judiciário e ao mesmo tempo garantir a efetiva tutela jurisdicional aos indivíduos.

É neste cenário que as ações coletivas vêm ganhando força para funcionarem como instrumento de garantia do acesso à justiça pela sociedade, a efetivação do direito material e a economia processual.

A princípio, a prerrogativa do Poder Judiciário quanto a legitimidade para impor ao administrador público a obrigação de implantar políticas públicas mediante a tutela específica, visando o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, guarda intrínseca relação com a necessidade da proteção coletiva através da tutela jurisdicional de massa.

Da tradicional distinção entre o interesse público e o interesse privado, percebe-se a existência de situações que não se incluíam em nenhuma das duas categorias. Eram interesses que transbordavam a esfera individual, sem se confundir, todavia, com a esfera pública.

A percepção dessa nova categoria de interesses despontou com a sociedade contemporânea, produtora de conflitos envolvendo grandes massas. Os fenômenos de massa, como a cultura de massa, levaram a existência de um processo também de massa. Sobretudo nos danos aos consumidores e ao meio ambiente, não raro, de uma única conduta ilícita, inúmeras pessoas são atingidas, culminando no que se denominou litigiosidade das massas.

É óbvio a necessidade de disponibilização de modelos processuais coletivos, como forma de acesso à ordem jurídica justa, já que, comprovadamente, as técnicas do processo civil em sede individual, mesmo com adaptações, são, em sua maioria, insatisfatórias para garantir a efetiva proteção dos direitos supraindividuais.

Uma justiça tardia é quase sempre fruto de um sistema social corrompido, de uma legislação abundante e ao mesmo tempo congestiva. A morosidade do poder judiciário no que concerne ao meio processual é, dentre outros fatores, reflexo de uma não possível pacificação civilizada dos conflitos que existem.

As soluções apresentadas para minimizar estas situações quase sempre são a ampliação do já inchado quadro de pessoas da grande maioria das unidades da Federação, criação de novos tribunais e aumento de verbas.

Não se fala em modernização dos serviços, ou mesmo em empenho na modernização da nossa legislação tão arcaica, muitas das vezes repetitiva, assistemática, mal redigidos os textos sem aprimoramento.

Há um descompasso entre a resposta da justiça e as demandas atuais, nas quais o problema da morosidade do Poder Judiciário no Brasil, vem se agravando com o passar dos anos. Além de afetar a população, que busca uma prestação jurisdicional eficiente e eficaz, também provoca consequências negativas na economia nacional.

A lentidão do trâmite processual e a demora na execução das sentenças proferidas pelas instâncias inferiores espantam os investidores. Diversos prejuízos são notados, dentre eles, a diminuição de investimentos, restrição ao crédito e o aumento de custo das operações de crédito. *“A Justiça brasileira é lenta. Logo, pouco produtiva. Qualquer pessoa que já tenha enfrentado alguma pendência nos tribunais, como autor ou réu, pode atestar o quanto de tempo se gasta entre o início de uma ação penal e a respectiva sentença definitiva. Invariavelmente, a contagem de prazo se estende por anos, não raro por décadas, muitas vezes avançando sobre o limite da prescrição do crime.” (Jornal O Globo, 17/10/2013)*

Daí constata-se que, uma justiça tardia é fruto de um sistema social corrompido, de uma legislação abundante e ao mesmo tempo congestiva. A morosidade do poder judiciário no que concerne ao meio processual é, dentre outros fatores, reflexo de uma não possível pacificação civilizada dos conflitos que existem.

O que de fato é necessário é ter um andamento processual rápido, mas que, principalmente ofereça segurança jurídica. Segundo o Professor Cândido Rangel Dinamarco: “A ciência processual brasileira vive atualmente, mais do que nunca, uma grande necessidade de se conscientizar das realidades circundantes e tomar conhecimento dos conceitos e institutos dos sistemas processuais de outros países, com a finalidade de buscar soluções mais adequadas para os problemas da Justiça brasileira”.

Por isso, apresentaremos os conceitos e procedimentos da ação civil pública para tutela dos direitos individuais homogêneos e da *class action for damages* norte-americana, fazendo uma análise comparativa entre os sistemas.

A utilização do direito comparado é extremamente enriquecedora para as pesquisas e contribui diretamente para o aperfeiçoamento do direito nacional.

No caso do direito processual coletivo o direito comparado é fundamental, especialmente ao direito norte-americano das denominadas *class actions*, que foram a base do direito coletivo brasileiro.

A escolha do tema mostra-se oportuna, pois o momento atual do direito revela a necessidade de efetiva proteção de posições jurídicas que fogem a antiga fórmula individual credor/devedor.

A metodologia da presente pesquisa bibliográfica baseia-se, análise de legislações, propostas de alterações de leis, análise jurisprudencial, e esmiuçados artigos de internet acerca do tema.

Como o tema é bastante polêmico entre os doutrinadores e legisladores, não há o menor intuito de esgotá-lo totalmente, em nenhum dos seus pontos. A ideia é única e exclusivamente traçar certas linhas, de modo a fomentar a discussão do assunto.

Nosso enfoque nesta pesquisa de analise teórica tem por objetivo a apresentação da Ação Coletiva, especificamente na defesa dos direitos individuais homogêneos. Procuraremos ao longo deste trabalho, analisar a proposta contida no novo Código de Processo Civil, que dedica um Capítulo a Resolução das demandas Repetitivas, analise da Proposta do Código de Processo Civil Coletivo e também o Projeto de Lei n° 5139/09 em debate no Congresso Nacional através da jurisprudência, e apresentarmos nossas conclusões.

Esta pesquisa também convida à reflexão de forma crítica, qual ou como pode ser a mais adequada resposta do Estado às demandas da coletividade em juízo, que não mais podem ser tratadas de forma pulverizada e individualista, estranguladas pelas amarras da legitimação ad causam e coisa julgada inter partes.

A primeira parte do trabalho versará sobre a origem das ações coletivas, seus antecedentes históricos bem como o início das transformações que fizeram nascer a preocupação com a codificação da tutela coletiva, conceito e natureza jurídica

A segunda parte apresentara as ações coletivas no direito brasileiro, conceito e natureza jurídica, sua evolução história, a divisão existente dos interesses metaindividuais e suas respectivas espécies, bem como trará as peculiaridades inerentes de cada uma, assim como falara sobre a existência de um novo ramo no direito processual; o Direito Processual Coletivo Brasileiro.

Na terceira parte, enfocaremos as *Class Actions* e sua relevância para o direito norte americano, traçando um paralelo entre as noções gerais do direito processual coletivo, princípios, fundamentos constitucionais e dos instrumentos processuais de defesa coletiva no direito brasileiro, as chamadas ações coletivas.

A quarta parte, por sua vez, descreverá a proposta da execução coletiva em matéria de direitos individuais homogêneos, segundo a proposta de legislação disciplinadora da matéria no novo Código de Processo Civil Coletivo e também o Projeto de Lei n° 5139/09 em debate no Congresso Nacional. Por fim, o trabalho discutirá as propostas contidas no anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos (Anteprojeto USP), em discussão no Ministério da Justiça, no que atine à execução coletiva e o movimento pela codificação do direito processual coletivo como um todo.

# 1. AÇÕES COLETIVAS

## 1.1. Antecedentes Históricos

Os primeiros registros das *actiones popularis* que se tem notícia são do Direito Romano, base de toda a estrutura jurídica que instrui nossa cultura, e teriam desaparecido dos manuais de direito romano, por razões tais como, a construção do Estado como uma pessoa jurídica com existência própria, o que afastaria a possibilidade de defesa direta e pessoal dos bens públicos e também devido a interpretação dos institutos romanos pela Escola Pandectística Alemã, que optou por rechaçar as partes do direito romano que não podiam ser assimiladas.

Estas *actiones popularis* não eram propriamente um procedimento especial. Esta denominação, na verdade, englobava um conjunto variado de ações, cuja característica principal e diferenciada era permitir que qualquer cidadão ingressasse em juízo, mesmo não tendo no assunto, um interesse pessoal direto. Aliás, no Disgesto de Justiniano existe um título inteiro dedicado as *actiones popularis,* destinadas à tutela dos bens públicos e dos valores mais relevantes para a sociedade romana. É, portanto, uma exceção ao princípio da legitimação individual, que exigia a presença de um interesse pessoal do demandante.

O surgimento das *actiones popularis* em um sistema essencialmente individualista, pode ser facilmente entendido devido ao fato de que a noção de Estado ainda não era bem definida naquele momento histórico, não se concebia o estado como uma entidade autônoma, sendo assim os bens públicos pertenciam a cada um dos cidadãos romanos em uma espécie de comunhão indivisível. Eram pois, através das *actiones popularis*, que os cidadãos romanos ingressavam em juízo na defesa do bem público. Algumas das *actiones popularis* mais conhecidas pela doutrina, são as seguintes: *Ação de sepulcro* *violado* concedida no caso de violação de sepulcro ou coisa santa ou religiosa, *ação de effusis et deiectis* concedida contra pessoas que atirassem objetos de sua casa sobre a via pública, *ação de positis et suspensas* (cabível contra quem mantivesse objetos na sacada ou na aba do telhado sem tomar as cautelas necessárias) *ação de albo corrupto* (admitida contra quem adulterasseo edito dos pretores romanos), etc.[[1]](#footnote-1)

A maioria das ações tinha caráter eminentemente penal, com a imposição de multas, que poderiam se reverter ao autor da ação (como prêmio por ter defendido os bens públicos), ao erário ou até para terceiros, mas haviam também aquelas ações que mesmo possibilitando a aplicação das multas, se assemelhavam as ações cominatórias ou aos interditos proibitórios atuais.

Para o presente estudo, vale ressaltar dois pontos em relação as *actiones popularis* romanas: O primeiro aspecto seria que, segundo o Digesto de Justiniano, se uma matéria já foi decidida em uma ação popular anterior, não poderá ser novamente apreciada em uma segunda ação, ainda que o autor seja diferente. Esta regra seria em termos simplificados, a primeira noção de coisa julgada em demandas de caráter coletivo.

O segundo ponto a ser considerado é ainda mais surpreendente, seria já a primeira concepção que se tem notícia, sobre representatividade adequada, regra essa também inserida no Digesto. Dizia que, caso mais de uma pessoa comparecesse em juízo para ingressar com uma ação popular em defesa do mesmo interesse, deveria ser dado preferência aquela que reunisse as melhores condições. Isso significa dizer que, em termos bastante rudimentares, havia no direito romano uma norma relacionada à concepção de representatividade adequada.

É surpreendente, constatar esta descoberta no direito romano, enquanto no direito brasileiro em pleno século XXI, ainda não se consagra expressamente este conceito.

Como demonstraremos oportunamente, trata-se de conceito primordial para as *class actions* do direito contemporâneo nos Estados Unidos e para as ações coletivas de forma geral. Cabe ressaltar, porém, que este conceito foi construído no direito americano sem muita ligação com a concepção romana. Não se pode, portanto, falar em evolução das *actiones popularis* em Roma até os dias de hoje, mas apenas nos primeiros registros históricos sobre o tema.

## 1.2. O inicio das transformações – a sociedade globalizada

O mundo sofreu profundas transformações ao longo dos últimos séculos e a sociedade contemporânea tem-se libertado das amarras do individualismo. A realidade socioeconômica, notadamente após a Revolução Industrial, moldou-se de tal forma que o século XX assistiu ao desenvolvimento incessante das economias de massa, na qual a tendência é o agrupamento dos indivíduos ou categorias sociais cujos direitos ou interesses possuem um ponto de convergência.

Nesse passo, as lesões aos direitos humanos passaram a alcançar dezenas, milhares ou milhões de cidadãos. Essas macrolesões passaram a exigir uma resposta do direito positivo para tornarem efetivos estes “novos direitos”, uma vez que o individualismo do século XIX cedeu lugar à massificação em velocidade acelerada.

Essa evolução, contudo, não foi acompanhada com igual celeridade pelo instrumental jurídico. Os mecanismos tradicionais de acesso à justiça não foram bastante para assegurar a defesa de todos os tipos de interesses que se manifestavam, em face da nova realidade socioeconômica.

Sabe-se que o Direito deve acompanhar as evoluções sociais, as transformações tecnológicas e as descobertas científicas. De um tempo para cá, por meio da globalização, da urbanização das sociedades e, principalmente, devido ao sistema mecanizado e em série, houve a criação de outras formas de produção. Isto levou a uma massificação das relações de consumo, um apelo à filosofia do consumismo, uma produção de massa, que, aliada à maior abrangência da informação para todos, ou seja, ricos e pobres, geraram uma maior conscientização do cidadão a respeito de seus direitos, como o direito coletivo.

Assim, pode-se dizer que a garantia da eficiência da proteção ao consumidor, diante de um consumo cada vez mais massificado e que gera um fenômeno irreversível de relação entre consumidores e fornecedores, é, sem dúvida, um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito. A impossibilidade de discussão ou alteração de cláusulas contratuais previamente estabelecidas ocasiona inúmeras práticas abusivas, gerando, como consequência, um desequilíbrio nas relações de consumo, sobretudo na posição de imensa vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor perante um fornecedor.

Assim, acompanhando o movimento de sucumbência da filosofia liberal, as marcas individualistas que delineavam dogmas da legitimidade *ad causam*, coisa julgada e litispendência não eram mais suficientes para conferir efetividade aos direitos oriundos de lesões que transcendem a esfera jurídica individual.

Logo, identificou-se que há certos direitos e interesses que não pertenciam a uma única pessoa, mas a um grupo ou a uma coletividade, os quais mereceriam uma reflexão acerca da necessidade de se repensar a tutela jurisdicional desses direitos fundamentais de terceira geração.

Percebeu-se que os titulares de direitos subjetivos, mormente em uma sociedade massificada, podem não ser identificados, ou porque o direito diz respeito a toda comunidade ou porque pertence a uma coletividade indeterminável.

Desta forma, fez-se mister aparelhar a sociedade de instrumentos adequados para a tutela dos direitos transindividuais, bem como àqueles direitos individuais que, por razões de estreita semelhança e origem comum, devem ser tutelados coletivamente para assegurar a celeridade e economia processuais e a segurança jurídica dos jurisdicionados, evitando-se o perfilhamento de diversas demandas individuais semelhantes que, por vezes, resultam em decisões contraditórias

Por conseguinte, o presente trabalho é resultado desse reflexo da “coletivização dos direitos”, à medida que procura salientar a criação dos novos institutos indispensáveis à necessidade de adaptação do ordenamento jurídico pátrio. Neste esteio, a tutela dos direitos individuais homogêneos através das Ações Coletivas é verdadeiro marco na história processual pela efetivação da cidadania vista pela ótica da entrega do bem da vida a quem de direito.

Como se verá mais adiante, atualmente há uma tendência de que o individual não raras vezes deve ceder ao coletivo no âmbito processual, como forma de potencializar o acesso à justiça, a celeridade processual e a segurança jurídica.

# 2. AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO BRASILEIRO

## 2.1. Evolução Histórica

Segundo o Professor Fredie Didier Junior:

A história da tutela coletiva no Brasil surgiu por influência direta dos estudos dos processualistas italianos na década de setenta. Muito embora as ações coletivas não se tenham desenvolvido nos países europeus, os congressos, os artigos jurídicos e os livros publicados naquela época forneceram elementos teóricos para a criação das ações coletivas brasileiras e até mesmo para a identificação das ações coletivas já operantes entre nós, como por exemplo a ação popular prevista na Lei nº 4717/1965, publicada no DOU de 5.7.1965 e republicado no DOU de 8.4.1974. Havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivia-se a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos em que envolvessem a sociedade como um todo.[[2]](#footnote-2)

No Brasil, todo o sistema processual civil foi projetado para atender às demandas entre indivíduos, mesmo porque na época em que o atual Código de Processo Civil entrou em vigor essas eram as únicas relações que se evidenciavam diante dos olhos do Judiciário.

Todavia, com o passar do tempo, o aumento do número das relações de massa passou a exigir do processo formas mais efetivas de se atender a tais demandas massificadas.

O primeiro remédio processual concebido pelo direito positivo brasileiro com nítidas feições de tutela dos interesses difusos, foi a ação popular, que pela primeira vez, encontrou assento constitucional no Brasil, através da Carta de 1934, art. 113, nº 38: "Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, Estados ou dos Municípios". Vindo a ser suprimida na Constituição de 1937. Reintroduzida pela Constituição de 1946, foi mantida em todas as Cartas Magnas posteriores. Sendo que só veio a ser regulamentada, muito mais tarde, pela Lei nº 4.717, de 29.06.65

Segundo Gidi[[3]](#footnote-3), entre os países de *civil law*, o Brasil foi pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos. A partir da reforma de 1977 da Lei da Ação Popular, os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, receberam tutela jurisdicional por intermédio da legitimação do cidadão. Depois, a lei n. 6.938/81 previu a titularidade do MP para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil.

Mas foi com a Lei n. 7.347/85 – a Lei da Ação Civil Pública - que os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor, receberam tutela diferenciada, por intermédio de princípios e regras que, de um lado, rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro e, de outro, acabaram influindo no Código de Processo Civil brasileiro.

Tratava-se, porém, de uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores), até que a Constituição de 1988 veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem qualquer limitação em relação ao objeto do processo.

Finalmente, com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil pôde contar com um verdadeiro microssistema de processos coletivos, composto pelo Código – que também criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos - e pela Lei n. 7.347/85, interagindo mediante a aplicação recíproca das disposições dos dois diplomas.

Em resumo, podemos dizer que em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissoluvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990.

Mas indubitavelmente foi através da Constituição Federal de 1988, que o direito Coletivo foi consagrado, não só materialmente, mas também no sentido instrumental.

No plano do direito processual, verifica-se que a Constituição impõe uma verdadeira mudança de paradigma, pois não é razoável e adequado tutelar direitos coletivos fundamentais por intermédio de um direito processual voltado para a tutela de direitos individuais. É necessária a construção de um conjunto de princípios, garantias e regras processuais adequados às necessidades do direito material coletivo como direitos fundamentais.

No entanto, a principal disposição constitucional acerca do Direito Coletivo brasileiro é, de fato, o Capítulo I do Título II da CF/88, que arrola entre os Direitos Fundamentais os Coletivos e os Individuais. A partir da previsão constitucional sobre Direitos Coletivos, o legislador infraconstitucional passa a regulamentá-los, acabando por conceituá-los em lei ordinária.

É assim que, em 1990, o Direito Coletivo no Brasil recebe conceituação legal no Código de Defesa do Consumidor. O artigo 81 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conceitua os Direitos Coletivos separando-os em três espécies, quais sejam os Direitos ou Interesses Difusos, os Direitos ou Interesses Coletivos em Sentido Restrito e os Direitos ou Interesses Individuais Homogêneos.

Percebe-se que, não apenas os ditos direitos difusos e coletivos mereceram atenção legislativa, mas, a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor integrou-se, no sistema positivo, previsão para a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Ademais, foi também com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que houve a efetiva definição legal dos conceitos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos os quais configuram um dos elementos objetivos da demanda coletiva.

Ademais, foi também com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) que houve a efetiva definição legal dos conceitos dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos os quais configuram um dos elementos objetivos da demanda coletiva.

Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos.

Houve uma inovação na proteção dos direitos e interes­ses massificados, conferindo-lhes dignidade constitucional própria para uma Nação democrática que tem como seus objetivos fundamentais a criação de uma sociedade justa, livre e solidária. Não há como transformar a realidade social, sem a eliminação das desigualdades e injustiças sociais, sem a proteção integral e efetiva dos direitos coletivos, amplamente considerados. A proteção predominantemente individualista é própria de um Estado Liberal de Direito, que se obriga a conviver com as injustiças e desigualdades sociais e permanece de mãos atadas.

## 2.2. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

A Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129), mas não os define. Foi a Lei 8.078/90, que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direitos difusos e direitos coletivos, o que fez no seu artigo 81.

Na busca de explicitar o sentido de cada um, acabou por surgir uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos.

A primeira das espécies, os difusos, exige a indivisibilidade do direito e a indeterminabilidade de indivíduos ligados por circunstância de fato (art. 81, I do CDC), enquanto a segunda, os ditos coletivos, pressupõe também a indivisibilidade, mas ao contrário da outra, figura titularizada por grupo, categoria ou classe ligada entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II do CDC).

Em que pese a pedra de toque entre ambas seja a mesma – a indivisibilidade – elas não se confundem, porquanto, enquanto uma exige para sua configuração a impossibilidade de se determinar seus titulares, a outra requer a determinabilidade como ponto fulcral para sua identificação.

### 2.2.1. Direitos Difusos: indeterminado, indeterminável

Direitos difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” Assim podemos conceituar como difuso aquele exige a indivisibilidade do direito e que abrange número indeterminado de indivíduos ligados por circunstância de fato (art. 81, I do CDC).

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão-somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.

Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa ou abusiva, através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica-base.

De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Aliás, diga-se que é exatamente essa característica da indeterminabilidade da pessoa concretamente violada um dos principais aspectos dos direitos difusos.

O termo “difuso” significa: indeterminado, indeterminável. Logo, não é preciso que se encontre quem quer que seja para proteger-se um direito tido como difuso.

Ou, em outros termos, ainda que não se possa encontrar um único consumidor enganado concretamente por uma publicidade enganosa, mesmo assim será qualificada desse modo.

Portanto, quer se identifique o consumidor que teve violado o seu direito individual, quer não sejam encontrados nenhum, trata-se sempre de direitos difusos. Portanto não é necessário que seja identificado o consumidor.

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente. Por isso, ele não pode ser cindido.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato do mesmo objeto gerar dois tipos de direito, não muda a natureza de indivisibilidade do objeto nos direitos difusos. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.

É que na ação judicial de proteção aos direitos difusos, o caráter da indivisibilidade do objeto faz a ligação com a titularidade difusa, sem alterar o quadro da proteção particular.

Podemos citar alguns exemplos de fatos de direitos difusos: a publicidade em geral, a distribuição e venda de medicamentos, a poluição do ar e as questões ambientais em geral etc.

Para Fiorillo[[4]](#footnote-4) o direito difuso apresenta-se como um direito transindividual, tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstâncias de fato.

A questão então extrapola a ideia de indivíduo em busca de seu direito, estendendo a titularidade na defesa de um direito a todas as pessoas que, de forma direta ou indireta, tenham sido afetadas por um abalo de direito provocado por um agente da sociedade.

Assim podemos conceituar como difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto que os interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica.

### 2.2.2. Direitos Coletivos: Sujeito ativo indeterminado, mas determinável

Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.

Assim, por exemplo, a qualidade de ensino oferecida por uma escola é tipicamente direito coletivo. Ela — a qualidade oferecida — é direito de todos os alunos indistintamente, mas, claro, afeta cada aluno em particular.

Assim leciona Antônio Gidi [[5]](#footnote-5).

O direito coletivo é definido pela lei em termos semelhantes aos direitos difusos. O direito coletivo também é definido como transindividual e indivisível. Todavia, difere-se dos direitos difusos pelo fato de que, ao invés do grupo, constituído por pessoas indefinidas, estar vinculado apenas por circunstâncias factuais (morar na mesma vizinhança, comprar o mesmo produto, assistir ao mesmo programa de televisão etc.), os membros do grupo, no caso dos direitos coletivos, estão ligados entre si, ou à parte contrária, por uma relação legal prévia.

São exemplos de direito coletivo: a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica e gás; a segurança do serviço de transporte público de passageiros prestado pelas empresas de ônibus; a qualidade oferecida pela escola dos serviços educacionais por ela prestados etc.

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível é individual ou individual homogêneo e não coletivo.

O Direito Coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo. Nos exemplos já dados, a qualidade do ensino oferecido por uma escola é indivisível; o tratamento da água conferido pelo prestador do serviço público afeta toda a água a ser entregue.

Note-se bem: às vezes se faz uma confusão entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, na realidade é o seguinte: o objeto do direito coletivo é indivisível, e o que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gere também um direito individual ou individual homogêneo.

Assim, por exemplo, o mau tratamento da água fornecida aos usuários é típico caso de direito coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo pode gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado ou a mais de um consumidor.

Daí que, no caso, ambas as situações se configuram.

Já o inverso não é verdadeiro: nem todo direito individual homogêneo é coletivo típico, mas é uma espécie de direito coletivo (o caráter de divisibilidade do direito individual homogêneo remanesce dividido quando ele for puramente direito individual homogêneo).

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível é individual ou individual homogêneo e não coletivo.

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela revela-se indivisível, e a ação coletiva não está disponível aos indivíduos que serão beneficiados

### 2.2.3. Direitos Individuais Homogêneos: Sujeitos determinados

A expressão *direitos individuais homogêneos* não se presta a revelar a existência de “um novo direito matéria” distinto dos direitos subjetivos individualmente considerados. A expressão representa simplesmente um “rótulo” utilizado para classificar certos direitos individuais que derivam de um mesmo fundamento ou que tenham entre si relação de afinidade por um ponto comum.

Tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada”.

O conceito de direitos individuais homogêneos é trazido pelo inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, abaixo transcrito:

*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: (...)*

*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum[[6]](#footnote-6).*

A definição estabelece apenas que os direitos individuais homogêneos serão os que possuem uma origem comum, que poderá ser fática ou jurídica.

Os direitos e interesses individuais homogêneos possuem uma peculiaridade em relação aos direitos e interesses difusos ou coletivos *stricto sensu*, qual seja, a sua divisibilidade.

Os direitos individuais homogêneos, como o próprio nome sugere, não são do grupo de direitos transindividuais, vez que seus titulares, assim como as lesões eventualmente por eles sofridas, podem ser individualizadas com exatidão.

É que os sujeitos beneficiários de uma ação fundada em direitos individuais homogêneos podem ser claramente identificados, bem como poderiam propor ações individuais para a tutela daquele direito ou interesse lesado, sem prejuízo algum para os titulares de direito semelhante.

Com isso, percebe-se que a transindividualidade dos direitos individuais homogêneos decorre de uma ficção jurídica criada pelo legislador em razão da massificação das relações jurídicas e das lesões daí advindas, a fim de que fosse possível tutelar, por meio de uma única ação, os direitos e interesses de um grande número de pessoas.

Importante destacar que, apesar da divisibilidade, é necessário que os direitos individuais tutelados de forma coletiva sejam homogêneos, ou seja, deverá haver elementos comuns entre eles. De acordo com ZAVASCKI[[7]](#footnote-7), compõem o núcleo de homogeneidade desses direitos três elementos: a existência da obrigação; a natureza da prestação devida; e o sujeito passivo comum. A identidade do credor e suas características específicas na relação com o sujeito passivo, inclusive em relação ao valor devido, são características heterogêneas que serão apuradas posteriormente.

Essa apuração posterior é possível, pois a tutela dos direitos individuais homogêneos será de cognição repartida em duas fases. A primeira é a fase da ação coletiva propriamente dita, em que será reconhecida ou não a existência do direito em face ao sujeito passivo (tem-se uma sentença genérica). A segunda fase será a de cumprimento do provimento jurisdicional advindo da primeira fase, de modo que nesta etapa será necessário identificar os beneficiários da demanda coletiva, bem como liquidar os valores devidos a cada um, com base em suas características pessoais e a relação que tinham com o sujeito passivo.

Direitos individuais homogêneos são, a rigor, direitos individuais ou, aos que assim preferirem, *acidentalmente coletivos* que, pela proximidade de sua origem e por uma série questões de ordem judiciária, justificam apreciação unitária. O conceito de *questão comum* é, portanto, inerente à seara processual coletiva.

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque havendo um só, o direito é individual simples, e determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais.

Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não se trata de um conjunto de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no pólo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio ativo; quando se trata de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo — o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no artigo 82 da lei consumerista.

Porém, não se pode confundir os institutos, que tem natureza diversa: no litisconsórcio o que se verifica é uma reunião concreta e real de titulares individuais de direitos subjetivos no caso, no polo ativo da demanda; na ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, o autor da ação é único: um dos legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor.

Uma ação coletiva dos direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. As avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado concentra-se em uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, com repercussão sobre muitas pessoas.

## 2.3. A Tutela Coletiva no Brasil fundada nos Direitos Individuais Homogêneos

A tutela dos direitos individuais homogêneos, tal como definida pelo legislador brasileiro, tem sua origem na *class action for damages*, uma das modalidades mais polêmicas de ação coletiva nos Estados Unidos.

A expressão "individuais homogêneos" foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, sua previsão legal já se encontrava delineada na Lei 7.913/89, que trata de hipótese de tratamento coletivo para a tutela de interesses individuais, no caso dos investidores do mercado de valores mobiliários.

Nessa Lei, apesar de não se utilizar a expressão "individuais homogêneos", previa-se a tutela de direitos individuais de origem comum pelo Ministério Público, dispondo sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários.

Entretanto, é importante ressaltar que esta não é, atualmente, a classificação que parece a mais correta. Não se deve confundir direito coletivo com defesa coletiva de direitos.

Ao tratar dos direitos coletivamente tratados o legislador brasileiro foi além dos direitos difusos e coletivos.

Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais, sem um titular individualmente determinado. Já os direitos homogêneos são direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não tem o condão de desvirtuar sua natureza individual.

Os direitos individuais homogêneos não são, em sua essência, coletivos. São direitos individuais que têm entre si uma relação de homogeneidade em conseqüência de sua origem comum. Isto é, são direitos individuais divisíveis e com titulares determinados, ligados entre si por uma origem comum.

Aqui, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum. A relação que se forma com a parte contrária decorre somente da lesão sofrida.

Mas o que seria essa origem comum? Em primeiro lugar, a origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal, isto é, não é necessário que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.

Esta origem comum poderá ser fática ou jurídica. Tal categoria de direitos representa uma ficção jurídica criada pelo legislador em razão da massificação das relações jurídicas e das lesões daí advindas, a fim de que fosse possível tutelar, por meio de uma única ação, os direitos e interesses de um grande número de pessoas.

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque em sendo um só, o direito é individual simples, e determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais.

Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no pólo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio ativo; quando se trata de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo — o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no artigo 82 da lei consumerista.

Por causa da divisibilidade dos direitos tutelados na ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos, surgem outras duas características relevantes desse tipo de direito e que o distinguem dos outros tipos de direitos tutelados coletivamente: a) a disponibilidade, pois os sujeitos beneficiários poderão optar ou não pela execução de um título judicial favorável da ação coletiva, não havendo obrigação alguma nesse sentido; e b) a reparabilidade direta, pois cada um dos lesados terá direito à recomposição pessoal de seus prejuízos.

Importante observar que a propositura da demanda coletiva não impede que os titulares proponham ações individuais sobre o mesmo direito, o que ressalta o caráter individual dos direitos tutelados nesse tipo de processo.

Entre as duas ações não há litispendência, e tal resulta claro, do art. 104 da lei 8078 de 1990. Há, sim, conexão (CPC, art. 103), a determinar, na medida do possível, o processamento conjunto, perante o juízo da ação coletiva, de todas as ações individuais anteriores ou supervenientes.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na decisão do Recurso Extraordinário no 163231-3, consignada no dia 26/02/1997, que teve como relator o Ministro Maurício Correia, classificou os direitos coletivos em três sub-espécies: Interesses difusos, aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato; coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e 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.

De todo modo, no Brasil, foi adotado modelo que divide a tutela nas ações coletivas entre tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.

É preciso, pois, que não se confunda defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos (individuais). Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie de direito coletivo. O que é múltipla (e indeterminada) é a sua titularidade, e daí a sua transindividualidade.

“Direito coletivo” é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*.

Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa 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.

Conforme acima, percebe-se que a tutela dos direitos difusos e coletivos stricto sensu terão características semelhantes, sendo diferente no caso da tutela de direitos individuais homogêneos.

Na legislação brasileira a Ação Coletiva para tutela de Interesses Individuais Homogêneos, esta prevista nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor, sendo que, abaixo citamos suas principais características.

### 2.3.1. Legitimação ativa

O direito de ação garante a todos o direito de provocar a atividade jurisdicional. Entretanto, ninguém está autorizado a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão. É necessário que haja um vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que será discutida. Trata-se da legitimidade *ad causam*, condição da ação que investiga os elementos subjetivos da demanda.

Fala-se de legitimação extraordinária quando não houver correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do Judiciário. Legitimado extraordinário é aquele que defende em nome próprio interesse de outro sujeito de direito. A legitimação extraordinária deve ser encarada como algo excepcional e somente pode ser autorizada por lei (art. 6º, CPC), não se admitindo a substituição processual convencional.

Conforme entendimento de Ada Pelegrini Grinover[[8]](#footnote-8) no art. 91 do Código de Defesa do Consumidor, em se tratando dos interesses individuais homogêneos, existiria uma legitimação ativa concorrente e disjuntiva, tratando-se de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Seria uma legitimação diferenciada em se tratando de interesse individual homogêneo.

Legitimação extraordinária poderia então ser entendida como a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio. Essa legitimação é extraordinária por ser excepcional e depender de expressa autorização legal.

Não se trataria de representação, pois em referido instituto alguém, em nome alheio, defende interesse alheio. Na substituição processual, alguém, que não é procurador nem mandatário, comparece em nome próprio e requer em juízo a tutela de um direito que admite ser alheio.

Hugo Nigro Mazzili[[9]](#footnote-9) afirma que existe legitimação extraordinária na modalidade substituição processual. Explica o autor, que legitimação extraordinária “é a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio”. Essa legitimação é extraordinária por ser excepcional e depender de expressa autorização legal.

No caso das ações coletivas a legitimidade para as demandas encontra-se regulamentada em lei. Há aqueles que defendem que a averiguação da legitimidade da ação coletiva é restrita ao exame da lei. Nesse caso, o legislador teria disposto um rol taxativo dos legitimados, estabelecendo-se, a partir daí, a presunção absoluta de que estes seriam os representantes adequados. A verificação da adequação da representação seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, portanto, *ope legis.*

Segundo as Leis Federais n. 7.347 (Ação Civil Pública) e n. 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), que compõe o chamado “microsistema” da tutela coletiva brasileira – como já mencionado – são legitimados ativamente para as ações coletivas: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) os entes da administração pública direta (Componentes da federação brasileira: União, Estados-Membros, Municípios e ao Distrito Federal); d) entes da administração pública indireta (autarquias, fundações públicas, empresa públicas, sociedade de economia mista); e) associações cumpridos os requisitos legais; f) entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos; g) outras entidades por força da lei.

Entretanto, esse entendimento não se encontra pacificado. Parte da doutrina defende que apesar de não existir expressa previsão legal, o representante adequado para as ações coletivas é uma garantia constitucional advinda do devido processo legal coletivo. Afinal, não é possível haver devido processo legal se o grupo de interessados comparece ao juízo com um representante qualquer, exige-se, portanto, uma representação adequada.

A representação adequada para as ações coletivas, ao que parece, deverá seguir o caminho trilhado pela representação adequada para as ações de inconstitucionalidade. Nessas se exige que o objeto da ação de inconstitucionalidade guarde relação de pertinência com a atividade do representante.

A jurisprudência brasileira encaminha-se no sentido de averiguar a legitimidade para a ação coletiva em duas fases: na primeira, verifica-se se a parte possui previsão legal (*ope legis*). Satisfeita essa condição, verifica-se, em concreto, à luz da relação jurídica entre o legalmente legitimado e situação jurídica de direito substancial (ope iudices). É requisito para representação adequada que haja a pertinência temática para a representação adequada.

Pelo sistema brasileiro, em regra, estão dispensados da prova em relação à pertinência temática: a) Ministério Público, b) Defensoria Pública e c) os entes e órgãos da administração pública.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) já entendeu que o Ministério Público não estava autorizado a propor ações coletivas tributárias, nem aquelas relacionadas a direitos individuais disponíveis, embora não existisse ao tempo dessas decisões, qualquer ressalva legal. Esse entendimento somente foi incluído na Lei da Ação Civil Pública, em momento posterior, através da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

Há um limitador implícito na legitimação do Ministério Público, decorrente de normas constitucionais (arts. 127 e 129 da CF), que demarcam a sua finalidade e o âmbito de suas atribuições e competências: a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos somente é legitima quando isso representar também a tutela de relevante interesse social.

Desta forma deve-se analisar com cautela a legitimação do Ministério Público quando se tratar da defesa de interesses individuais homogêneos.

### 2.3.2. Ação Civil pública e ação coletiva

A ação civil pública constitui um dos remédios mais importantes do Direito brasileiro, transcendendo qualquer função meramente jurídica. Fazendo uma comparação simplista, a ação civil pública está para a coletividade como o mandado de segurança está para o indivíduo, segundo Marcelo Abelha Rodrigues.[[10]](#footnote-10)

O Código de Defesa do Consumidor (CDC, art. 110), alem de aumentar a utilização da Ação Civil Pública (ACP) para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 129, III, CR/88), instituiu, por meio do art. 91 e seguintes, um novo procedimento para a defesa específica dos interesses e direitos individuais homogêneos, surgindo a expressão "ação civil coletiva".

Posteriormente, a Lei Complementar 75/93 (art. 6º, XII), seguindo a orientação do Código de Defesa do Consumidor, inseriu a ação civil coletiva como instrumento de atuação do Ministério Público da União, na defesa dos mesmos interesses individuais homogêneos. Numa interpretação apressada, poder-se-ia concluir que a ação civil coletiva (ACC) surgiu como uma espécie de ação coletiva destinada, exclusivamente, à defesa de interesses individuais homogêneos.

Há que se ressaltar que, a doutrina e jurisprudência têm divergido sobre a possibilidade de utilização da ação civil pública para defesa de interesses e direitos individuais homogêneos, ou mesmo se a ação civil coletiva (ACC) seria a única ação coletiva cabível para a tutela desses interesses.

Hugo Nigro Mazzilli (Revista dos Tribunais, 1992.) ensina que, em rigor de terminologia, o mais adequado seria usar a expressão ação civil coletiva para o gênero das ações cíveis propostas por qualquer dos co-legitimados em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Segundo ele, Ação Civil Pública é somente aquela promovida pelo Ministério Público.

Xisto Tiago de Medeiros Neto[[11]](#footnote-11), entende que ação civil pública e ação civil coletiva constituem expressões sinônimas, utilizadas com a mesma finalidade, qual seja, para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, não havendo que falar, portanto, em duas ações autônomas com objetivos distintos. Em outras palavras, o sistema integrado de tutela coletiva, formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade do manejo de ação coletiva para proteção dos direitos e interesses transindividuais, seja qual for a denominação ou *nomen juris* utilizado.

Ives Gandra da Silva Martins Filho[[12]](#footnote-12) defende que Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva são distintas, devendo a primeira restringir-se à defesa de interesses e direitos difusos e coletivos, enquanto a segunda, à defesa de interesses e direitos individuais homogêneos.

### 2.3.3. Coisa Julgada

O provimento jurisdicional de uma ação coletiva de direitos individuais homogêneos terá eficácia *erga omnes*.

A coisa julgada será *erga omnes,* apenas no caso de procedência do pedido, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores. Caso o pedido da ação coletiva tenha sido julgado improcedente, seja pela rejeição de mérito, seja pela insuficiência de provas, nenhum efeito prejudicial sofrerão os lesados, os quais poderão ajuizar ação individual pleiteando a devida indenização pelos prejuízos sofridos, desde que nenhum deles tenha intervindo como litisconsorte na ação coletiva (art. 103, § 2º, CDC).

A condenação do réu será genérica, fixando-se sua responsabilidade, devendo o interessado liquidar e executar a sentença. É a denominada coisa julgada secundum eventum litis, que significa "conforme o resultado da lide".

Sendo assim, proposta uma ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos, a sentença irá formar coisa julgada *pro et contra* em relação aos legitimados coletivos, enquanto terá efeitos *erga omnes* no caso de procedência do pedido (*secundum eventum litis)*.

Coisa julgada *pro et contra*: é aquela que se forma independentemente do resultado, ou seja, pode ser procedente ou improcedente o pedido. É a regra geral do processo civil brasileiro, presente no art. 472 do Código de Processo Civil.

A coisa julgada improcedente alcançará apenas o autor coletivo e o réu. Desta maneira, os titulares desses direitos serão abstrata e genericamente beneficiados.

Tais peculiaridades indicaram a preocupação do legislador brasileiro em não prejudicar o indivíduo com os resultados das demandas coletivas, haja vista a ausência de sua participação efetiva no curso do processo. Razão pela qual determinou que as decisões proferidas em ações coletivas não atingiriam com a autoridade da coisa julgada os interesses individuais, permitindo a propositura de ações singulares por quaisquer dos substituídos na hipótese de improcedência. E fez mais, possibilitou a extensão dos efeitos do julgado na hipótese de procedência da demanda, ao que a doutrina denominou transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva para as demandas individuais.

Segundo Gidi[[13]](#footnote-13) há um equívoco em dizer que a sentença coletiva faz coisa julgada *secundum eventum litis* e se forma apenas no caso de procedência da demanda coletiva, para beneficiar membros do grupo *(in utilibus).* No caso deimprocedência da demanda coletiva, se for dada com material probatório suficiente, faz coisa julgada coletiva (material), vincula o grupo e impede a propositura da mesma demanda coletiva. A coisa julgada coletiva se forma, portanto, pro et contra, independentemente do resultado do processo ter sido favorável ou contrário ao grupo titular do direito do grupo, mas individualmente seus membros não serão atingidos pela coisa julgada e poderão propor demandas individuais para a proteção dos seus direitos individuais, desde que não seja a mesma demanda coletiva.

O art. 104 – Traz a regra que estabelece que não existe litispendência entre as ações coletivas e individuais – logo, o ajuizamento de qualquer ação coletiva não pode impedir o ajuizamento de ação individual

Neste caso a solução do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor, desdobra-se nas seguintes hipóteses:

a) o autor individual pede a suspensão do processo, optando por ser incluído na coisa julgada coletiva ou opta pelo prosseguimento de sua ação, ficando excluído da coisa julgada coletiva, ainda que favorável;

b) preferindo prosseguir em sua ação individual, estabelece-se com a ação coletiva o nexo de continência, que leva à reunião dos processos, ou, sendo esta impossível, à suspensão prejudicial do processo individual;

c) não se dando a reunião dos processos, poderá haver coisas julgadas contraditórias, no caso de o autor perder sua demanda individual e existir uma coisa julgada positiva, no processo coletivo.

### 2.3.4. Limites Territoriais

O governo tem atuado no sentido contrário a facilitar as ações coletivas quando, por exemplo, tenta limitar a competência territorial.

É neste sentido o que dispõe o art. 16 da LACP:

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.

### 2.3.5. Liquidação e execução

A identidade do credor e suas características específicas na relação com o sujeito passivo, inclusive em relação ao valor devido, são características heterogêneas que serão apuradas posteriormente.

Essa apuração posterior é possível, pois a tutela dos direitos individuais homogêneos será de cognição repartida em duas fases. A primeira é a fase da ação coletiva propriamente dita, em que será reconhecida ou não a existência do direito em face ao sujeito passivo, onde se tem uma sentença genéricaque não identifica nem o beneficiário e nem o prejuízo que sofreu, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados que serão, pelo sistema individual, apurados em liquidação de sentença.

A segunda fase será a de cumprimento do provimento jurisdicional advindo da primeira fase, de modo que nesta etapa será necessário identificar os beneficiários da demanda coletiva, bem como liquidar os valores devidos a cada um, com base em suas características pessoais e a relação que tinham com o sujeito passivo.

Ou seja, a segunda fase demanda uma tutela individualizada, a fim de que cada sujeito beneficiário possa ter sua lesão reparada de maneira adequada.

Excetua-se a possibilidade de execução coletiva oriunda de tutela de direito individual homogêneo, na hipótese do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor.

No caso das ações coletivas que tenham por objeto a condenação em dinheiro na hipótese de tutela de interesses individuais homogêneos a condenação será genérica, por determinação do art. 95, do Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de condenação genérica por que não identifica nem o beneficiário e nem o prejuízo que sofreu, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados que serão, pelo sistema individual, apurados em liquidação de sentença.

Nesse caso, cabe aos substituídos processualmente promover a liquidação a título individual, dentro do prazo de um ano contado do trânsito em julgado da sentença condenatória (CDC, 100). Nessa liquidação judicial, o liquidante deverá demonstrar o dano (moral e ou material) individualmente sofrido, o nexo etiológico entre este dano individual e o dano genérico reconhecido na sentença cognitiva e o respectivo montante.

Cuidando-se de interesses individuais homogêneos, a sentença transitada em julgado que julgar procedente o pedido poderá ser executado coletiva (pelos co-legitimados ativos) ou individualmente (pelos trabalhadores lesados), ou seja caso estes não se habilitem nos autos no prazo de um ano, a contar da publicação dos editais de cientificação da sentença condenatória.

No direito Brasileiro a jurisprudência não é unanime em relação aos benefícios de uma ação para proteção de interesses individuais homogêneos.

Neste contexto, Grinover[[14]](#footnote-14) afirma que:

Ora, a prova do nexo causal pode ser tão complexa no caso concreto, que tornará praticamente ineficaz a sentença condenatória genérica do art. 95, a qual só reconhece a existência do dano geral. Nesse caso, a vítima ou seus sucessores deverão enfrentar um processo de liquidação tão complicado quanto uma ação condenatória individual, até porque ao réu devem ser asseguradas as garantias do devido processo legal, e notadamente o contraditório e a ampla defesa. E a via da ação coletiva terá sido inadequada para a obtenção da tutela pretendida.

Pelas palavras acima, percebe-se que em um processo coletivo envolvendo direitos individuais supostamente “heterogêneos” seria ineficaz, ou seja, não se prestaria aos fins inerentes ao processo judicial, de pacificação social com a resolução da crise de direito material, o que, todavia, tentar-se-á demonstrar adiante, que não é bem assim.

Parece irrefutável, de fato, que, quanto menor a predominância de questões comuns em um processo coletivo, que vise à tutela de direito individuais, menor será a eficácia da sentença proferida em seu bojo, o que, todavia, não significa dizer que a mesma será totalmente ineficaz, e por isto, vedada aos olhos do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tornar mais compreensível a conclusão acima, podemos citar um exemplo, similar ao que fora utilizado por Ada Pelegrinni em seu texto para justificar a posição diferente do presente: Imagine que tenha sido ajuizada uma ação coletiva, visando à reparação dos danos causados pelo uso de um produto; na ação, articula-se o argumento de que tal produto é nocivo à saúde, tendo causado danos a inúmeras pessoas, e que tal informação não fora divulgada pelo fabricante.

Bem, com base nas regras do ônus da prova, será imprescindível a realização de uma perícia, apta a comprovar a alegação de que o produto em questão causa mal à saúde; realizada a referida perícia e constatada a alegada nocividade, é proferida sentença genérica, na qual se condena o fabricante do produto a indenizar os consumidores, pelos danos causados.

Segundo a corrente doutrinária ora enfocada, um caso como este jamais seria tutelável mediante uma ação coletiva, pois as questões individuais se sobreporiam as coletivas, já que seria possível a formulação de exceções pessoais, fundadas, por exemplo: no conhecimento da nocividade do produto, a pré-existência de doenças ou uma predisposição genética, o uso de outros produtos com o mesmo componente nocivo, entre outros, o que ao final, obrigaria uma liquidação com provas periciais de altíssima complexidade a serem produzidas, demandando muito tempo e retirando, com isto, toda a efetividade do processo coletivo.

Em contrapartida, parece que algumas benesses advirão sim do processo coletivo ora comentado, em prol dos indivíduos afetados pelo produto nocivo, sendo que tal afirmativa pode ser propalada com base em diversos motivos.

Inicialmente, o primeiro benefício perceptível no caso em exame, é a fixação de uma premissa maior, em decorrência do processo coletivo, a partir da qual todos os casos concretos que se subsumirem a ela serão resolvidos do mesmo modo, ou seja, a partir do referido processo coletivo não se discutirá mais em nenhuma liquidação, a nocividade do produto em questão, possuindo a sentença coletiva efeito semelhante ao de uma lei.

Neste sentido, cumpre reprisar que tal premissa já fundada, evita que nas liquidações individuais se retome a discussão sobre a questão por ela respondida e, conseqüentemente, dispensa que cada indivíduo produza prova pericial sobre a nocividade do produto em questão, ou seja, milhares de provas periciais podem ser evitadas pela fixação da premissa maior mencionada, o que só será feito por meio de um processo coletivo.

Em caso de inexistência do referido processo coletivo, ou seja, caso cada indivíduo tivesse que demandar em juízo para comprovar a nocividade do produto objeto da ação coletiva, teria cada um de produzir uma prova pericial no seu processo individual.

Ora, se em um processo era necessária a realização de duas perícias, como no exemplo retro formulado, uma para se constatar a nocividade do produto e, outra, para se constatar o nexo causal, com o manejo ampliado da ação coletiva, só seria exigível a realização da perícia para demonstração do nexo causal, o que geraria uma economia de tempo no processo específico e, por efeito cascata, em todos os outros processos que concorressem à um julgamento com aquele específico, principalmente se pensado for, que, ao invés de uma perícia para comprovar a nocividade do produto, com a demanda coletiva em estudo poderia se impedir a realização de mais de mil pericias em todo o Brasil, para a obtenção da mesma conclusão, ou seja, milhares de processos poderiam ser ter seus cursos acelerados, o que traria um reflexo positivo inexorável para os demais processos em trâmite, ainda que alheios a demanda coletiva.

A tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, tem se apresentado como uma alternativa para a sociedade e tem se mostrado de grande importância, principalmente em razão das várias vantagens que traz, entre as quais se destaca: a) a economia processual; b) o auxílio para desafogar o Poder Judiciário e aumentar a celeridade em seus julgamentos; c) a ampliação do acesso à justiça, permitindo que demandas que tragam benefícios econômicos baixos individuais sejam ajuizadas de forma coletiva, a fim de inibir a manutenção de atitudes lesivas pelos sujeitos passivos; e d) a redução do número de provimentos jurisdicionais contraditórios, privilegiando a isonomia e garantindo maior segurança jurídica ao resolver em único provimento jurisdicional inúmeras demandas que, se individualmente ajuizadas, poderiam ter decisões antagônicas.

## 2.4. O Direito Processual Coletivo Brasileiro como um novo ramo do Direito Processual

Como nova disciplina jurídica, o direito processual coletivoainda não revela um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimen­tadas. Tanto isso é verdade que o movimento mais atual no plano do direito processual coletivo é o da sua codificação. Ademais, no plano da eficácia, a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política.

Na nossa tradição jurídica atual o processo é um veículo para ajustar disputas entre partes privadas a respeito de direitos privados, segundo Fredie Didier e Zanetti[[15]](#footnote-15), valendo-se destas palavras, Abram Chayes, professor da Universidade de Harvard inicia um novo modelo de litigação: a litigação de interesse público.

Neste modelo os processos coletivos não envolvem meros interesses individuais, mas abrangem a litigação do interesse público, resolvendo as demandas judiciais que envolvam a preservação da harmonia e a realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesse de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como, na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários ou marginalizados, assim considerados por não terem voz e nem vez na sociedade.

O direito processual coletivo é um novo ramo do direito processual**,** pois possui objeto e método próprios. No caso do Brasil, o direito processual coletivo surgiu com a Constituição Federal de 1988, que inseriu os direitos coletivos no campo dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo II) e conferiu dignidade constitucional à maioria das ações coletivas.

### 2.4.1. Critérios para Caracterização de Direitos de Natureza Coletiva

De acordo com Hermes Zaneti Junior[[16]](#footnote-16):

A natural proximidade entre os direitos de natureza coletiva pode levar a situações (não raras) em que uma mesma lesão, v.g., publicidade enganosa ou abusiva, mereça tutela por ação visando direito (afirmado) difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Nesse sentido já decidiu o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: “Em caso de propaganda enganosa, o dano não é somente daqueles que, induzidos a erro, adquiriram o produto, mas também difuso, porque abrange todos os que tiveram acesso à publicidade.”, presentes estariam elementos para propositura de uma ação civil pública em defesa de direitos difusos e de uma ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos.

Qual seria, então, o critério para distinção e classificação do direito na demanda? Antonio Gidi[[17]](#footnote-17)entendeu, de modo pioneiro, que o caminho mais adequado seria identificar “o direito subjetivo específico que foi violado” (rectius: afirmado). Para ele, a associação comum entre a lesão decorrente de publicidade e o direito difuso da comunidade não é necessária. De um mesmo fato lesivo podem nascer “pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material.”

Supondo a hipótese de uma publicidade enganosa, onde o anunciante pratica falsidade ideológica ao induzir o consumidor a confundir o seu produto com outro de uma marca famosa, afirma que “diversas pretensões podem surgir e diversas ações (civis e criminais; individuais e coletivas) podem ser propostas em função desse ato ilícito.” Para exemplificar aduz a ação criminal estatuída no art. 66 do CDC, as ações coletivas para defesa de direitos difusos da comunidade requerendo a retirada dos produtos, a contra-propaganda ou a indenização devida pelo dano já causado (a reverter para o fundo de recomposição criado pela LACP). Havendo lesão a direitos individuais de consumidores que já adquiriram o produto influenciados pela publicidade ilícita, seria igualmente cabível ação para recompor esses prejuízos movida molecularmente, por um dos legitimados do art. 82 do CDC, visando a condenação genérica, art. 95 do CDC. E, ainda, não se pode esquecer da ação individual da empresa concorrente lesada.

Concluindo, Antonio Gidi[[18]](#footnote-18) reafirma que o “critério científico” na identificação do direito coletivo lato sensu “não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerado, mas o direito subjetivo específico que foi violado”; e continua: “*Nesse ponto dissentimos ligeiramente da tese de Nelson Nery Júnior quando conclui ser o tipo de tutela jurisdicional que se pretende obter em juízo o critério a ser adotado.”* Atribui, assim, extrema relevância ao direito material, na sua fundamentação, “Primeiro, porque o direito subjetivo material tem a sua existência dogmática e é possível, e por tudo recomendável, analisá-lo e classificá-lo independentemente do direito processual. Segundo, porque casos haverá em que o tipo de tutela jurisdicional pretendida não caracteriza o direito material em tutela. Na hipótese acima construída, por exemplo, a retirada da publicidade do ar e a imposição de contrapropaganda podem ser obtidas tanto através de uma ação coletiva em defesa de direitos difusos como através de uma ação individual proposta pela empresa concorrente, muito embora propostas uma e outra com fundamentos jurídicos de direito material diversos.”

Para Nery Junior[[19]](#footnote-19), e outra banda, revela-se freqüente o “erro de metodologia” da doutrina e jurisprudência na classificação do tipo de direito coletivo: “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 sofridos seria individual.”. Adiante complementa, “A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo.” Nery Junior, entende ser preponderante “o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende”. Assim, para o autor, “Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais.”

O jurista traz o exemplo de um acidente ocorrido no Brasil com um navio turístico, o Bateau Mouche IV. Este acidente possibilitaria várias ações distintas: “ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interditada a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso).” Concluindo, “Em suma, o tipo de pretensão é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual.”

Ora, o Código de Defesa do Consumidor conceitua os direitos coletivos lato sensu dentro da perspectiva processual, com o objetivo de possibilitar a sua instrumentalização e efetiva realização.

Do ponto de vista do processo, a postura mais correta, a nosso juízo, é a que permite a fusão entre o direito subjetivo (afirmado) e a tutela requerida como forma de identificar, na “ação”, de qual direito se trata e, assim, prover adequadamente a jurisdição. Não por outro motivo reafirmamos a característica híbrida ou interativa de direito material e direito processual intrínseca aos direitos coletivos, um direito “a meio caminho”. Nesse particular, revela-se de preponderante importância a correta individuação, pelo advogado, do pedido imediato (tipo de tutela) e da causa de pedir, incluindo os fatos e o direito coletivo aplicável na ação. Portanto, propõe-se a fusão entre o pensamento de Antonio Gidi e Nery Junior, que em verdade se completam e complementam reciprocamente.”

### 2.4.2. Conceito e Natureza Jurídica

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.

A natureza jurídicado direito processual coletivo, portanto, é de direi­to processual constitucional-social, uma vez que ele não nega a teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual. O seu método não é só o técnico-jurídico, mas o *pluralista,* que é próprio da visão instrumentalista do direito processual, mas com leitura essencialmente constitucionaliza­da.

Esse método pluralista é composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, econômico, histórico, ético e social, os quais formam um *megaelemento*: proteção potencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com justiça, sendo esta aperfeiçoada pelo judiciário.

Cabe ressaltar que a atuação do poder jurisdicional há de estar devidamente sintonizada para isso, funcionando exaustivamente, com dinamicidade, diuturnamente e auxiliado por funcionários altamente qualificados, com vistas consequentemente, a sua instrumentalização.

### 2.4.3. Divisão e objeto material

O direito processual brasileiro, no plano do seu objeto mate­rial, divide-se em especial e comum.

O direito processual coletivo especial se destina ao controle concentrado ou abstrato da constitucionalidade (ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por ação, ação direta com pedido declaratório de inconstitucionalidade por omissão, ação direta com pedido declaratório de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental) e o seu objeto material é a tutela de interesse coletivo objetivo legítimo. Especial porque em sede de controle con­centrado ou abstrato de constitucionalidade não há, pelo menos em tese, lide. O processo é do tipo objetivo. A tutela é de direito objetivo e é levada a efeito no plano abstrato e da confrontação da lei ou ato normativo impugnado em face da Constituição. Não há aqui a tutela de direitos subjetivos. A finalidade precípua do direito processual coletivo especial é a proteção, em abstrato, de forma potencializada, da Constituição, aqui englobando, especialmente, o Estado Democrático de Direito e os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o direito processual coletivo comum se destina à reso­lução dos conflitos coletivos ou de dimensão coletiva ocorridos no plano da concretude. É o que se dá pela via da ação civil pública, do mandado de segu­rança coletivo, da ação popular, etc. O objeto de tutela do direito processual coletivo comum são os direitos coletivos subjetivos (difusos, coletivos stricto sensu e individuais homogêneos). O direito processual coletivo comum é instrumento de efetivação concreta e de forma potencializada da Constituição e, especialmente, do Estado Democrático de Direito e dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Neste contexto, a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segu­rança coletivo, etc., estão inseridos dentro do direito processual coletivo comum.

### 2.4.4. A importância dos princípios no Direito Processual Coletivo

Segundo Gregório Assagra[[20]](#footnote-20), no cumprimento de seu papel constitucional de transformação positiva da realidade social, o Poder Judiciário brasileiro se utiliza de duas vias instrumentais: uma de resolução dos conflitos interindividuais; outra de tutela de legítimo interesse coletivo no plano da abstração ou de resolução de conflitos coletivos ocorridos no plano da concretude.

Essas duas vertentes são fundamentais. Todavia, a segunda via é potencializada pela própria natureza dos interesses ou direitos coletivos tuteláveis, de forma que a certeza jurídica nela visada pode atingir milhares ou até mesmo milhões de pessoas por força de uma única decisão. Assim sendo, no plano da eficácia a tutela jurídica no direito processual coletivo é potencializada, o que evidencia a grandeza da sua relevância jurídica, social e política.

Observou-se ainda que essa segunda via, apesar do seu caráter potencializador da função jurisdicional do Estado, não foi completamente desvendada, seja em sede doutrinária, seja em sede jurisprudencial, não sendo ainda portador de um conjunto de normas processuais bem delineadas e sedimen­tadas, não obstante o avanço já alcançado pelo Brasil em sede de legislação constitucional ou infraconstitucional.

Evidencia-se também, que é fundamental que sejam extraídos do sistema brasileiro de tutela jurisdicional coletiva, hoje já concebido como *um novo ramo do direito processual*, os seus princípios e diretrizes interpretadas, a fim de que o Poder Judiciário brasileiro, mais lúcido de sua missão constitucional e de suas potencialidades na interpretação e aplicação dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, não transforme e não concorra para a transformação negativada realidade social, em flagrante desvirtuamento e aniquilamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Assim, os princípios assumem uma função nuclear extremamente inten­sificada no âmbito do direito processual coletivo, o que é reforçado em razão dos seguintes fatores: a) a sua natureza processual-constitucional-social; b) a sua importância jurídica, social e política; c) a potencialidade da sua tutela jurídica; d) a carência de um conjunto de normas processuais específicas bem.

Os princípios passaram a receber bastante destaque no universo jurídico, razão pela qual torna-se fundamental analisar os principais princípios aplicáveis a tutela coletiva.

1. **Princípio do Máximo Benefício da Tutela Jurisdicional.**

A expressão “máximo benefício” quer dizer, no Direito pátrio, o mesmo que “máxima utilidade”. De acordo com este princípio, percebe-se que a coisa julgada coletiva só beneficia o indivíduo, nunca o prejudica. Assim, caso haja uma demanda julgada improcedente, tanto pelo magistrado de primeiro grau quando pelo tribunal, e ela passa a transitar em julgado, haverá coisa julgada coletiva improcedente.

Apesar disso, os legitimados para a ação coletiva poderão acionar o Estado de forma individual, visando a discutir o mesmo objeto da ação coletiva julgada improcedente. Obviamente, caso a coletiva tenha sido julgada procedente, a ação individual não seria necessária, uma vez que já houve o benefício da coisa julgada coletiva. Este benefício processual que permite o aproveitamento de uma coisa julgada coletiva para algum indivíduo é denominado transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

**2) Princípio da Máxima Amplitude ou da Atipicidade do Processo Coletivo.**

Também denominado de Não-taxatividade do processo coletivo, está previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

De acordo com este artigo, são admissíveis todas todas as espécies de ações capazes de providenciar a tutela adequada. Qualquer ação, em tese individual, pode se transmutar em uma ação coletiva, pois a previsão da tutela coletiva não é taxativa e admite o incremento de pedidos ordinariamente individuais. Assim sendo, a ação civil pública, a ação popular, dentre outras, são instrumentos clássicos de tutela coletiva no Brasil que não vão excluir outros, como, por exemplo, a reintegração de posse coletiva ou até uma monitória coletiva, desde que discutam-se nesses processos direitos ou interesses metaindividuais.

Assim, em resumo, o que este princípio preza é que qualquer ação pode ser coletivizada, desde que o objeto do processo coletivo seja algum interesse individual.

**3) Princípio do Controle Judicial da Legitimação Coletiva, o Princípio da Adequada Representação ou da Primazia da Tutela Coletiva**

É baseado no direito norte-americano e é o mais importante de todos. No sistema existente nos EUA, qualquer pessoa pode propor uma ação coletiva, entretanto, o magistrado tem o poder de controlar se há adequação na representação desta pessoa, com relação aos interesses do grupo que está sendo representado por ela.

Alguns critérios que o juiz pode utilizar são os seguintes: se a pessoa faz parte do grupo dos que foram vítimas, demonstrando interesse próprio na solução da causa, ou se ela já representou determinado grupo noutra ação coletiva, levando-se em conta sua experiência, histórico e até condição financeira, tendo em vista que o processo coletivo é bastante custoso naquele país.

Diversamente do sistema da “*class action*” do direito norte-americano, no Brasil, não é qualquer um que pode ingressar com a ação coletiva, vez que nosso legislador presumiu os legitimados para a propositura das ações coletivas (art. 5.º, da LACP) que representam adequadamente os interesses metaindividuais em debate.

A grande discussão, entretanto, que há na doutrina brasileira, é se além do controle legislativo do tema também há controle judicial sobre a representação adequada, de modo a permitir ao juiz o reconhecimento da ilegitimidade com base na falta de representação

Ao mesmo tempo em que restringe os legitimados para que uma ação coletiva possa ser proposta, adota a ideia de que há presunção de representação adequada, mesmo sem a necessidade de demonstração de experiência, interesse social ou histórico na defesa de interesses coletivos.

**4) Princípio do microssistema: aplicação integrada das leis para a tutela coletiva**

Ao falar de processos coletivos, ou no singular processo coletivo, torna-se perceptível que esses referidos processos possuem regramentos próprios e firmes, cada um em legislação especifica sobre a temática e que nesse sentido merece o devido conhecimento e acatamento.

O grande viés dessas disposições é a busca de um processo justo e que estirpe as demandas repetitivas de cunho meramente formal e que se prestam a repetir de forma desgastante os mesmos debates, assoberbando de forma abrupta o Poder Judiciário que sofre de forma direta com essa ocorrência, por ser obrigado a julgar de forma seriada o que sabidamente desqualifica e muito a prestação da tutela jurisdicional e diga-se mais pontuadamente a qualidade das sentenças.

**5) Princípio do ativismo judicial**

Sobre o princípio do ativismo judicial, previsto de forma expressa no anteprojeto do Código de Processo Coletivo, vale lembrar da sua importância e necessidade de efetiva colocação em prática, já que se postula hoje, pelo interesse público, a maior participação estatal e diga-se, nesse caso, do Poder Judiciário, que deverá assumir a posição de protagonista e condutor firme da lide coletiva.

A grande observação que deve ser feita vem no sentido de que o juiz não poderá impulsionar de forma inicial a lide coletiva, mas tão somente incentivar aos legitimados para que tomem as medidas cabíveis e então efetivem a ação.

O ativismo resta necessariamente vinculado ao impulso oficial, onde o Judiciário poderá agir, de forma ativista, tão somente após a devida provocação, fazendo com que o esse poder não subtraia atribuição alheia. Aliás, tudo dependerá, nesses casos, do interesse de agir dos cidadãos através de seus representantes, visando à proteção dos direitos coletivos *lato sensu.*

O que se busca é que o Estado-juiz não fique inerte quanto ao que se postula e faça aquilo que for necessário, sem qualquer receio, buscando conduzir o processo de forma firme e com intuito claro de chegar ao seu objetivo final, qual seja o cumprimento da decisão judicial tomada, gerando afinal a paz social.

Nesse peculiar o ponto crucial é fazer com que o juiz ganhe mais poder, mas com esse poder venham mais responsabilidades, o que é necessário por natural, visando dar ao magistrado mais liberdade de agir, buscando, naturalmente, o afastamento da arbitrariedade, pois essa, sim, deve ser reprimida e reprovada de toda sorte.

A construção desse princípio é necessária para que possa o Judiciário assumir seu papel e possa também corrigir as omissões do Legislativo, possibilitando aos cidadãos não somente o respeito como também o exercício dos direitos coletivos, sendo nessa uma das mais importantes vias de efetivação desses direitos, através da corrente ação judicial com pulso firme, mas com a devida cautela e respeitando sempre a legalidade.

### 2.4.5. Limites da coisa julgada

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada, dada a relevância social da matéria decidida, não se limita aos atores processuais. Mesmo porque, estes são meros representantes adequados do grupo, categoria ou classe, titulares não de direitos subjetivos, mas de interesses indetermináveis. Sendo assim, a eficácia da sentença coletiva, por mais que em alguns casos necessite de posterior liquidação de modo a delimitar os seus termos, esparge-se do processo para todo o tecido social.

Embora os três tipos de direitos defendidos por meio de ações coletivas tenham relevância para a sociedade brasileira, eles são tutelados por ações distintas. Segundo Gidi[[21]](#footnote-21):

Teria sido mais adequado se o legislador brasileiro tivesse condicionado a possibilidade de tutela coletiva apenas à existência de questão comum de fato ou de direito entre um grupo de pessoas. A extinção das três espécies de ação coletiva será uma significativa evolução do direito brasileiro, principalmente porque o tratamento diferenciado imposto pelo legislador brasileiro ao procedimento das três espécies de ações coletivas é injustificável.

Tal posicionamento transcrito refere-se, principalmente, à abrangência da coisa julgada para cada tipo de ação coletiva, sendo que as ações coletivas fundadas em direitos individuais homogêneos acabam muitas vezes limitadas pela legislação atual. Essa limitação pode até mesmo causar prejuízos à sociedade, visto que, muitas vezes, a ação coletiva é o melhor meio de se buscar a reparação, seja porque o conteúdo econômico individual da demanda é irrisório e poderia não cobrir sequer os custos do processo, seja porque a ação coletiva permite que o réu sinta efetivamente as consequências de seus atos, uma vez que sua condenação será economicamente bem mais alta.

No entanto, reformas legislativas posteriores debilitaram a eficácia da sentença coletiva, restringindo o universo de sujeitos abrangidos por ela. Com efeito, o artigo 4º da MP nº 2.180-35, de 24.08.2001, alterando a Lei nº 9.494/97 na mesma linha restritiva imposta ao artigo 16 da LACP (Lei nº 7.347/85), dispôs que:

*Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.*

*Parágrafo Único. Nas ações coletivas propostas contra União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.*

Tais alterações além de inócuas, foram consideradas flagrantemente inconstitucionais, por Pedro Lenza[[22]](#footnote-22), estando pois, colocando-se na contramão da moderna tendência de se abrir os esquemas clássicos da legitimação para a causa, bem como ampliarem-se os efeitos subjetivos da coisa julgada *erga omnes* e ultra partes, havendo nítida confusão de conceitos básicos como jurisdição, competência e autoridade da coisa julgada.

Ada Pelegrini Grinover[[23]](#footnote-23), também lastimou os termos da MP :

Mais uma vez o governo serve-se do instrumento da Medida Provisória para minar todo o trabalho edificado ao longo de anos no sentido de prestigiar o momento associativo, de facilitar o acesso à justiça e de dotar o Poder Judiciário de instrumentos processuais modernos e adequados à tutela dos direitos ou interesses supraindividuais.

Os limites objetivos da coisa julgada da sentença coletiva, por mais que restritos à parte dispositiva da sentença tal como nos processos individuais, também tem peculiaridades. Isto porque a generalidade de seus termos tem largos efeitos práticos, principalmente nas causas de âmbito nacional, interpretando-se pedido e causa de pedir extensivamente.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva é analisado por três critérios: limites subjetivos; limites objetivos e; modo de produção. No tocante aos limites subjetivos, ou seja, quem se submete a coisa julgada, ela pode ser: inter partes, vinculando somente as partes; ultra partes, atingindo determinados terceiros; e erga omnes que atinge a todos indistintamente. Quanto aos limites objetivos da coisa julgada coletiva, aqui se segue a regra geral, submetendo-se somente questões contidas no dispositivo da decisão.  Quanto ao modo de produção a coisa julgada pode se dar de três tipos: a) pro et contra, formando-se independentemente do resultado da decisão, procedente ou improcedente; b) secundum eventum litis,  produzindo coisa julgada somente quando a demanda for julgada procedente; c) secundum eventum probationis, formada sempre com o esgotamento, suficiência de provas, neste caso sendo procedente ou improcedente a demanda, ou seja,  sendo improcedente o pedido por insuficiência de provas, não caberá extensão da coisa julgada aos substituídos na relação processual, podendo a ação ser reproposta, inclusive pelo mesmo autor desde que amparado em novas provas.

Também as regras de litispendência e de conexidade são ampliadas no âmbito do processo coletivo. Na litispendência, por mais que os legitimados ativos sejam diversos, demandas tratando com o mesmo pedido e causa de pedir podem ser consideradas litispendentes. Do mesmo modo a conexidade entre demandas coletivas, que não obedece aos estritos termos das demandas individuais, possibilitando o agrupamento de um maior número de causas.

E, por fim, o ônus da prova obedece a regras distintas quanto à sua divisão, recebendo tratamento próprio e adequado aos direitos e interesses metaindividuais.

### 2.4.6. Legitimidade das partes nas ações coletivas – sistema atual

O processo coletivo tem características próprias, distinguindo-se dos processos individuais, razão pela qual os institutos clássicos de Direito Processual Civil devem adquirir contornos próprios nas ações coletivas. Entre esses institutos, destaca-se a legitimação. A legitimidade da parte está compreendida entre as condições da ação, juntamente com a possibilidade jurídica do pedido e o interesse de agir.

A legitimidade, diferentemente do que ocorre no processo civil tradicional individualista, é um dos pontos cruciais do processo civil coletivo, junto com a coisa julgada, por ser ponto de variado debate e construção doutrinária.

No ordenamento jurídico pátrio não há plena liberdade para se escolher quem figurará no polo ativo das demandas coletivas. O legislador optou por preestabelecer os legitimados ativos.

Segundo os artigos 5º da Lei nº 7.347/85 (com a nova redação dada pela Lei nº 11.448/07) e 82 da Lei nº 8.078/90, são legitimados para propor a ação civil pública principal e a cautelar: a) o Ministério Público; b) a Defensoria Pública; c) a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; d) a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; d) a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; e) as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor

Como se pode ver, a legitimação é concedida a vários entes. Ao contrário da concepção tradicional – fundada no processo civil individualista –, a legitimação não é exclusiva, mas concorrente. Além disso, ela é disjuntiva, isto é, não há necessidade de participação de todos os entes em conjunto no polo ativo da ação. O litisconsórcio é possível, porém não obrigatório. Assim sendo, a atuação de um legitimado independe do concurso de outro.

Posteriormente à Lei da Ação Civil Pública foram editadas outras normas para aperfeiçoar a tutela coletiva de direitos. Entre elas tem-se a Lei nº 7.853/89, que tratou da defesa das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89, que tratou da defesa dos investidores do mercado de valores mobiliários; posteriormente, a Lei nº 8.069/90, ou “Estatuto da Criança e do Adolescente”; a Lei nº 8.078/90, o “Código de Defesa do Consumidor”; e a Lei nº 8.492/92, denominada “Lei da Improbidade Administrativa”.

Apesar dessas ampliações, em nenhuma dessas leis há previsão da legitimidade da pessoa física para as ações coletivas. O único diploma que legitima o indivíduo a agir em juízo em nome de interesses supraindividuais é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65). Mesmo assim, não é qualquer pessoa física que pode fazê-lo, pois dentre as Ações Coletivas, a única que possui legitimação restrita é a Ação Popular, pois somente cidadão pode-se utilizar deste meio de impugnação. O artigo 1° da lei exige que o autor seja cidadão, isto é, brasileiro no gozo de seus direitos políticos. E o seu § 3° acrescenta que a prova dessa condição deve ser feita por meio do título eleitoral.

A Constituição Nacional de 1988 faz referência no seu art. 5º, inciso LXXIII, à ação popular. A ação popular é um remédio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão com o objetivo de obter controle de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio federal, estadual ou municipal, ou ao patrimônio de autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas que recebem auxilio pecuniário do poder público.

A ação popular, que é regulada pela Lei 4.717 de 29 de junho de 1965, possibilita que qualquer cidadão tenha o direito de fiscalização dos atos administrativos, bem como de sua possível correção, quando houver desvio de sua real finalidade.

Percebe-se que, no atual contexto, que as ações coletivas podem ser propostas por três espécies de legitimados: o legitimado particular, que é o caso do cidadão que propõe ação popular, que visa à defesa de direitos difusos; os legitimados privados (sindicatos, associações e partidos políticos, este último no caso de mandado de segurança coletivo, por exemplo); e os legitimados públicos (Entes Federativos, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e Ministério Público). Assim, para a propositura de demandas coletivas, “o Brasil possui uma legitimação plúrima e mista, plúrima por serem vários os entes legitimados, mista por serem legitimados entes da sociedade civil e do Estado”. [[24]](#footnote-24)

No tocante à legitimação, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor integram-se. O rol de legitimados é praticamente o mesmo, tendo este último diploma acrescentado àquele apenas os órgãos da Administração pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Para os direitos individuais homogêneos é o entendimento da legitimidade extraordinária por substituição processual, tanto para o Ministério Público quanto para as associações, que tem prevalecido na jurisprudência brasileira.

Já em relação às associações, surge a discussão a respeito da “representatividade adequada”. Esse instituto vem do direito norte-americano e se destina a garantir que o ente que atua como substituto processual tenha condições de representar adequadamente aqueles a quem está substituindo na ação.

Ou seja, a ideia do instituto é garantir a credibilidade, seriedade, capacidade técnica e até econômica do legitimado. Isso porque a adequada representação colaboraria para legitimar o provimento jurisdicional advindo da demanda, bem como impediria que fossem desvirtuadas ações coletivas, com o ajuizamento de ações sem fundamento ou que pudessem até mesmo trazer prejuízos à coletividade.

A representatividade adequada, no sistema das *class actions* norte-americano, é aferida pelo juiz. No sistema jurídico brasileiro, por outro lado, a lei traz os requisitos para a aferição da representatividade adequada ao estabelecer os legitimados para à propositura de ações coletivas. Com exceção das associações, para os demais legitimados, a adequação é presumida pelo legislador.

No caso específico das associações, estas devem cumprir dois requisitos para ajuizar uma demanda coletiva, quais sejam, estarem constituídas há pelo menos um ano, estando devidamente registradas, e incluírem entre seus fins institucionais a defesa de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, ou seja, devem guardar pertinência temática com o que defendem em juízo. A pertinência temática será analisada pelo juiz, que decidirá sobre sua presença ou não no caso concreto.

Definida a representatividade adequada, conclui-se, em vista do exposto, que a legitimação na propositura de ações coletivas é extraordinária. Além disso, a legitimação se dá por meio de substituição processual autônoma.

Os doutrinadores estabelecem ainda algumas outras características da legitimação ativa, de modo que esta é também concorrente e disjuntiva, segundo aduzem DONIZETTI e CERQUEIRA[[25]](#footnote-25).

A substituição processual é autônoma, porque o legitimado está autorizado a conduzir o processo independentemente da intervenção do titular do direito em juízo. A legitimação é concorrente, porque mais de um legitimado poderá propor a mesma demanda coletiva; e é disjuntiva, porque a atuação dos legitimados não precisa se dar em conjunto a fim de que pleiteiem judicialmente os direitos de seus substituídos.

Diante disso, está definida a legitimidade ativa para as ações coletivas. Cumpre ainda, todavia, lembrar brevemente da legitimidade passiva, uma vez que, apesar de mais raras, é possível encontrar ações coletivas passivas, em que o grupo não é o autor, mas sim o réu da demanda.  A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela.

# 3. O DIREITO NORTE AMERICANO – AS CLASS ACTIONS

A intenção deste trabalho foi traçar algumas das mais importantes linhas mestras do sistema das ações coletivas americanas, especificamente as relacionadas a *Class Actions for Damages*, tais como postas na *Federal Rule* 23 com a redação mais atual.

Não temos a pretensão de esgotar todas as discussões sobre o tema que, poderiam ser postas, mas indicar alguns pontos de reflexão a respeito da sistemática proposta no novo código de processo civil das ações coletivas brasileiras.

Conforme GIDI[[26]](#footnote-26), “As *class actions* norte americanas não são perfeitas, mas a sua experiência é profundamente rica e quem a conhece sabe que elas continuarão sendo o principal modelo pra toda e qualquer demanda coletiva no mundo”.

Segundo o Professor Dário Moura Vicente, o Direito Comparado é o “ramo da ciência jurídica que tem por objeto o Direito na sua pluralidade e diversidade de expressões culturais e procede ao estudo comparativo destas”.

A nossa proposta será procurar demonstrar as vantagens das *class actions* no sistema estadunidense, lembrando que, respeitadas as nossas diversidades e particularidades, podemos adaptá-lo a nossa realidade, não precisando criar algo novo, apenas tentaremos demonstrar a necessidade de melhorar o nosso modelo que funciona, embora ainda bastante aquém do que a sociedade espera. Dada a complexidade do tema não incipiente, há a pretensão de nossa parte de no presente estudo abordarmos a exaustão questionamentos que dizem respeito à recepção das ações coletivas no ordenamento jurídico brasileiro.

A experiência estadunidense é sem dúvida o centro mundial de desenvolvimento das ações coletivas, e parece-nos oportuno identificar em que medida a legislação brasileira nela tenha se espelhado para arquitetar seu subsistema de tutela coletiva de direitos individuais.

A *class action* do direito norte-americano pode ser definida, como sendo uma ação ajuizada por um ou mais representantes, em favor de toda uma classe (coletividade), desde que compartilhem, entre si, um interesse comum.

Em linhas gerais, podemos traçar a partir da análise da *Rule 23* do direito norte americano, que toda e qualquer ação coletiva apresenta como objetivos próprios a economia processual, a busca pelo acesso à justiça sem delongas ou obstaculos e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.

As class actions estão, de acordo com a *Rule* 23, divididas em três modalidades para as quais foram estabelecidos requisitos específicos

A primeira modalidade é utilizada para as hipóteses em que a propositura de ações individuais poderia criar o risco de decisões contraditórias ou afetar/prejudicar os interesses de outros membros da classe.

A segunda modalidade é a chamada *Civil Right Case* e é proposta quando a parte contrária à classe pratica ou se abstém de praticar atos lesivos a esta. É utilizada principalmente para a defesa de direitos civis e fundamentais.

A terceira modalidade é conhecida como *Class Action For Damages*, que é a ação de classe que versa sobre questões de fato e de direito comuns aos integrantes da classe que predominam sobre as questões individuais e, em regra, visam à indenização como compensação pelo direito lesado.

As duas primeiras categorias de *class actions* são conhecidas como *mandatory classes* e não admitem que os membros da classe se retirem do feito (exercício do *right to opt out*), ao contrário das *class actions for damages*.

## 3.1. Objetivos das *Class Actions*

Como referido acima, os objetivos das ações coletivas são a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material – que envolve redução no risco de prolação de decisões contraditórias.

1. **Economia Processual**

N**o** direito americano, a economia processual e a eficiência processual são valores essenciais. A primeira regra das *Federal Rules of Civil Procedure* estabelece que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”.

As ações coletivas permitem que inúmeras ações individuais sejam substituídas por uma única. As ações coletivas também trazem economia financeira, uma vez que os custos da demanda são rateados entre todo o grupo.

  Para o réu, a demanda coletiva também é mais eficiente, pois se julgada improcedente, impede decisões contraditórias. Se procedente, o réu economizará com o custo de contratação de advogados em inúmeras demandas individuais. Segundo Stephen Yazel, as ações coletivas são uma espécie de “aspirador de pó judicial”, que sugam ações individuais semelhantes e alivia o trabalho dos Tribunais.

Para Antonio Gidi[[27]](#footnote-27), o simples fato de serem substituídas milhares de ações individuais por apenas uma grande ação coletiva, por mais complexa que seja, já justificaria a economia processual atingida pelas *class actions*. Isso porque a desproporção entre o baixo custo do processo e o alto valor da sentença faz com que mesmo uma ação com baixa possibilidade de vitória seja economicamente viável para o grupo e extremamente perigosa para o réu. Ressalte-se porem que neste caso, o réu passa a estar em situação de desvantagem – pois, diante disso, deixa de ser o opressor e passa a ser o oprimido.

**B) Acesso à Justiça**

As *class actions* são fundamentais para a efetivação do acesso à justiça. Através delas demandas que dificilmente chegariam ao Poder Judiciário são propostas. Entretanto, isso se altera quando várias pessoas se reúnem com o objetivo de demandar conjuntamente – “a união faz a força”.

A ação coletiva também pode proporcionar a proteção de interesses de pessoas hipossuficientes, que nem mesmo sabem que seus direitos foram violados ou não possuem iniciativa, independência ou organização necessárias para fazê-los valer em juízo.

Tal importância é facilmente verificada nos casos, por exemplo, ligados ao direito do consumidor.

 Muitas das regras estabelecidas para os fornecedores de produtos e serviços são diariamente desrespeitas sem que haja qualquer punição. Isto porque o prejuízo causado ao consumidor é de pequena monta ou até mesmo imperceptível diretamente.

 Nestas hipóteses apenas em raríssimos casos o consumidor irá buscar o cumprimento da regra judicialmente porque economicamente inviável e a eventual procedência na demanda não traria qualquer prejuízo ao réu.

 Este cenário é alterado quando a demanda é proposta por um legitimado em favor de centenas ou milhares de pessoas. Ainda que individualmente a demanda não seja eficiente, coletivamente ela pressiona o réu a adotar as medidas adequadas.

 Outros exemplos de acesso à justiça proporcionado pelas *class actions* são a defesa de interesses de pessoas que dificilmente teria condições de sequer conhecer o seu direito, como o caso das crianças e ainda a de interesses de pessoas que por se encontrarem diante de uma situação em que não podem enfrentar diretamente o autor da conduta, como as ações trabalhistas.

Assim, é evidente que a utilização das *class actions* é de suma importância para que haja um equilíbrio entre os indivíduos e o governo ou grandes empresas.

**C) Efetivação do Direito Material**

O terceiro objetivo buscado é o de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado. Isso pode se dar de forma repressiva (corrigindo o ilícito) ou profilática (estimulando o cumprimento voluntário do direito).

A mesma sociedade que gera a possibilidade de violação coletiva de direitos e interesses de um grupo deve criar instrumentos processuais para remediar, ou pelo menos desestimular a prática de tais ilícitos, acarretados, muitas vezes, pela certeza da impunidade das lesões de baixa repercussão econômica (é o que acontece várias vezes em se tratando de serviços bancários, de telefonia, etc.).

A utilização das ações coletivas também é muito útil para realização de políticas públicas. Trata-se de uma função pedagógica exercida pelas ações coletivas – também para punir o praticante da conduta ilícita, impossibilitando de se locupletar-se com isso.

O amplo acesso ao Poder Judiciário é um estímulo ao cumprimento voluntário da lei e um desestímulo à prática de condutas que lesem grupos. Por exemplo, nos casos em que as *class actions* se revelem especialmente complexas, custosas e trabalhosas, em sendo as pretensões individuais de pequena monta, a única justificativa existente para prosseguir com o processo é a necessidade de punir o infrator e não deixá-lo locupletar-se com a sua conduta ilícita, e com isso, não sendo estimulado a reintera-la.

A existência das *class actions*, ameaça a impunidade das empresas que, em razão da alta lucratividade, deixam de cumprir as regras estabelecidas. Em razão da possibilidade de punição, a *class action* estimula o cumprimento voluntários das regras e obrigações.

 A sentença da *class action* pune ainda de forma coletiva, uma infração coletiva, reforçando a autoridade dos Estados e colaborando na construção de políticas públicas.

 A decisão em demanda coletiva dá ao Poder Judiciário a exata dimensão de sua decisão, podendo ser avaliado pelo julgador todos os aspectos do conflito, trazendo uma maior possibilidade de a sentença ser, de fato, benéfica à sociedade.

Este estímulo ao cumprimento voluntário das leis é denominado nos Estados Unidos de *derrence*. Isto significa o estimulo ao cumprimento voluntário do direito através de incentivos e punições.

Além disso, advertem os autores, o indivíduo, que age isoladamente, está em condições de desvantagem ante o autor das lesões que, em regra, é mais poderoso que ele.

É por isso que a ação em grupo é muito mais vantajosa e eficaz. Daí a necessidade de se legitimarem as associações ou “corpos intermediários” para que possam defender em juízo os interesses coletivos.

Para isso seria necessário que houvesse uma grande conscientização dessas pessoas e elevado grau de politização e nível educacional*.*

## 3.2. Requisitos das *Class Actions*

Uma ação somente pode ser conduzida de forma coletiva se os seus requisitos (previstos pela Rule 23) estiverem presentes de forma concomitante. A ausência de qualquer deles impede a admissibilidade da ação pela via coletiva. São eles:

a) Grupo numeroso – impraticabilidade do litisconsórcio;

b) Questões de fato ou de direito comuns;

c) Pedidos ou defesas do representante devem ser comuns (típicos) aos demais membros do grupo;

d) Os interesses do grupo devem ser adequadamente representados em juízo.

Os dois primeiros são tidos por requisitos objetivos; os dois últimos, requisitos subjetivos. Se os requisitos objetivos não estiverem presentes, a demanda não pode ser admitida sob a forma coletiva. Entretanto, se os requisitos objetivos estiverem presentes, mas os requisitos subjetivos não, a ação pode prosseguir na forma coletiva, bastando que o representante seja substituído por outro membro do grupo.

Duas grandes espécies de pretensões podem ser promovidas mediante *class action:* (a) pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direitos cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (*injuctions class actions*); e (b) pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos (*class actions for damages****).***

a) **A impraticabilidade do litisconsórcio** *(joinder impracticability).* Temos assim em primeiro lugar que o número de membros seja tão grande que inviabilize a convocação de todos para o processo. O direito americano possui um regramento extremamente flexível e liberal no que tange à intervenção no processo. Prevê a *Rule* 24 que o juiz pode permitir que qualquer pessoa intervenha em uma ação quando o seu pedido ou a sua defesa possua uma questão de direito ou de fato comum com a ação em que se quer intervir – é a ideia da *permissive intervention*. Tal sistemática difere sobremaneira do sistema brasileiro, que admite a formação do litisconsórcio facultativo, limitando as hipóteses do litisconsórcio ulterior. Ulterior (ou incidental): é o litisconsórcio que se forma no curso do processo. Existem três hipóteses que podem gerar a formação de um litisconsórcio ulterior: a conexão, a sucessão e a intervenção de terceiros.

A impraticabilidade não quer dizer impossibilidade do litisconsórcio. A impraticabilidade existe quando há dificuldade ou inconveniência de se administrar um processo com a presença de muitas partes (ou mesmo quando há dificuldade de localizar a totalidade dessas partes).

O requisito da impraticabilidade do litisconsórcio não é inerente à tutela coletiva. O direito brasileiro não faz tal exigência. No Brasil, a tutela coletiva é um *plus* à tutela individual e não uma substituta da mesma.

As *class actions*, no sistema americano, ao contrário, substituem a tutela individual, além do que a coisa julgada coletiva impede a propositura de ações individuais por parte dos membros do grupo (salvo eventual hipótese de auto-exclusão(opt-out)). Por esse motivo, o ordenamento americano optou por não permitir a tutela coletiva nas situações em que a tutela individual se mostre possível.

Sob a ótica do sistema americano, não haveria sentido em admitir uma ação coletiva em um grupo de dez ou doze pessoas (seria possível o litisconsórcio ou a propositura de ações individuais).

Importante salientar que não há número predeterminado de membros que satisfaça objetivamente o requisito da impraticabilidade do litisconsórcio. Há ampla discricionariedade conferida ao juiz. A jurisprudência é bem variada neste sentido. Já houve notícia de que foi recebida como ação coletiva com treze ou quatorze membros, bem como que grupos com trezentos e cinquenta pessoas não tiveram sua ação coletiva certificada com base nesse requisito. Evidentemente que tais exemplos consistem em situações extremas, que não são a regra. No entanto, servem para demonstrar a inexistência de parâmetros rígidos no que tange ao número de membros do grupo.

Quando um número é composto por poucos membros, além do número por si, outros elementos devem ser avaliados a fim de verificar a impraticabilidade do litisconsórcio: a hipossuficiência do grupo (pessoas portadoras de deficiência, pessoas carentes etc.) ou a baixa repercussão econômica das pretensões individuais dos membros dos grupos, tornando antieconômica a propositura de ações individuais. Em suma: muitos elementos influem no requisito da numerosidade: a decisão deve ser tomada casuisticamente e o juiz deve analisar todas as circunstâncias que envolvem o litígio coletivo.

O excesso de pedidos de auto-exclusão ou a divisão em vários subgrupos pode gerar problemas para a satisfação do requisito.

Em alguns casos, no momento da propositura da *class action*, o candidato a representante não tem certeza de quantas pessoas lesadas existem. Há apenas uma suspeita do número – aí pode começar o procedimento da ***Discovery*** – neste caso, o representante inicia uma pesquisa para localizar e identificar outras pessoas lesadas pela conduta do réu. O representante tem o ônus de comprovar a existência de um grupo suficientemente numeroso para ensejar a certificação da ação coletiva.

Não obstante seja o primeiro requisito mencionado na *Rule* 23, a análise da numerosidade geralmente é, por questões lógicas, a última a ser feita.

Sobre o requisito **numerosidade*(numerosity****)*, cabe ainda explicar que, ao contrário do que parece, ele não está tão diretamente relacionado com o número de pessoas envolvidas no litígio, mas refere-se mais, a inviabilidade de uma participação pessoal no processo. Esta discussão transcende o tema “número de pessoas envolvidas” que é de menor importância, pois o que realmente importa é verificar se há condições, sem prejuízo ao curso do processo ou a tutela adequada dos interesses em causa, de reunirem-se todos os envolvidos em um processo.

b) Também são **necessárias questões comuns de fato ou de direito** *(commom question)* comuns à classe. *A* predominância de questões de fato e de direito (*commonality)* é sem dúvida o ponto mais importante, e o que mais nos interessa, pois é o que apresenta maior similaridade com a figura da “origem comum” exigida pelo direito brasileiro para a caracterização dos chamados direitos individuais homogêneos. De acordo com a interpretação dos tribunais norte-americanos, a lógica das *class actions* mostra-se apropriada para o trato de temas no qual as questões envolvidas de fato e de direito são comuns a classe como um todo. As razões seriam portanto, a racionalização do serviço judiciário buscando a economia processual na decisão de questões comuns de uma só vez para todos os afetados.

A doutrina, a lei, nem mesmo a jurisprudência norte-americana definem o conceito de questão comum. Essa ausência de um parâmetro conceitual é fruto da extrema confiança concedida ao juiz de primeiro grau naquele sistema, com base na sua experiência. Segundo Antonio Gidi[[28]](#footnote-28), uma análise das diversas decisões que enfrentaram o tema, fazem concluir que haverá questão comum sempre que as circunstâncias do caso concreto permitirem uma decisão unitária da controvérsia coletiva. Ou seja, poderiam ser tratadas em juízo como se fossem unicamente uma única pessoa.

A lei exige a presença de uma questão comum, seja de fato ou de direito (mas não exige a presença de ambas).

A questão comum, a unir pessoas em um grupo uniforme, pode não ser a pretensão dos autores, mas a defesa do réu. Também se mostra possível haver questão comum de direito unindo diversas pessoas em um grupo ainda quando a natureza ou as consequências da discriminação sejam diferentes em cada caso individual (por exemplo, quando se alega uma política geral de discriminação dentro de uma empresa).

A ausência do requisito questão comum não conduz, necessariamente, à extinção da ação coletiva. Neste caso, o juiz poderá: a) redefinir o grupo (*class redefinition*), restringindo aos membros ligados pela questão comum; b) limitar a *class* *action* à parcela da controvérsia atingida pela questão comum (ação coletiva parcial); c) dividir o grupo em subgrupos mais homogêneos; d) negar a possibilidade de prosseguimento da ação coletiva, não a certificando, por falta do requisito da questão comum – neste caso, a ação somente poderia prosseguir na modalidade de ação individual. Tais decisões podem ser tomadas a qualquer tempo no curso do processo. Há várias medidas saneadoras a serem tomadas depois de várias fases procedimentais – a extinção do processo deve ser sempre a última solução.

c) Exige-se também que **as pretensões ou as defesas dos representantes da classe sejam típicas das pretensões ou das defesas dos membros da classe** *(*conforme explicitado no art. 23, (a) (4), das Federal Rules of Civil Procedure - FRCP). Nesta questão da tipicidade(*tipicality),* exige-se que ele tenha os mesmos interesses e tenha sofrido o mesmo dano dos outros membros da classe. Não é suficiente portanto, uma origem remota dos direitos ou danos, impõe-se a demonstração de que o representante da classe sujeita-se exatamente aos mesmos efeitos sofridos pela classe como um todo.

Não somente as questões devem ser comuns entre os membros do grupo, mas também entre eles o seu representante.

Em uma ação coletiva, coexistem dois tipos de pedidos independentes: o pedido individual do representante e o pedido coletivo do grupo. O requisito da tipicidade assegura que o pedido feito em tutela do direito individual do autor (representante) seja direcionado também a resolver as questões comuns que afetam o grupo. O requisito da tipicidade também exige a ausência de conflitos de interesses entre o representante e o grupo.

Para que uma pessoa possa representar um grupo em juízo, deve ela ter legitimidade e interesse para propor a correspondente ação individual em nome próprio.

Para que o representante possa ter legitimidade é preciso normalmente, que ele alegue ter sofrido algum dano particularizado, ou seja, fatos de ordem individual. Se o autor alega pretensões individuais e elas estão baseadas nos mesmos eventos ou fundamentos jurídicos da coletividade, estará preenchida a tipicidade. Entretanto, poderá estar presente a legitimidade, sem que a tipicidade esteja presente, como por exemplo no caso em que o demandante alega um dano individual, por exemplo: ter sofrido discriminação, e não foi demonstrado um padrão de conduta discriminatório na coletividade, neste caso suas pretensões não serão típicas do grupo, porque pode simplesmente não existir nenhuma questão em comum.

A distinção entre os conceitos de legitimidade e tipicidade é útil, principalmente do ponto de vista teórico, para explicar a legitimação das associações e entes despersonalizados, quando estes não integrarem a coletividade defendida na *class actions.*

Nestes casos a Suprema Corte norte-americana definiu os seguintes requisitos para a legitimidade das associações em geral: a) pelo menos um dos membros deve ser legitimado, em tese, para a tutela dos interesses que estão sendo defendidos pela associação; b) os interesses envolvidos na demanda devem estar relacionados aos seus fins institucionais, e; c) a pretensão deduzida e o remédio processual requeridos não devem depender da participação individual dos membros associados.

Como o primeiro requisito determina que pelo menos um integrante do ente associativo deve possuir legitimidade, em tese, a tipicidade será então verificada em termos de compatibilidade entre a pretensão individual desse membro e os interesses do resto da coletividade.

Uma das razões pelo qual a predominância das questões comuns tenha uma importância desproporcional nas *class actions* norte americanas é devido a existência de uma certa má-vontade do Judiciário em bifurcar o processo coletivo em duas fases, uma para determinação da causalidade genérica e responsabilidade civil e outra fase para a causalidade especifica e liquidação de danos individuais, segundo Gidi[[29]](#footnote-29).

Em relação ao resultado da demanda, há uma total independência entre a pretensão individual do representante, ou do membro do grupo e a pretensão coletiva. O pedido individual do representante pode ser procedente ou improcedente, sem que isso signifique que todos os membros do grupo estejam na mesma situação de vantagem e desvantagem em relação ao réu.

Há tipicidade entre o representante e o grupo na medida em que o objetivo geral da *class action* é determinar a responsabilidade civil ou a ilegalidade da conduta do réu.

Eventuais defesas do réu contra o representante em face da sua pretensão individual (prescrição, por exemplo) devem ser alegadas na posterior demanda individual, não tendo o condão de obstar o prosseguimento da ação coletiva.

Frise-se que o requisito da tipicidade perde relevância se se atribui a legitimidade para propor ações coletivas a entes estatais ou a associações civis, como é o caso do nosso ordenamento jurídico, seguindo tendência de países do sistema da civil law.

d) ***A* representatividade adequada *(adequacy of representation****)* através da qual as partes representantes protegem eficaz e adequadamente os interesses da classee, por fim, o enquadramento em uma das hipóteses previstas em lei (critério este pragmático).

Se os membros ausentes serão vinculados pelo resultado de uma ação conduzida por uma pessoa que se declara representante dos seus interesses, preceitos básicos de justiça impõem-se o requisito da representação adequada. Tal requisito decorre da garantia constitucional do devido processo legal. O princípio do *due process of law* estabelece o direito do litigante de ser ouvido em juízo. Se este direito é reduzido em uma ação coletiva, em face da intervenção de um representante, que faz as vezes dos demais interessados, impõe-se o direito desse litigante de ser representado a contento, a fim de que não venha a sofrer futuros prejuízos.

O objetivo disso é assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele obtido se os membros do grupo estivessem defendendo pessoalmente seus interesses em uma ação individual.

Nos casos em que o grupo ou alguns membros não foram representados adequadamente na ação coletiva, os tribunais, em processo posterior, não reconhecem o efeito vinculante da coisa julgada e podem decidir novamente a questão.

Pode-se afirmar que a representação consiste no principal diferenciador entre as ações coletivas e o litisconsórcio. No caso do litisconsórcio, quando vários réus e vários autores participam de um mesmo processo eles podem controlar diretamente seus advogados. As partes possuem autonomia na condução do processo.

Nas *class actions* a classe representada não exerce um controle rigoroso sobre os rumos do processo, sendo que, muitas vezes, os membros ausentes nem sabem que existe uma demanda coletiva em que seus interesses estão envolvidos, visto que a *Regra 23* somete obriga que os integrantes do grupo sejam comunicados, na hipótese de certificação da *class actions* em uma determinada categoria, prevista na alínea (b)[[30]](#footnote-30). Mas quando é exigida a notificação pessoal, geralmente há duas escolhas: ou exercer o direito de exclusão *(opt-out*), abandonando a ação coletiva, ou permanecer na demanda, vinculando-se ao resultado do processo, sem que o advogado dos representantes do grupo seja obrigado a consultar toda a coletividade para elaborar a estratégia processual.

É responsabilidade do juiz a garantia de que o processo coletivo seja conduzido de forma adequada. Por isso, deve acompanhar atentamente todas as fases do processo – a certificação da *class action* não faz com que a questão da representação adequada seja tida por preclusa. Até mesmo a formação da coisa julgada não faz precluir a questão referente à representação adequada em face dos membros ausentes. Assim se o grupo não foi adequadamente representado em juízo, ele poderá rediscutir isso em uma ação futura. Em face disso, a certificação da ação coletiva pode ser revogada ou modificada pelo juiz da causa até mesmo após a decisão final.

Por mais paradoxal que pareça, é interesse da parte contrária ao grupo zelar pela representação adequada – porque o custo é alto para a parte contrária na tramitação do processo. Não é interessante para ela, após o trâmite processual da ação coletiva, haver a revogação da certificação, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito e possibilitando o futuro ajuizamento de ações individuais. Em outras palavras: se o representante for considerado inadequado, o réu não terá nenhum benefício com a vitória na ação coletiva, uma vez que a sentença não vinculará os membros ausentes.

A adequação na representação engloba: a) a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes; e b) a ausência de antagonismo ou conflito de interesses para com o grupo. Tais aspectos devem ser avaliados tanto com relação ao representante como com relação ao advogado do grupo.

Segundo Antonio Gidi[[31]](#footnote-31), o juiz brasileiro não somente pode, como também tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo. De acordo com o seu entendimento, o juiz deve propiciar a substituição do representante – caso não obtenha êxito, deve extinguir o processo sem julgamento do mérito. Isso mediante uma interpretação do Código de Defesa do Consumidor e LACP à luz do princípio do devido processo legal.

O notável jurista italiano Mauro Cappelletti[[32]](#footnote-32), traz a concepção do “devido processo legal coletivo” – realçando o direito do membro do grupo de ser citado, ouvido, defender-se e produzir prova individualmente é substituído por tais prerrogativas através de um terceiro – um representante – por isso o representante deve ser adequado.

Esses requisitos devem ser cumulativos, ou seja, devem todos estar presentes para a admissão da ação como uma *class action*.

Na busca por satisfazer tais requisitos, a instauração de uma *class actions* exige ainda que a situação apresentada se insira em uma das seguintes hipóteses (regra 23 (b**),** das Federal Rules of Civil Procedure - FRCP: Arenhart[[33]](#footnote-33).

a.1) A instauração e prosseguimento de várias ações individuais criem riscos de decisões inconsistentes ou variáveis, estabelecendo padrões de condutas diferenciados para a parte oposta à classe;

a.2) Esta simultaneidade de várias ações possa gerar risco de dispor de interesse de outros membros alheios a demanda, e impedir substancialmente ou prejudicar a habilidade destes de defender seus direitos.

Ou então:

b) A parte contraria ao grupo tenha atuado ou se recusado a atuar de forma idêntica em relação a toda a classe, tornando-se assim apropriado que se emita uma ordem ou uma declaração em relação à classe como um todo (Regra 23(b) das **Federal Rules of Civil Procedure – FRCP.**

c) Tribunal deverá entender que as questões de fato ou de direito comum aos membros da classe, predominam sobre as questões individuais, e considerar que a *class actions* é mecanismo mais adequado para o julgamento justo e eficiente da controvérsia (regra 23(b)) das **Federal Rules of Civil Procedure – FRCP.**

É da avaliação destes três elementos em conjunto (identidade de questões, tipicidade e predominância), que se nota que há uma certa exigência de padrão de conduta por parte daquele que sofre a ação coletiva. É este padrão que permite que todos sejam tratados da mesma forma no processo, a despeito das peculiaridades de cada caso, e recebam enfim, uma mesma solução, sem qualquer divergência e equânime.

Todos os elementos acima exemplificados e descritos sinteticamente são avaliados pelo magistrado do processo diante do caso concreto e durante todo o curso da causa. Apenas após obtida a “certificação” para a demanda coletiva, com a demonstração do preenchimento de todas as circunstancias, pode a causa seguir como *class actions.*

## 3.3. Hipóteses de Cabimento das *Class Actions*

Preenchidos os requisitos já citados supra, a ação deverá se amoldar em uma das hipóteses abaixo, contidas na Regra 23 (b), que se constituem espécies de *class actions* traçadas pelo legislador, quando então, ocorre a certificação.

As hipóteses de cabimento das *class actions*,as quais são trazidas pelaRule 23, *são as seguintes:*

***a)* *as* *class actions* *for damages*** (Rule 23, b.3,seria a hipótese de uso mais disseminado, e corresponderia às ações coletivas de natureza indenizatória, em prol de direitos individuais homogêneos*),*

***b)* as injunctive *class actions*** *(Rule 23, b.2,* de caráter mandamental, em defesa de direitos coletivos e difusos*),*

***c)* *as incompatible standarts* *class actions*** *(Rule23, b.1.A,* que visa a promover decisão unitária em casos em que a parte contrária deva tratar os membros do grupo de modo uniforme*)*

***d) e as prejudice class actions*** *(Rule 23, b.1.B,* visa a uma decisão unitária em prol do grupo*).*

A principal característica das tradicionais *class actions* é a representação da classe no pólo ativo da demanda coletiva, isto é, como parte autora.

Prevista também ao seu lado, a legitimidade passiva do grupo, hipótese conhecida como *defendant class actions.* No direito norte-americano, a ação coletiva passiva, denominada de *defendant class action,* existe e possui aplicação prática.

Podemos constatar que, as cortes norte-americanas fazem um severo exame prévio, sobre o próprio mérito da causa, antes de admitir a demanda como coletiva. O resultado em razão destas exigências postas, é que há uma certa tendência de permitir que certas matérias tenham mais facilidades de usar da via coletiva, com por exemplo as questões de investidores ou de consumidores, e outras como os casos de responsabilidade por vício de produto não tenham esta facilidade. Isso ocorre pelo fato de que os casos de responsabilidade pelo produto envolvem uma gama de questões individuais, o que prejudica a tramitação ágil da demanda coletiva e torna muito complexo o seu julgamento. Estas questões exigiriam muito tempo dos magistrados, e por este motivo não devem ser admitidas, pois segundo estatísticas americanas, as *class actions* envolvem muito mais atenção por parte dos juízes, em média cinco vezes mais tempo do que uma causa comum, com uma demora três vezes maior do que uma demanda individual.

Diferentemente do que ocorre no Direito brasileiro, na sistemática norte-americana, a garantia do devido processo legal não está pautada na participação no processo, mas sim no direito à representação, mediante a utilização do instituto da “representação adequada”. Isso advém do fato de que, na maioria das vezes, no caso de ações coletivas ativas ou passivas, há impossibilidade física de que todos os titulares dos direitos em discussão integrem a lide.

## 3.4. Pressupostos Indispensáveis

Baseado nas definições de Andre V.Roque,(2013, pag. 71-78) enfocaremos a seguir dois pressupostos indispensáveis em uma *class actions*, que as diferenciam de outras figuras processuais, notadamente do litisconsórcio, quais sejam: a classe e o representanteque serão examinados a seguir.

### 3.4.1. A classe

Conceituar “Classe” no direito americano é uma das mais difíceis tarefas, uma vez que a doutrina não apresenta definições pré estabelecidas. Um dos poucos autores nos Estados Unidos que enfrentou a questão, ainda que superficialmente, foi Stephen Yeazell, ilustre jurista, que segundo ele, a classe se constitui em uma “*entidade litigante temporária reconhecida através de uma decisão judicial formadas por todas as pessoas interessadas na demanda coletiva”.*

Segundo o autor, a delimitação de classe possui duas funções nas ações coletivas americanas: a primeira delas consiste em definir os contornos da *class action*. Esta definição se daria porque, no direito estadunidense, os limites subjetivos da coisa julgada nas demandas coletivas, principalmente após a reforma de 1966, não são determinadas pela natureza jurídica do direito transindividual defendido em juízo. Diferentemente, no modelo brasileiro, este limite é fundado essencialmente na conceituação de direitos e interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

Para a existência de uma classe não há necessidade de que todos os seus membros sejam previamente identificados ou identificáveis no princípio do processo. Significa apenas que os contornos gerais desta classe sejam delineados para ser possível identificar se um indivíduo faz ou não parte dela.

Este requisito tem a finalidade de identificar aqueles que devem ser intimados sobre a existência da demanda, ou sejam indenizados no caso de alguma condenação em dinheiro.

Na *class actions*, a vinculação da decisão, pelo menos em princípio, atingirá a todos os que se encaixarem na definição de classe admitida pelo tribunal. Portanto a primeira função seria estabelecer quem são os integrantes do grupo.

A segunda função de classe, tem origens históricas, contidas no *Bill of Peace* da Corte da Chancelaria inglesa, e teria o objetivo de conferir um mínimo de estabilidade necessária para a tutela dos direitos e interesses coletivos, sendo admitido quando a formação de um litisconsórcio entre todos os interessados na causa fosse impraticável, e uma das hipóteses em que isto ocorreria, seria quando o número de pessoas fossem tão grande que inevitavelmente aconteceriam sucessivas substituições decorrentes do falecimento de algumas delas.

Nesse caso, o *Bill of Peace* seria o remédio processual destinado a promover a estabilização subjetiva, de processos envolvendo um número massivo de pessoas.

Um exemplo bem ilustrativo, fornecido pelo autor, seria o caso de uma *class action*, através da qual os detentos de um determinado presídio questionassem condutas discriminatórias dos agentes penitenciários. Durante o processo, muitos presos poderiam ser libertados, transferidos para outros presídios, outros detentos poderiam ser encarcerados e alguns poderiam até se evadir. Se todas estas relações fossem tratadas individualmente o tempo todo, seria praticamente impossível se chegar a uma decisão final.

Dessa forma a ação gira sempre em torno do grupo, sendo que a individualização somente ocorrerá em certas ocasiões especificas, principalmente por ocasião da notificação dos membros da coletividade ou da distribuição da indenização entre as vítimas beneficiadas pelo julgamento ou pelo acordo firmado.

Por esta razão, não é exigido que o autor da *class action*, identifique de imediato todos os integrantes da coletividade. Nem mesmo nas hipóteses em que for determinada a notificação será indispensável a identificação de todos os membros ausentes, uma vez que a Regra 23, alínea (c)**(2)(**B) das Federal Rules of Civil Procedure - FRCP determina que a comunicação deve ser realizada apenas às pessoas que puderem ser identificadas através de um razoável esforço.

É necessário porém, que a classe seja definida em termos claros e precisos. A coletividade não precisa ser determinada, mas deve ser no mínimo determinável, de maneira que se possam aferir alguns pontos importantes, tais como:

a) aferir se o indivíduo estará ou não vinculado a ação coletiva;

b) se fará jus ou não a tutela eventualmente concedida;

c) se deverá ou não receber alguma comunicação e de que forma ela será feita durante a tramitação do processo.

A determinação da classe deverá ser feita com base em termos precisos, de modo que seus componentes possam ser conhecidos através de critérios objetivos como por exemplo: “Os empregados da empresa X” ou os “consumidores dos produtos comercializados pelo réu”.

Por outro lado devem-se evitar os conceitos subjetivos como os exemplos a seguir: “pessoas que acreditam em Deus” ou ainda aqueles que dependam da resolução do mérito, como “os indivíduos que foram discriminados pelo réu” ou “pessoas que sofreram danos decorrentes de defeito de produto comercializado”.

É importante também, prever a inclusão de membros futuros, ou seja, aqueles que somente integrarão a demanda coletiva no curso do processo, como é o caso por exemplo nas ações de responsabilidade civil por danos massivos (*mass torts class actions*). Muitos produtos tóxicos, como o amianto e o agente laranja, somente produzirão suas consequências maléficas, na saúde das pessoas, muitos anos mais tarde. Em tais casos é necessário que se defina em termos mais amplos, já reunindo indivíduos que somente se integrarão ao grupo, após o fim do processo.

É comum nestes casos, sendo acolhida a pretensão da coletividade, formar-se um fundo de indenização a ser administrado durante um certo tempo, com vistas a distribuição de indenização para os membros futuros.

Para maior clareza e caso seja relevante, é recomendável também, que seja determinado o lapso de tempo na definição da classe, (como “consumidores que adquiriram produtos do réu entre 1995 a 1999”). Quanto maior a precisão na indicação da classe, melhores serão as condições de avaliação do preenchimento dos requisitos gerais de admissibilidade das *class actions* no caso concreto, bem como a categoria em que a demanda deverá ser processada. As classes são tratadas de forma bastante flexível no direito norte americano.

### 3.4.2. O Representante

O segundo elemento essencial em uma *class action,* é o que estabelece que a ação só será admitida como coletiva se houver uma ou mais questões de direito ou de fato que sejam comuns à classe. Seria a existência de um vínculo de representação entre as partes, que defendem os interesses do grupo no processo e os integrantes da classe, os chamados membros ausentes.

A representatividade seria o diferencial entre as ações coletivas e o litisconsórcio. Não há como confundir, estes dois institutos jurídicos, pois quando vários autores ou réus participam de uma mesma ação, eles podem controlar diretamente seus advogados, as partes possuem autonomia no processo, sendo que uma delas pode aceitar o acordo proposto, mas o seu litisconsorte poderá recusa-lo.

Um demandado condenado poderá recorrer, enquanto outro condenado pode optar por não fazê-lo. Esta autonomia possui um preço, pois cada parte deverá arcar com o honorário de seus advogados e com o tempo despendido para comparecer em juízo e defender seus interesses.

Na *class action* ocorre de forma diferente. Nem sempre a classe representada exerce um controle rigoroso sobre os rumos do processo, conforme já ressaltamos. Os membros ausentes, muitas vezes nem sabem que existe uma demanda coletiva em que seus interesses estão envolvidos, pois a *Regra 23* somente obriga que os integrantes do grupo sejam comunicados na hipótese de certificação da *class action* em uma determinada categoria, prevista na *alinea (b)(3).*

Ainda, segundo o autor, quando se exige a notificação individual geralmente há duas escolhas possíveis: o cidadão pode se opor a que seu direito fique vinculado à decisão tomada na ação coletiva (sistema conhecido como *right to opt out* ***-*** optar por sair*),* ou permanecer na demanda, vinculando-se ao resultado do processo, sendo que o advogado dos representantes do grupo, não tem obrigação de consultar toda a coletividade para elaborar a estratégia processual.

Este sistema, contudo, somente se torna viável no regime do direito americano porque lá é prevista a publicidade da sentença através de notificação aos interessados,dando-se ampla publicidade à decisão (*fair notice*).

A existência de um vínculo de representação implica, portanto, em certa relativização da liberdade de escolha e autonomia típicas de litigantes individuais. Devido a esta vinculação automática, é necessário, preencher em cada caso concreto, determinados requisitos de admissibilidade, em especial quanto a representatividade adequada *(adequacy of representation)* para que o devido processo legal não seja violado.

Conforme consignado em decisão final da Suprema Corte americana no caso *Hanberry v. Lee,* ROQUE *[[34]](#footnote-34)* um dos princípios fundamentais do direito norte americano é que ninguém pode estar vinculado a um julgamento, sem que tenha participado pessoalmente do processo.

Neste processo foi destacado a importância da representatividade adequada, em uma *class action*.

As ações coletivas são uma exceção à regra, visto que nelas, todos os envolvidos se submetem ao resultado final da demanda através de seus representantes. É imprescindível, portanto que os membros ausentes tenham sido adequadamente representados ou que tenham efetivamente participado do processo.

Para se definir quem poderá ser o representante da coletividade em uma *class action* é necessário um grande esforço. No texto da Regra 23, estabelece que “*Um ou mais membros da classe podem ajuizar ou serem demandados como partes representativas”* (alínea (a).

Não resta dúvidas que o representante será um integrante do próprio grupo envolvido no litígio. Isto explica porque nos Estados Unidos o indivíduo possui um papel fundamental nas ações coletiva, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que a legitimidade de propositura de ações desta espécie, ficou sobretudo reservada ao Ministério Público, a órgão e entidades públicas, bem como para as associações. Embora haja legitimidade no direito brasileiro para que o indivíduo ingresse com ação popular, sua abrangência é restrita.

Vale ressaltar que, nos Estados Unidos as associações e entes públicos, não são impedidos de ingressar com demandas coletivas. Pelo contrário, em certas categorias da *class action* é muito frequente a participação de associações em litisconsórcio com indivíduos da própria classe representada.

No Brasil os juristas entendem que a representação nas ações coletivas constitui uma espécie de legitimidade extraordinária, enquanto que nos Estados Unidos, não há nenhum conceito análogo. Quando um autor daquele país fala em legitimação, estará se referindo a legitimidade individual. Esta ausência de um conceito de legitimação extraordinária, faz com que, tanto a doutrina como a jurisprudência norte americanas, inclusive da Suprema Corte, diferencie os conceitos de legitimidade e representação coletiva, muito embora possam as vezes, ocorrer sobreposição.

No entanto, elas não são institutos similares, embora sejam relacionáveis, pois a representatividade adequada é instituto mais amplo, exigindo que o magistrado analise elementos do caso concreto para garantir a efetiva observância do devido processo legal. A representatividade adequada funciona como um instituto legitimador da tutela jurisdicional coletiva, pois a decisão alcançará quem não participou do processo.

As condições da ação, no processo civil norte americano, não estão sistematizadas, conforme estão no direito brasileiro. É preciso por em destaque que a jurisprudência americana é avessa a teorização ou abstrações.

O sistema federal americano permite a convivência de contradições internas, pois cada Estado possui extensa autonomia legislativa. Segundo o autor o que o ordenamento perde em sistematização e generalização, ganha em flexibilidade, adaptabilidade e praticidade. O desapego a criação de regras gerais e abstratas dentro de uma lógica única e comum é pressuposto necessário para o funcionamento deste sistema, que se funda mais na especificidade fática do caso concreto e no substrato político de cada solução pragmática.[[35]](#footnote-35)

A avaliação da legitimidade e do interesse de agir é realizada de maneira conjunta, uma vez que a jurisprudência entende que, para haver legitimidade, é necessário haver um interesse concreto e particularizado do demandado. Não existindo um interesse processual, sob o ponto de vista do direito norte americano, também não tem legitimidade e vice e versa.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido, não se conhece no direito estadunidense, nenhum instituto a ele assemelhado, embora exista a possibilidade do Juiz julgar de plano a lide, nos casos de manifesta improcedência, sem que seja necessário submeter a controvérsia a todas as fases processuais estabelecidas.

Lembramos ainda que os institutos da legitimidade e representação coletiva têm conceitos distintos no direito americano. Na verdade, não se conhece no direito norte americano nenhuma concepção análoga ao conceito de legitimação extraordinária existente entre nós, e capaz de simplificar bastante o juízo de admissibilidade de uma ação coletiva.

No Brasil, não é exigido por exemplo, que algum membro individualmente, de uma associação tenha sofrido dano, para que se possa ingressar com ação coletiva. Em princípio para que ela proponha uma ação coletiva, basta que tenha preenchido os requisitos especificados em lei, tais como: a pré-constituição há mais de um ano, e a inclusão entre seus fins institucionais, dos direitos e interesses tutelados na ação coletiva.

No art.82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se a possibilidade do juiz dispensar o requisito da pré-constituição de um ano para a associação legitimada, verificando, caso a caso, se há a presença de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

No direito norte-americano, por exemplo, a possibilidade do controle judicial da representatividade adequada está prevista na *Rule 23* (a)(4). Assim, para que a ação coletiva seja aceita, o representante da coletividade deve proceder de forma adequada em juízo. O sistema adotado no Brasil, como já mencionado, é *ope legis*, fixando-se na lei quem são os legitimados a defender em juízo a coletividade, presumindo-se, segundo alguns, a adequação de sua representatividade, sem a verificação desta no caso concreto. Entende-se por controle *ope legis* o suposto juízo de valor realizado pelo legislador ao arrolar os “representantes adequados”.

Há por exemplo, quanto ao sistema de legitimação *ope legis* sem controle judicial sobre a representatividade adequada, os problemas indicados por Ada Pellegrini Grinover[[36]](#footnote-36)(25), que observa haver casos em que há manejo de ações coletivas por parte de associações, que embora obedeçam os requisitos legais (art.5º, Lei 7347/85), não apresentam credibilidade, seriedade, conhecimento técnico-científico, capacidade econômica, possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados que indicam uma representatividade idônea e adequada, e que leva a autora a conclusão de que o ordenamento jurídico pátrio não é infenso ao controle da legitimação “*ope judices*”, onde essa legitimidade é aferível pelo juiz, que verifica se a associação possui a adequada representatividade dos membros e da classe que representa.

A ação coletiva com fins de resguardo dos direitos individuais homogêneos corresponde, de acordo com o que apregoa a doutrina, à adoção, no direito pátrio, das chamadas *class actions for damages*, oriundas do direito norte-americano.

## 3.5. Sistema de Vinculação

a) O primeiro sistema de inclusão seria o chamado “*opt-in”* na qual o interessado precisa efetuar expressamente sua vontade de ser atingido pela *res judicata* da ação coletiva. Este é sistema utilizado na China e Inglaterra.

b) Fazendo um contraponto a este sistema temos o *right to opt out* ***-*** optar por sair*),* no qual o cidadão pode se opor a que seu direito fique vinculado à decisão tomada na ação coletiva. Este sistema é adotado no Canadá e nos Estados Unidos.

c) O terceiro sistema é o de vinculação condicionada ao resultado ser ou não favorável aos interesses coletivos. É o sistema *secundum eventus litis*. A decisão tem eficácia vinculante, somente em caso de vitória da parte coletiva, quanto contrária, os integrantes do grupo não são afetados. Quando o legislador afirma que a mesma ação coletiva pode ser proposta com base em prova nova, há ruptura com o princípio (que é uma ficção necessária) de que a plenitude do contraditório é bastante para fazer surgir a cognição exauriente. Há, em outras palavras, expressa aceitação das hipóteses de que a participação do legitimado (do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) no processo pode não ser capaz de fazer surgir cognição exauriente, e de que essa deficiente participação não pode prejudicar a comunidade ou a coletividade.

Quanto ao reflexo do julgado coletivo nas pretensões individuais, o trato do tema, a rigor, parte da compreensão dos distintos sistemas de incidência da coisa julgada vigentes nos ordenamentos comparados.

Por aqui, o artigo 103, III, do CDC denuncia ter o legislador optado pelo regime *secundum eventum litis*. Trata-se, em suma, de sistematização que possibilita aos integrantes do grupo o aproveitamento do conteúdo do pronunciamento judicial coletivo nos casos de procedência da ação, vinculando o demandado aos efeitos positivo e negativo da coisa julgada. Julgada improcedente a ação coletiva, inexistindo intervenção formal no feito por parte dos interessados individualmente considerados, nada impedirá que, um a um, proponham ações individuais para rediscutir a causa.

d) o quarto sistema deriva deste anterior, e pode ser denominado de *vinculação condicionada ao resultado, mitigada.* É menos gravoso para a parte contraria aos interesses metaindividuais. Como ocorre no Brasil, a ineficácia resta condicionada à improcedência do pedido, em decorrência de falta de provas.

## 3.6. Influência Exercida no Direito Brasileiro

O direito brasileiro tenta, de alguma forma, abeberar-se do direito norte-americano no que se refere à legitimidade e ao processamento das ações coletivas. Não é possível traçar uma linha de comparação retilínea, porque há de um lado o sistema *Commom Law* e de outro *Civil Law.* Nos Estados Unidos os problemas que surgem no exame de uma ação coletiva são solucionados pelo próprio juiz, poder que o juiz brasileiro não tem, em razão do nosso sistema jurídico.

 Com efeito, é evidente que o direito brasileiro, no que tange à tutela coletiva, sofre grande influência do sistema norte-americano.

 A *class action for damages*, já analisada, mostrou-se particularmente relevante para a experiência brasileira, porque dela derivou nossa inspiração para a tutela coletiva de interesses individuais homogêneos. Ada Pelegrini Grinover ressalta que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema da class action for damages norte-americanas, também o é no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos.[[37]](#footnote-37)

Na realidade, segundo Gidi[[38]](#footnote-38) o requisito da predominância seria absolutamente desnecessário e inaplicável a nossa realidade, podendo conduzir a sérios problemas na aplicação pratica dos processos coletivos no Brasil. Segundo o autor, o importante é que a controvérsia possa efetivamente se julgada em um único processo coletivo. Sendo assim, é necessário que as individualidades das situações dos membros se percam no anonimato das questões comuns do grupo.

Neste caso, se há uma questão comum, de fato ou de direito, entre os membros do grupo, que possibilite a decisão uniforme da controvérsia de grupo, a tutela coletiva é possível, uma vez que, se as questões individuais predominarem sobre as comuns, simplesmente não há questão comum que possibilite a decisão uniforme da controvérsia e a tutela coletiva não é possível, do ponto de vista prático.

O requisito da “predominância” não seria, conforme propõe os norte-americanos, apenas um plus ao requisito da questão comum. Está implícito no conceito da tutela coletiva que as questões comuns permitem a decisão uniforme da controvérsia, o que ocorre tanto no caso dos direitos individuais homogêneos, como no caso dos direitos difusos e coletivos.

 Outra grande influência do sistema norte-americano está na divulgação para a propositura da ação para os interessados, previsão do artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor. A previsão do direito brasileiro não é tão extensa como no sistema norte-americano, pois lá a previsão é de intimação pessoal e os indivíduos podem optar por não participar da demanda.

Exercendo também, grande influência no sistema brasileiro é a previsão do instituto *fuid recovery* existente no sistema americano. Ele foi criado pelo direito norte-americano para os casos em que o ressarcimento deve ser para milhares de membros da classe, cuja identificação individual se tornasse impossível. Nestes casos, o juiz, desde o início, já estabeleceria o valor da condenação total.

 O condenado depositaria o dinheiro da condenação neste fundo, cujo objetivo seria a reparação do dano causado. Este fundo existe no direito brasileiro como o fundo de defesa dos direitos difusos. E sua precisão está no artigo 100 do CDC.

 Note que no direito brasileiro este fundo é residual, ou seja, somente haverá a condenação para o fundo, no caso dos direitos individuais homogêneos, caso o número de interessados em executar individualmente não represente o real dano causado.

 No direito americano o fundo é o principal destinatário das condenações das ações coletivas. No Brasil o Fundo também recebe os valores decorrentes de indenizações pagas por demandas de direitos difusos e coletivos stricto sensu.

É preciso insistir no fato de que o atual Código de Processo Civil não possui mecanismos suficientes para solucionar diversas espécies de demandas da sociedade brasileira, uma vez que na época em que foi elaborado revelou concepção individualista, própria do início da década de 70, sem qualquer disciplina necessária para complexidade e especialização exigidas para disciplinar a tutela jurisdicional de massa.

Mister se faz ressaltar que o Projeto de Lei do Senado 166/2010 que trata do Novo Código de Processo Civil preferiu não incorporar o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, tratando apenas do Incidente de Coletivização de Demandas Repetitivas nos arts. 883,I e arts. 930 e ss.

## 3.7. Comparação entre os dois sistemas

### 3.7.1. Representação adequada

Iniciamos a comparação a ser feita sobre os dois sistemas fazendo alusão a respeito do tema da representatividade adequada. No Brasil a representatividade é denominada de pertinência temática. Em razão da pertinência temática o juiz brasileiro pode indeferir a petição inicial em razão de o autor da demanda coletiva não possuir pertinência temática com o direito pleiteado.

A pertinência temática é a exigência de que o órgão que pretende discutir a constitucionalidade de uma lei demonstre claramente que a decisão final tenha ligação direta com o interesse e com a atividade desenvolvida pelo órgão ou ente.

A seguir, o conceito de pertinência temática adotado por André Ramos Tavares[[39]](#footnote-39):

A pertinência temática refere-se à necessidade de demonstração, por alguns legitimados, como as entidades de classe e as confederações sindicais, de que o objeto da instituição guarda relação (pertinência) com o pedido da ação direta proposta por referidaentidade**.**

Dúvida não pode haver de que a pertinência temática é um sucedâneo do interesse de agir do processo subjetivo.[[40]](#footnote-40)

No mesmo sentido, Gilmar Mendes[[41]](#footnote-41):

(...) A relação de pertinência temática assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir -, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha a natureza do processo de controle de normas.

No sistema norte-americano utiliza-se conceito diverso. O juiz analisa na petição inicial se o direito postulado é o interesse de classe. Se entender que o direito pleiteado é realmente o interesse de classe emitirá um certificado de classe para dar continuidade na ação.

 Este certificado equivale ao despacho inicial de conteúdo positivo. Nos Estados Unidos pode ser definida uma classe em razão da impossibilidade de se reunir seus integrantes por litisconsórcio.

No Brasil, o requisito de uma associação para ser autora de uma demanda coletiva é apenas a pertinência temática e o tempo de constituição, ou seja, não há necessidade de se comprovar a impossibilidade de litisconsórcio.

 No sistema norte americano é possível o controle da representatividade adequada pelo juiz. No sistema brasileiro, a posição doutrinária dominante é a de que não há controle judicial da adequação do representante nas ações coletivas. Aqui, basta que o representante do grupo seja um dos entes legitimados pelo artigo 82 do CDC e 5º da LACP para que ele possa legitimamente representar os interesses do grupo em juízo.

Por mais evidente que seja a incompetência ou a negligência do representante do grupo, o juiz está obrigado a aceitar a situação passivamente e a proferir sentença contrária aos legítimos interesses do grupo

O argumento mais comumente utilizado por aqueles que consideram que a adequação do representante não pode ser objeto de controle judicial é que a coisa julgada aqui é dada apenas para beneficiar os membros do grupo, não para os prejudicar, em caso da improcedência por falta de provas. Mas isso não é uma verdade absoluta, porque nem sempre uma má condução acarreta a improcedência por falta de provas (mormente no Brasil, onde muitas vezes as ações coletivas impugnam atos administrativos, que gozam de presunção de legalidade).

### 3.7.2. Legitimidade do Estado

 Outra diferença com relação à legitimidade refere-se ao Ministério Público. Enquanto no Brasil o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar grande parte das demandas coletivas, nos Estados Unidos não há esta possibilidade.

O direito norte-americano não possui previsão para que o Ministério Público, entes federados ou outros órgãos públicos ajuízem ações coletivas em benefício da comunidade. Isso é fruto da ideologia liberal presente nos Estados Unidos. Há algumas poucas exceções – “*parens patriae doctrine*”, de origem inglesa, que impõe ao Estado o dever de zelar pelo bem-estar de seus cidadãos em questões de saúde social. A teoria, segundo os tribunais americanos, é bem limitada: só se aplica aos interesses públicos mais elementares, além do que o Estado deve ter pretensão própria contra o réu (não pode ser unicamente em defesa de sua população), sendo também somente cabível para propositura de ações declaratórias ou injuntivas.

 Nos Estados Unidos apenas algumas agências governamentais possuem capacidade postulatória. No direito brasileiro não há capacidade postulatória para agências, mas apenas para os entes políticos, como União, Estados e Municípios.

 Para alguns autores seria importante, sob a perspectiva do réu, a existência de uma certificação de que a ação poderá prosseguir como uma ação coletiva, especialmente em razão dos custos do processo coletivo.

### 3.7.3. Legitimidade das associações civis

Nos Estados Unidos, também não há previsão expressa autorizando a propositura de ação coletiva por associações civis. Isso pela cultura norte-americana de exigir que o representante seja, de fato, um membro do grupo. O ordenamento americano outorga às associações o direito de propor ações individuais em representação aos seus filiados.

Por se tratar de uma representação, não de legitimação para propor a ação, a associação somente pode representar os interesses individuais de seus filiados, carecendo de legitimidade e interesse para representar os demais membros do grupo que não sejam a ela associados.

No direito brasileiro, ao contrário, quando a associação propõe uma ação coletiva, está atuando em tutela de todo o grupo titular do direito em questão, não apenas de seus filiados. A coisa julgada coletiva, neste caso, atingirá todos os membros do grupo – independentemente ou não de serem associados.

### 3.7.4. Da notificação

Nos Estados Unidos, na chamada *class action for damages,* que podemos comparar com a ação coletiva de direito individual homogêneo há a necessidade de intimação eficaz dos membros da classe, para que tomem conhecimento do direito pleiteado, e, se desejarem, intervenha no processo ou mesmo optem por não se beneficiarem dele (*opt-out*).

 No Brasil há previsão de intimação de consumidores por edital e estes só não se beneficiarão ou se prejudicarão com a sentença se já tiverem ajuizado demanda individual e não pedirem sua suspensão durante a tramitação da demanda coletiva.

Nos Estados Unidos, uma vez optando por ser representado pela *class action,* o indivíduo não poderá propor nova demanda em qualquer hipótese, exceto se demonstrar que a representatividade da classe não foi adequada.

 No Brasil a sentença da demanda coletiva não prejudica a possibilidade de ajuizamento de demanda individual.

### 3.7.5. Possibilidade de acordo

Outra diferença importante se refere à possibilidade de acordo. Nos Estados Unidos não há possibilidade de celebração de acordo com relação às *class action* sem que este seja autorizado pelo Tribunal. No Brasil é possível a celebração de acordo sem qualquer intervenção judicial.

 Nos Estados Unidos há ainda a previsão de *class action* passiva, ou seja, que a classe esteja no pólo passivo da demanda. No Brasil as ações coletivas somente possuem os representantes como autores.

Nos sistema norte-americano é comum grande parte da disputa judicial ser realizada fora dos tribunais, inclusive a produção de provas. Ao juiz caberia o papel de apenas dirigir o encontro entre as partes e ao Tribunal verificar quem está com a razão. Assim, o processo nos Estados Unidos tem nítido caráter privatístico.

 Entretanto, a tutela de interesses coletivos em geral trouxe a necessidade de transformação do papel do juiz. A *class action* somente se torna um instrumento valioso se acompanhado de adequado controle público.

 O juiz, nas *class actions*, possui poderes considerados excepcionais para o sistema americano. Os principais poderes do juiz na *class action* são: a análise de admissibilidade e de adequada representação do processo, a possibilidade de determinar que uma demanda individual se converta em *class action*, se assim exigir o interesse público, delimitar o objeto da demanda ou cindi-la em diversos processos, adotar as medidas para evitar repetições inúteis, determinar a intimação dos membros da classe, autorizar a desistência, renúncia e transação, fixação de multas diárias para o cumprimento das decisões.

 A sentença na *class action* pode ser de obrigação de fazer e não fazer, com sanções para o caso de inadimplemento ou condenação de reparação de danos, dependendo da hipótese se cabimento.

 As possibilidades de ações coletivas no Brasil são mais extensas que no direito norte-americano, pois há aqui previsões claras de proteção aos direitos difusos e coletivos, além de uma maior quantidade de legitimados para a propositura da demanda. Os requisitos para uma *class action* são mais rígidos do que os exigidos para as ações coletivas no Brasil.

 Por fim, enquanto a lei brasileira ressalva que não haverá qualquer adiantamento de custas e emolumentos para a associação, nos Estados Unidos é o representante da classe que arcará com os custos do processo, sendo ressarcido apenas no caso de procedência e pelo valor da condenação, uma vez que não há condenação em custas e honorários nos Estados Unidos.

### 3.7.6. O tratamento da coisa julgada e a exigência de adequada representação

Em relação às ações coletivas fundadas em direitos ou interesses coletivos, o nosso [Código de Defesa do consumidor](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/código-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90) em seu artigo [103](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10594635/artigo-103-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990), [II](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10594562/inciso-ii-do-artigo-103-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990), com aplicação, cumpre ressaltar, em qualquer ação civil pública ou coletiva que trate de direito metaindividual, disciplinou de forma coerente e integrada a formação e os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, assim expondo em seu artigo 103, “caput”18:

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 art. 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 art. 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 art. 81.

Efeito ultra partesentende-se que é aquele que estende os efeitos da coisa julgada a todos os consumidores integrantes daquele determinado grupo, classe ou categoria. Se a ação for julgada improcedente com avaliação das provas produzidas, o efeito, da mesma maneira, será ultra partese também impedirá a propositura de nova ação coletiva, não impedindo todavia, o ajuizamento de ações individuais, pois o efeito negativo não atingirá o consumidor individual.

A coisa julgada nas ações que envolvem direitos individuais homogêneos suscita discussões, em especial, no tocante à extensão subjetiva e aos limites territoriais, pois a norma contida no inciso III do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor garante a eficácia da coisa julgada apenas na hipótese de procedência da demanda. Nesse caso, também se aplica o efeito *erga omnes* para beneficiar as vítimas e seus sucessores legítimos, mas caso a ação for julgada improcedente, não produzirá qualquer efeito em relação às vítimas e sucessores, fugindo à regra do esquema tradicional, em que a decisão, não importa o seu conteúdo, se estende ao substituído no caso de substituição processual. Por conseguinte, a decisão desfavorável não prejudicará os substituídos em seus direitos individuais (ao menos que tenham ingressado na lide).

Discordamos da observação acima, pois entendemos que, no que tange aos direitos individuais homogêneos, mais adequada seria, realmente, a expressão ultra partes, ao invés de erga omnes, pois a defesa desses interesses ou direitos abrange apenas os integrantes do grupo, categoria ou classe de pessoas lesadas, da mesma forma que acontece com os direitos coletivos stricto sensu. Ainda que o grupo seja indeterminável, a imutabilidade da decisão não ultrapassará as pessoas lesadas ou seus sucessores.

A formação da coisa julgada material, e consequentemente a extensão subjetiva pelo Código de Defesa do Consumidor se dá *pro et contra,* isto é, sempre que o juiz analisar o pedido, independentemente do resultado da demanda, o conteúdo dessa sentença ao transitar em julgado, torna-se imutável e indiscutível para as partes, às quais for proferida a sentença, mantendo-se, aí, a segurança das relações jurídicas. É o que se depreende da interpretação do artigo [472](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10689951/artigo-472-da-lei-n-5869-de-11-de-janeiro-de-1973) do nosso [Código de Processo Civil](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/111984001/código-processo-civil-lei-5869-73).

É a sua extensão aos substituídos no processo coletivo que ocorrerá segundo a procedência ou improcedência da ação (secundum eventum litis) e não a formação da própria imutabilidade do conteúdo da sentença.

Conforme explica Antônio Gidi[[42]](#footnote-42) a coisa julgada não será *secundum eventum litis*, pois não se forma no caso de improcedência do pedido. Logo, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas sim sua extensão perante terceiros que poderá ser *erga omnes* ou *ultra partes.*

Convém observar, ainda, que a decisão de procedência ou de improcedência, com esgotamento de prova, está apta a tornar-se indiscutível no âmbito coletivo. Ou seja, nessas situações, não será admissível a repropositura da demanda coletiva, mesmo que por outro colegitimado.

Não é correto, portanto, dizer que a coisa julgada coletiva é estritamente secundum eventum litis, o que é segundo o resultado do litígio é a sua extensão, apenas para beneficiar os titulares dos direitos individuais.

Sobre o assunto, Fredie Didier JR[[43]](#footnote-43) traz uma explicação presente em sua obra:

O Código de Defesa do Consumidor determinou a ocorrência da coisa julgada material entre os co-legitimados e a contraparte, ou seja, a impossibilidade de repropor a demanda coletiva caso haja sentença de mérito (pro et contra), atendendo, assim, aos fins do Estado na obtenção da segurança jurídica e respeitando o devido processo legal com relação ao réu que não se expõe indeterminadamente à ação coletiva, ficando, dessa forma, respeitada a regra tantas vezes defendida pela doutrina: ‘A coisa julgada, como resultado da definição da relação processual, é obrigatória para os sujeitos desta.

Nos processos coletivos ocorre sempre coisa julgada. A extensão subjetiva desta é que se dará ‘segundo o resultado do litígio’, atingindo os titulares do direito individual (de certa forma denominados substituídos) apenas para seu benefício.

A coisa julgada no ordenamento americano é mais inflexível do que no brasileiro, pois se todos os requisitos impostos pela lei durante a condução do processo coletivo forem respeitados, principalmente o requisito da representatividade adequada, a coisa julgada coletiva se formará em face de todos os membros do grupo, independentemente do resultado da demanda, ou seja, erga omnes e pro et contra.

No Brasil a flexibilidade é maior, pois até mesmo a apresentação de uma nova prova faz presumir que a ação coletiva foi julgada com insuficiência de provas e, portanto, sem aptidão para ser acobertada pela coisa julgada

Observa-se grande diferença entre a ação coletiva brasileira e a *class action* norte-americana na exigência de adequada representação, porque não é juiz que faz o controle, caso a caso, de quem está legitimado para ajuizar a ação coletiva. No nosso sistema os legitimados já estão, previamente, previstos na lei, no artigo [82](http://www.jusbrasil.com.br/topicos/10596451/artigo-82-da-lei-n-8078-de-11-de-setembro-de-1990) do [Código de Defesa do C](http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/código-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90)onsumidor.

O regime jurídico da coisa julgada coletiva está expressamente previsto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, e aplica-se, extensivamente, às demais ações coletivas, isto é, às ações que, embora não veiculem necessariamente pretensão contidas no Código de Defesa do Consumidor, têm a mesma disciplina normativa, por força do que dispõe a respeito o art. 117 da Lei 8.078/90, porque servem para fazer valer pretensões coletivas *lato* *sensu*.

Essa aplicação, prevista nos §§ 3.º e 4.º do art. 103, implica a extensão dos efeitos da coisa julgada havida em ação coletiva, em ação civil pública ou daquela formada em decorrência de sentença penal condenatória, de modo que os prejudicados poderão delas valer-se para obter a reparação das lesões que tenham sofrido, sem a necessidade do ajuizamento de nova demanda de conhecimento.

Se, todavia, os resultados dessas ações coletivas forem de improcedência, não haverá qualquer efeito vinculativo da coisa julgada que aí se opere (quanto aos direitos individualmente considerados), aplicando-se a regra geral no sentido de que a coisa julgada só atinge a esfera de interesse de terceiros se for para beneficiar (coisa julgada *in utilibus*).

Essa solução dada pelo direito pátrio, harmoniza-se com o sistema atual, que não contempla o requisito da representação adequada, muito valorizado nos EUA. Para que a coisa julgada fosse expandida para as hipóteses de improcedência do pedido formulado, seria indispensável que os membros do grupo lesado fossem bem e efetivamente representados, a fim de evitar lesão aos preceitos constitucionais.

Para isso, porém, seria necessária alteração legislativa, inclusive no rol de legitimados constante no art. 82 do CDC. Mas, percebe-se que o sistema não caminha para esse lado, pois o Projeto de Lei nº 5.139/09 que se propõe a reorganizar a ação coletiva nada prevê a esse respeito.

## 3.9. As *Class Actions For Damages*

O terceiro tipo da Regra 23 (b) (3), que surge pela primeira vez na *Federal Rules,* traduz a denominada *class action for damages* que, no direito brasileiro corresponde à ação em defesa de interesses individuais homogêneos[[44]](#footnote-44).

A tutela coletiva nesta modalidade de *class action*, propicia a um grupo homogêneo de pessoas que estão em uma mesma situação fática, que, pela sua extensão, gera interesse específico para a propositura de uma ação de classe.

Trata-se, portanto, de uma espécie genérica de *class action,* com natureza predominantemente indenizatória resguardando os pedidos de danos individualmente sofridos fundados em responsabilidade civil, atingidos por fatos geradores que tenham atingidos muitos indivíduos, em eventos ocorridos em lugares e datas diferentes (*mass tort cases)[[45]](#footnote-45)*.

Nas ações *class actions for damages,* as questões de fato e direito comuns predominam sobre as questões individuais para a resolução da causa, ainda que o vínculo de cada um seja autônomo em relação ao objeto (predominância). Para caracterização dessa espécie é ainda necessários mais dois requisitos específicos a saber: superioridade da tutela e predominância das questões comuns.

Além disso, determinadas garantias foram previstas para essa modalidade de ação de classe, uma vez aceita a ação coletiva pelo juiz, os possíveis titulares dos direitos subjetivos individuais são dela notificados da maneira mais eficaz permitida pelas circunstâncias do caso. Feito isso, vigora o critério *opt out*, a saber: ‘Os que deixam de optar pela exclusão serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, sem necessidade de anuência expressa’.

Assegura-se, portanto, a um membro do grupo, após ter sido cientificado do ajuizamento da ação, o direito de requerer de não ser considerado como integrante daquele grupo (*right to opt out),* não se sujeitando, deste modo, aos efeitos da sentença.

Isto ocorre, no caso das denominadas *class actions for damages,* por se tratarem de posições individuais divisíveis, podendo assim, exercer o direito ao regime *opt out* quando cientes da demanda, já que a vinculação depende que tenha sido feita com “razoável esforço, a notificação aos membros da classe, sendo que, no último caso, o membro do grupo não será atingido pela coisa julgada coletiva se não recebeu adequada notificação.

As *class actions for damages* não se justificam pela indivisibilidade do direito material posto à prova, representando, dentre outros escopos, a tentativa de celerizar a prestação jurisdicional, evitando a repetição de contendas praticamente idênticas. Dentre os demais objetivos, não há negar, por exemplo, que o trato coletivo das posições jurídicas individuais visa à manutenção da unidade de convicção, no afã de evitar a prolação de decisões judiciais distintas, que versem sobre questões semelhantes, e contraponham-se no mérito, desestabilizando o sistema jurídico como um todo e, por consequência, trazendo insegurança ao jurisdicionado.

# 4. PROPOSTAS EM CURSO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM RELAÇÃO AO PROCESSO COLETIVO

## 4.1. O Anteprojeto – Novo Código de Processo Coletivo Brasileiro - Solução proposta para as ações coletivas

Com importantes avanços e inovações no campo dos direitos coletivos, a tutela dos mesmos constitui experiência das mais relevantes para processo civil contemporâneo. E a regulamentação do processo coletivo requer, segundo abalizados processualistas, a edição de um Código de Processos Coletivos.

Esta ideia de elaboração de uma proposta do Código Modelo para Processos Coletivos, despertou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Conforme contundente opinião de Gregorio Assagra:[[46]](#footnote-46)

(...) não é aceitável que a Constituição da República Federativa do Brasil continue como sendo apenas uma carta de boas intenções. E para que isso ocorra é imprescindível o papel do Poder Judiciário e o desenvolvimento da idéia em torno da sistematização do direito processual coletivo.

Em busca desta sistematização, há diversas propostas legislativas apresentadas recentemente campeando este arranjo legislativo.

A primeira proposta de sistematização da matéria em um código de processo Coletivo teve sua elaboração iniciada em 1993 e terminou em 2002, sob o título de “Código de Processo Civil Coletivo”, de autoria de Antonio Gidi, sendo também conhecido como Anteprojeto Original.

Esta obra teve grande influência das *“class actions”* do sistema norte-americano, sendo esta influência considerada pelo autor, um fenômeno absolutamente natural, pois a origem das demandas coletivas modernas é o direito norte-americano.

O Anteprojeto Original foi o primeiro a ser publicado, tendo sido finalizado antes mesmo, do início dos trabalhos do Código Modelo Ibero-Americano. É sem dúvida um projeto inovador, tendo servido de fonte inspiradora para os outros três anteprojetos que se seguiram, quais sejam:

1. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.
2. Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob a coordenação de Ada Pelegrini Grinover.
3. Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/UNESA no Rio de Janeiro, nos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, recebendo diversas sugestões.

De acordo com uma análise crítica feita pelo autor do Anteprojeto original, os anteprojetos posteriores não absolveram todos os avanços, preferindo ao contrário adotar posições conservadoras.

Ainda segundo GIDI[[47]](#footnote-47), não há como avaliar o melhor entre os Anteprojetos, pois ambos, (Anteprojeto UERJ/Unesa e Anteprojeto USP) são amplamente insatisfatórios para o atual estágio de desenvolvimento do Brasil.

Afinal, conforme palavras da própria coordenadora do Anteprojeto final, (Ada Pellegrini, 2011, pag.216) “*a tônica do Anteprojeto foi o de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas as demandas coletivas”*.

Concordamos com Antonio Gidi,[[48]](#footnote-48) quando diz que se está perdendo uma oportunidade histórica para se aperfeiçoar os processos coletivos no Brasil, uma vez que a proposta apenas manteve a essência do que existia anteriormente. Nesta linha também a opinião de Gregório Assagra de Almeida:[[49]](#footnote-49) *“a mera reunião em um mesmo diploma do que já foi consagrado... “ ou “ ... a simples elaboração de um código, que não represente um verdadeiro caráter inovador, não justifica qualquer tipo de empreitada. Caso contrário, é muito mais razoável desenvolver pesquisas doutrinarias para auxiliar a compreensão dos sistemas já implantados no País*.”

Apesar de discordar com o que foi elaborado, na opinião de Antônio Gidi[[50]](#footnote-50), a promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo, já representaria uma significativa evolução para o Direito Brasileiro, mesmo que nenhuma outra inovação seja nele proposta, a simples consolidação já alcança por si só cinco importantes objetivos:

a) Propiciar a reunião de material de normas processuais coletivas esparsas em um sistema ordenado;

b) O fim de um duplo sistema de tutela vigente (referindo-se ao convívio de dois tipos de ações: a ação civil pública e a ação coletiva);

c) Término com as diferenças procedimentais das demandas coletivas em defesa de direitos transindividuais (coletivos e difusos) e individuais homogêneos;

d) Correção de erros e discrepâncias jurisprudenciais, esclarecimento de ambiguidades legais e contra-ataque aos golpes que o governo brasileiro tem desferido contra o processo coletivo;

e) Por último, seria aproveitar a oportunidade codificadora para realizar inovações pontuais, aprimorando regras, cobrindo lagunas, resolvendo ambiguidades, criando normas para aprimorar o sistema, mas mantendo a estrutura do direito positivo.

Todos os argumentos expostos servem de lastro para a corrente que defende a codificação, ideia esta que estaria inserida no movimento pelo resgate da função social do processo e da jurisdição, pois fundamenta e viabiliza a releitura da sistemática processual vigente. De acordo com essa corrente, através da ruptura das estruturas estabelecidas é possível reorganizar os elementos vitais da sistemática coletiva. É a codificação que permitiria a eliminação dos resíduos ou resquícios típicos do individualismo liberal, viabilizando, outrossim, a concepção de mecanismos pensados especialmente à luz das particularidades dos interesses e conflitos coletivos. Somente assim poderia se adequar institutos processuais, inclusive os vigentes, à realidade e necessidades coletivas.

Os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP e UERJ, capitanearam a discussão do sistema único das ações coletivas no Brasil.

O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2.003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a ideia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo.

O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final do Anteprojeto juízes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, o trabalho foi submetido a ampla consulta pública e apresentado, como Anteprojeto, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, à apreciação do então Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, no final de 2002.

A estrutura do Anteprojeto apresentada divide-se em cinco partes: I- Das Demandas Coletivas; II – Da ação coletiva ativa; III – Da ação coletiva passiva; IV – Do Mandado de Segurança Coletivo; V- Das Ações Populares; Capítulo VI – Disposições finais.

Na primeira parte, o Capítulo I, cuida da efetividade da tutela jurisdicional coletiva, estabelecendo a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva. Mantêm diversos dispositivos vigentes, mas também estabelece matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a litispendência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. O projeto manteve a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso. A questão do ônus da prova é reavaliada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova.

As normas sobre a coisa julgada, embora ainda sob o regime vigente, são simplificadas, existindo a possibilidade de repropositura da ação, no prazo de 2(dois) anos contados da descoberta da nova prova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo, e que neste não tenha sido possível produzir, bem como a atenuação da coisa julgada “*secundum eventum litis”,* quando o autor ou réu da demanda é o sindicato legitimado pela Constituição como substituto processual.

Antônio Gidi[[51]](#footnote-51), critica a necessidade de se manter a divisão em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. É um problema, que segundo o autor, põe o direito brasileiro em uma posição peculiar no contexto do direito comparado. Esta classificação nas palavras do autor, seria fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana, em uma tentativa na década de setenta e oitenta de compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte americanas.

Estes conceitos simplesmente não existem nos Estados Unidos, que era a realidade que os italianos queriam originalmente retratar. Aliás, segundo assevera Gidi, com raras exceções, esta classificação não consta da lei de nenhum país.

Seria então, 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 e de direito” adotado no direito norte americano.

Uma distinção importante que deverá permanecer seria entre os direitos transindividuais e individuais homogêneos. Estes são chamados por Barbosa Moreira de litígios “essencialmente coletivos” e litígios “acidentalmente coletivos, sendo que Teori Zavascki os define como “proteção de direitos coletivos” e “proteção coletiva de direitos”, tratando-se pois de categorias ontologicamente diferentes, que exigem normas e procedimentos diferentes. Trata-se portanto de uma classificação bipartida e não tripartida, como existe no direito positivo brasileiro.

No capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva ativa. Preferiu-se esta denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinarias, mas principalmente para evitar decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada “´pública”. A Seção I é voltada as disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste na exigência de requisito da “representatividade adequada” que, na prática, se mostrou útil para as ações civis públicas em geral, necessária para ampliar a legitimação ativa e indispensável para a admissibilidade de ações coletivas passivas, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu. Também a ação civil pública é ampliada, abrangendo a pessoa física, o que é recomendável, desde que adotado o temperamento da aferição do requisito da representatividade adequada. Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais.

A Seção II do capítulo II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora contida no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil 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 continuou 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.

O art. 26, § 1° deste item, estabelece que além dos requisitos já indicados no artigo 19, é necessário “... aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

Conforme Gidi, o requisito de predominância das questões comuns sobre as questões individuais (*predominance*) tem origem nas *class actions* norte-americanas, sendo considerado um dos mais controvertidos no direito processual civil coletivo norte-americano e sendo, talvez, o responsável pelo maior número de extinções de processos coletivos sem resolução do mérito.

Entende Gidi, que é mais um exemplo de como se utiliza o Direito norte-americano de forma acrítica e inadequada, sem o menor conhecimento de seu contexto.

Este requisito seria absolutamente desnecessário e inaplicável a nossa realidade, podendo conduzir a sérios problemas na aplicação prática dos processos coletivos no Brasil. Segundo ele, “o importante é que a controvérsia possa ser efetivamente julgada em um único processo coletivo”.

Concordamos também com a crítica feita, por GIDI[[52]](#footnote-52), em relação ao requisito “utilidade”, pois segundo ele, não é possível compreender exatamente o que significa este requisito, pois considera tratar-se de uma expressão ambígua, não sendo difícil imaginar os sérios problemas práticos que surgirão com a interpretação e aplicação do dispositivo em casos concretos. Imagina-se como o juiz irá determinar se a tutela coletiva é útil em determinado caso concreto, e útil para quem?

Com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda, como é hoje, mas também no caso de haver decisões favoráveis aos membros do grupo, visto que o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência, tem impedido aos beneficiários a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressaltado o direito à liquidação em certos casos. São mantidas as regras do Código de Defesa do Consumidor sobre liquidação e execução individual, execução coletiva e a *fluid recoverey.*

No capítulo III, é introduzido no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originaria, ou seja, a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. Esta ação será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois este é o caso admitido nas *defendant class actions* no sistema norte-americano, sendo que os efeitos da sentença deverá atingir individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social.

O capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, que até então não possui disciplina processual própria. Estabelece os limites para sua utilização, observando os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, dissipando assim dúvidas doutrinarias e jurisprudenciais. Foi ampliada a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, são aplicadas ao Mandado de Segurança Coletivo as disposições da lei 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva.

No capítulo V são tratadas as ações populares, sendo a Seção I dedicada a ação popular Constitucional. A seção II do capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é na verdade uma ação popular, com legitimação conferida por lei ao Ministério Público.

No capitulo VI – trata das Disposições finais. É criado o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organiza e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça, onde são traçados princípios de interpretação, determinando a aplicação subsidiaria do Código de Processo Civil, no que não for incompatível. Revogam-se expressamente a lei da Ação Civil Pública e os arts.81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor, pois o anteprojeto trata por completo da matéria. Estabelece ainda a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, fixada em cento e oitenta dias a contar da publicação da lei.

No início de 2009, o Ministério da Justiça do Governo Lula retomou o Anteprojeto, nomeando comissão de que participaram Ada Pellegrini Grinover e outros membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, além de representantes das diversas categorias jurídicas. Decidiu-se trabalhar num projeto de Lei – e não de Código – e se chegou a uma solução de consenso, que em grande parte reproduz as regras do Anteprojeto de Código, em outros pontos o aperfeiçoa, mas em outras não é tão avançada como este.

## 4.2. Projeto de Lei n. 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas)

Neste item do presente estudo, iremos analisar os principais aspectos relacionados com o Projeto de Lei nº 5139/09 – Câmara dos Deputados – que propõe uma Sistematização do Sistema Único Coletivo, com a adoção de uma nova Lei da Ação Civil Pública e ampla modificação em diversos dispositivos do direito processual coletivo brasileiro, havendo inegáveis reflexos para a sociedade brasileira.

O texto do PL 5139/09 foi elaborado a partir de trabalho de uma comissão constituída pelo Ministério da Justiça e instituída pela Portaria n. 2.481/2008, criada para discutir a modernização da tutela coletiva no Brasil. A Comissão tinha como Presidente o Dr. Rogerio Favreto, entao secretario da reforma do Poder Judiciário, e como relator dos trabalhos Luis Manoel Gomes Junior, alem da presenca de outros seletos juristas, dentre os quais destacamos novamente: Ada Pellegrini Grinover e Aluisio Goncalves de Castro Mendes (ambos idealizadores dos Anteprojetos de Código de Processo Coletivo do IBDP-USP e da UERJ/ UNESA, respectivamente), bem como Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregorio Assagra de Almeida, Ricardo de Barros Leonel, entre outros.

Existem princípios inseridos no Projeto de Lei 5.139/2009 que são imprescindíveis tanto no modelo atual de processo quanto no modelo de processo coletivo pretendido, tais como: a) Acesso à justiça; b) Universalidade da jurisdição; c) Participação social; c) Impulso Oficial; d) Isonomia e Economia processual, flexibilidade processual e máxima eficácia; e) duração razoável do processo e f) Instrumentalidade das formas

O Projeto, dentre suas inúmeras contribuições, prevê:

a) a ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública (incluindo previdência e assistência social, trabalho, desporto, segurança pública, transportes coletivos, assistência jurídica integral, serviços públicos etc.);

b) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos;

c) ampliação da participação da sociedade civil (por meio de audiências públicas) e das partes envolvidas, inclusive no que seja pertinente a destinação dos valores arrecadados em sede de condenações em ações coletivas;

d) criação de dois Cadastros Nacionais, sendo um para acompanhamento de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Civis Públicas ajuizados pelos legitimados, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

e) adequação das regras de competência, em sede de danos coletivos que atinjam vários Estados da Federação;

f) aperfeiçoamento dos institutos da conexão, continência e litispendência, readequando-os aos ditames do processo coletivo e atendendo ao princípio da economia processual.

A possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos que veiculam a mesma matéria tem se tornado cada vez mais frequente e problemático. Por exemplo, duas ações civis públicas, sendo uma delas movidas pelo Ministério Público e a outra por uma associação, onde se pleiteiam a defesa dos consumidores lesados por uma determinada empresa.

A ausência de norma que disciplina os institutos da litispendência e conexão no âmbito coletivo obriga os operadores do direito a buscarem embasamento legal no processo individual.

A doutrina majoritária reconhece que em causas coletivas não é exigida a identidade da parte autora para a configuração da litispendência, bastando que haja identidade de pedido e da causa de pedir.

Neste sentido Antônio Gidi,[[53]](#footnote-53) assegura que:

É preciso ressaltar que, se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva, ocorrer a identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispendência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes.

g) novo regramento da disciplina do ônus da prova, levando em consideração a proximidade do fato e a capacidade de produzi-la, atendendo ao princípio da efetividade;

h) aprimoramento do instituto da coisa julgada coletiva, adequando-o aos recentes posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser a mesma ampla, além da competência territorial do órgão julgador (atendendo aos axiomas da economia, celeridade e eficiência);

i) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos;

j) readequação da execução coletiva aos entendimentos consagrados pela jurisprudência, como a possibilidade de previsão do dano moral coletivo, bem como a inclusão do princípio da preferência da execução coletiva; entre outras inovações.

A propostas gerou grandes divergências entre juristas durante sua discussão. Para muitos, o texto privilegia o ponto de vista de alguns membros do Judiciário e do Ministério Público, concedendo enormes poderes a este, além de fortalecer o pólo ativo e a debilitar o pólo passivo da ação.

Além da oposição de juristas e alguns deputados, diversas entidades representantes do setor produtivo, também se manifestaram contrários a aprovação.

No entanto, muito embora estivesse embebido em boas intenções, conforme demonstrado acima, o projeto foi categoricamente rechaçado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

A Comissão foi contrária ao parecer do relator, Deputado Antônio Biscaia, que se manifestou pela aprovação da proposta.

O episódio representou, claramente, a força política do *lobby* exercido por grandes empresas, conglomerados financeiros e alguns setores da Administração Publica, entidades curiosamente responsáveis pela maioria das transgressões aos direitos transindividuais, configurando assim, uma indesejável demonstração da forca dos *lobbies* atuando em detrimento da evolução do direito processual coletivo brasileiro.

O projeto foi categoricamente rechaçado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, chegando ao absurdo de se noticiar que seu conteúdo era uma afronta a Constituição Federal, e que prestava apenas a aumentar os poderes de promotores e “juízes do interior”, colocando em risco a segurança jurídica deste país.

O PL 5139/09 foi, então, encaminhado à Mesa Diretora da Câmara, onde aguarda apreciação do recurso do deputado Biscaia contra a apreciação conclusiva da matéria na Comissão. Caso acolhido o recurso pela Mesa, o projeto deverá ser apreciado pelo Plenário da Câmara.

Em linhas gerais, a tônica do projeto mantém a essência das atuais leis em vigor, principalmente a sistemática dos atuais instrumentos de tutela coletiva mais relevantes, quais sejam, a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. No entanto, aperfeiçoa determinados mecanismos de modo a adequá-los à atual conjuntura social. E este aprimoramento se faz com regras mais claras, flexíveis e abertas, em consonância com as demandas coletivas.

Enquanto as Ações Coletivas não tiverem a efetividade necessária não haverá o efeito de evitar o ajuizamento das ações individuais. Também foi ressaltada a necessidade de modificar a possibilidade da existência de diversas ações coletivas sobre o mesmo objeto, com a revisão do conceito de litispendência no Sistema Único Coletivo.

A opção de readequar o Sistema Único Coletivo com a transformação da Lei da Ação Civil Pública em uma norma geral do sistema terá também outro relevante efeito prático: preparar o Ordenamento Jurídico para um futuro Código de Processo Coletivo. Uma maior integração das normas que compõem o Sistema Único Coletivo será o primeiro grande passo para tornar possível a aprovação de um Código de Processo Coletivo.

## 4.3. Incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no anteprojeto do Novo Código de Processo Civil (PL n.º 8.046/2010)

Mostra-se notório que as demandas repetitivas representam a maioria das ações que tramitam na justiça atualmente no Brasil e que estas seriam uma das grandes responsáveis pela morosidade na prestação jurisdicional.

Resta claro, portanto, que qualquer tentativa de imprimir uma marcha mais acelerada no trâmite de ações (tanto as de massa quanto as demais) deverá passar, necessariamente, pela criação ou reforma de mecanismos que possibilitem a resolução ágil dos conflitos repetitivos.

Ou seja, o elevado número de demandas que assolam o país e o método de trato das demandas repetitivas são um dos grandes problemas que a sociedade brasileira está a vivenciar. O seu enfrentamento, portanto, não pode ser esquecido e deve ser objeto de estudos intensos, pois só assim que se poderá rechaçar esse verdadeiro óbice a concretização dos preceitos constitucionais.

Baseado na experiência alemã, onde há um incidente de resolução de demandas repetitivas denominado *Musterverfahren,* foi criado o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no artigo 895 do anteprojeto do novo código de processo civil brasileiro.

   Nesse incidente, um único caso é submetido a julgamento, como uma ação teste, para então adotar-se a decisão a todas as outras lides em situação semelhante. Na Alemanha, essa tem sido uma ferramenta adotada para combater o excesso de ações de massa.

O incidente alemão começa com um pedido do autor ou réu perante o juízo de origem, onde devem ser apontadas as questões que se pretende sejam resolvidas.

O incidente germânico exige a demonstração de uma repercussão geral, semelhantemente ao anteprojeto pátrio, que prevê que o pedido de coletivização contenha a *“demonstração da necessidade de instauração do incidente”*

No modelo alemão, ao contrário do anteprojeto pátrio, o incidente não pode ser requerido de ofício. Mesmo por que lá o procedimento é instaurado e sua admissibilidade decidida pelo juiz de origem. Aqui, o anteprojeto prevê que o incidente seja requerido ao Presidente do Tribunal. Em ambos os sistemas, o julgamento do incidente é feito pelo Tribunal.

A abrangência do novo instrumento está prevista no art. 930 do PL nº. 8.046/2010 que estabelece dois requisitos necessários para a admissão do incidente: i) identificação da controvérsia fundada em mesma questão de direito com potencialidade de gerar demandas repetitivas e ii) possibilidade de decisões conflitantes que causem grave insegurança jurídica.

O incidente, aparentemente, não exige a ocorrência de multiplicidade de demandas para sua instauração, mas sim apenas o mero risco de que ela ocorra (art. 930). Assim 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. Basta que o juiz/relator, as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública identifiquem um processo com este potencial e façam o ofício ou requerimento de instauração ao Presidente do Tribunal.

De acordo com o art. 930, §1º, as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública e magistrado têm legitimidade para suscitar o incidente. A participação do Ministério Público, quando não for o suscitante, é obrigatória. Não há na lei previsão para que os legitimados às ações coletivas o suscitem, e não parece ter sido este o objetivo. Em relação ao Ministério Público, não há esta exigência na lei, mas parece que em virtude de suas finalidades institucionais seria necessário aferir o interesse social. A competência para julgamento do incidente é do órgão superior ao que o processo se encontra.

O incidente, de fato, se parece muito com a ação coletiva de direitos individuais homogêneos, sem que, no entanto, haja o mesmo regime aplicável a ela. Isso porque a ação já existente no microssistema das ações coletivas prevê um rol de legitimados a condução das ações, com regras que tratam desde a propositura da demanda até a coisa julgada.

Esta previsto também a possibilidade de intervenção de *amici curiae,* expressão que serve para identificar alguém que pede para entrar em um processo do qual não é parte, mas cujo resultado pode influir em sua vida*.* Por isso, pede para ser ouvido.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.

Buscou o legislador a consagração de uma tutela jurisdicional idêntica a todos que litiguem com a mesma matéria de direito, restando clara a priorização do valor segurança em detrimento dos demais.

Neste passo, o projeto do novo código de processo civil dispõe em seu artigo 903 que “Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito”. Ne**ste caso,** podem as partes requerer ao Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, em respeito à segurança jurídica, determinar a suspensão de todos os processos que tratem da mesma tesa jurídica da causa originariamente analisada.

Destarte, uma vez encerrado o incidente de resolução de demandas repetitivas, que tem algumas modificações do instituto alemão, terá efeito somente sobre as demandas que no seu curso e anteriormente a ele forem ajuizadas, pois violaria o direito daqueles que não participaram do processo, segundo o princípio da inafastabilidade do poder judiciário (art.5°, inciso XXXV da CRFB),o que seria inconstitucional. Destarte, as demandas que forem ajuizadas posteriormente ao incidente não serão afetadas e nada irá impedir, portanto, que essas questões comuns que forem decididas no incidente serem discutidas em demandas futuras. O problema, portanto, persistirá.

A solução, por outro lado, está no direito estadunidense, que trata de problemas relacionados a causas repetitivas há muito mais tempo que o direito alemão.

Portanto, vale frisar que por meio da análise deste ordenamento, pode-se aguçar que a tutela coletiva de direitos e os instrumentos do processo coletivo têm origem no próprio sistema da common law, posta a análise da ação de classe (*class action*).

Com efeito, Teori Albino Zavascki[[54]](#footnote-54) ensina:

Desde o século XVII, os tribunais de equidade (Courts of Chancery) admitiam, no direito inglês, o bill of peace, um modelo de demanda que rompia com o princípio segundo o qual todos os sujeitos interessados devem, necessariamente, participar do processo, com o que se passou a permitir, já então, que representantes de determinados grupos de indivíduos atuassem, em nome próprio, demandando por interesse dos representados ou, também, sendo demandados por conta dos mesmos interesses.

Deste modo, partindo-se da análise da *class action* do sistema da *common law*, pode-se alcançar e passar a se analisar os limites subjetivos da coisa julgada e o instituto do “right to opt out”, presente naquele ordenamento.

Nesta esteira, a extensão dos efeitos da coisa julgada, no sistema da *class action*, parecendo desviar-se da regra geral, pode alcançar, pois, aqueles que não integraram a relação jurídica processual.

Todavia, parece ser permitido dizer, quando da análise dos efeitos da coisa julgada que excedem às partes do julgado, no âmbito das *class action*, que não se está diante de uma exceção à regra no tocante aos limites subjetivos da coisa julgada. No entanto, a coisa julgada em sede de *class action* repercute na esfera de índole material de terceiros que não integraram os pólos do processo, contudo, não se pode esquecer, que aqueles estavam sendo representados perante a ação de classe, por substituto processual, e, assim, possuíam interesse naquela relação jurídica.

Vale ainda ressaltar que a decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas resolve apenas a questão incidental; assim, a demanda judicial que estava sobrestada aguardando o julgamento daquele, retornará ao seu trâmite normal quanto aos demais pontos não abarcados pela decisão do incidente.

Veja-se que a decisão prolatada no incidente, ainda que vincule todo e qualquer julgamento futuro a respeito da matéria, não tem o poder de impedir o ajuizamento de novas demandas.

Longe disto, para se utilizar da decisão do incidente coletivo faz-se necessário o ajuizamento de demanda individual. Assim, os litígios continuarão a ocorrer e a sua adoção não servindo de obstáculo para se recorrer ao judiciário e contribuindo para sua ineficiência, certamente, os dados estatísticos o dirão.

Observa-se que o principal objetivo da criação deste incidente, não será atingido, qual seja, a inibição de multiplicidade de ações idênticas, uma vez que é exigido a inauguração de processo judicial individual. Na verdade o que ocorrera será a centralização e unificação das decisões no STF e STJ, aumentando assim o poder destes dois órgãos.

## 4.4. Instrumentos alternativos atualmente utilizados pelo judiciário

Com oaumento do número de demandas e as inúmeras decisões conflitantes dentro dos próprios tribunais, muitas vezes decidindo por listas de julgamento, lançaram o jurisdicionado na busca por novos paradigmas de segurança.

É preciso considerar que o juiz presta um serviço ao jurisdicionado, e o mínimo que lhe compete fazer é respeitar o direito ao tratamento igualitário em que questões materialmente similares sejam tratadas de forma semelhante ao tratamento dispensado em outros processos.

Outro caminho possível e que já tem sido paulatinamente implementado é a tentativa de controle por meio da vinculação de jurisprudência em um modelo inspirado pelo direito anglo-saxão, mas com o devido sincretismo peculiar ao Brasil e respeito às tradições de origem lusitana.

O direito brasileiro adota dois caminhos para uniformização do entendimento jurisprudencial, um é a adoção de enunciados de súmulas de jurisprudência, vinculantes ou não, e o outro é o julgamento paradigmático explicitamente eleito, como no caso dos recursos especiais repetitivos, em que se abre a possibilidade de se estabelecer um direito pautado em precedentes.

A opção por este caminho é evidente e verifica-se pelas alterações legislativas ocorridas desde o início da década de 1990, como a permissão para que o relator de recurso especial ou extraordinário julgue monocraticamente quando o acórdão recorrido contrariar a jurisprudência dominante; atribuição de efeitos vinculantes a julgamentos em ação declaratória de constitucionalidade e inconstitucionalidade; súmula impeditiva de recurso; repercussão geral; julgamento por amostragem dos recursos extraordinário e especial; súmula vinculante; e o fechamento do ciclo com a gestação de um novo Código de Processo Civil, no qual consta o efeito vinculante para decisões de recurso especial repetitivo.

Atento ao problema, O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou pesquisa para identificar as principais causas da questão. Posteriormente houve a edição da resolução n° 160/2012 regulamentando a criação de Núcleos de Repercussão Geral e Recursos Repetitivos (NURER), em todos os tribunais.

A criação pelos tribunais destes núcleos, atuando como órgão de inteligência para identificar demandas repetitivas e propor soluções concretas, como por exemplo a criação de varas e câmaras especializadas e a provocação dos Tribunais superiores, tem efeito paliativo. Na verdade enquanto não se tem uma solução definitiva a nossa legislação apresenta alguns instrumentos normativos para tentar amenizar o acumulo de demandas repetitivas, quais sejam: ações coletivas, sentença liminar de improcedência, incidente de uniformização de jurisprudência, recursos representativos de controvérsia no Superior Tribunal de Justiça – STJ, repercussão geral e sumula vinculante no Supremo Tribunal Federal. Por último tem-se o Código de Processo Civil, que vai ser atualizado com o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Com base nestas ferramentas, muitas medidas têm sido tomadas por juízes e tribunais, buscando enfrentar o problema. Mas medidas mais amplas são necessárias para melhorar a coordenação destas atividades, com a divulgação das boas práticas gerenciais, permitindo assim a sua implementação por outros órgãos do Judiciário. O mais importante é o enfrentamento imediato do problema, para desafogar o judiciário viabilizando suas atividades e permitindo mais rapidez e qualidade.[[55]](#footnote-55)

# CONCLUSÃO

Tem-se que o atual Código de Processo Civil não possui mecanismos suficientes para solucionar diversas espécies de demandas da sociedade brasileira, posto que fundado em uma concepção individualista, própria do início da década de 70, sem qualquer disciplina necessária para a complexidade e especialização exigidas para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

A Lei da Ação Civil Pública (1985) e o Código de Defesa do Consumidor (1990), são textos relevantes para a tutela dos interesses coletivos, mas atualmente insuficientes frente à necessidade de aperfeiçoamento e modernização destes mecanismos de tutela dos direitos coletivos, inclusive frente às atuais posições da doutrina.

O fato de os direitos coletivos estarem inseridos na Constituição Federal de 1988 como direitos fundamentais faz surgir no País um novo constitucionalis­mo e exige uma leitura aberta e ampliativa em torno da tutela coletiva, material e processual, própria da hermenêutica constitucional atual, comprometida não só com a proteção abstrata, mas principalmente com a concretização efetiva dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.

Analisa-se a necessidade de estruturação e promulgação de um Código de Processo Coletivo, tendo em vista que o Código de Processo Civil não consegue já a algum tempo abarcar de forma efetiva os novos conflitos advindos das novas relações sociais.

Segundo reportagem publicada pelo Jornal O Globo, em 22.09.2014, um estudo realizado pela Fundação Getulio Vargas Direito, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF, constatou que a causa para a morosidade do judiciário se deve a quantidade de processos que chegam ao Supremo. O presidente da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) João Ricardo Costa, avalia que o excesso de litígios compromete o funcionamento da justiça. Segundo ele, o maior problema é o mau uso da justiça pelos chamados “demandantes contumazes” entre os quais cita, o Estado e segmentos com serviços regulados, como bancos, telefônicas e planos de saúde.

A busca do objetivo de tornar efetivo o direito material e promover as políticas públicas do Estado, pode-se dar de duas formas: 1) forma repressiva (corrigindo o ilícito) ou 2) profilática (estimulando o cumprimento voluntário do direito).

A mesma sociedade que gera a possibilidade de violação coletiva de direitos e interesses de um grupo deve criar instrumentos processuais para remediar, ou pelo menos desestimular a prática de tais ilícitos, acarretados, muitas vezes, pela certeza da impunidade das lesões de baixa repercussão econômica (é o que acontece várias vezes em se tratando de serviços bancários, de telefonia, etc.).

Neste caso a utilização das ações coletivas também é muito útil para realização de políticas públicas. Trata-se de uma função pedagógica exercida pelas ações coletivas – também para punir o praticante da conduta ilícita, impossibilitando de se locupletar-se com isso.

Atualmente não há dúvidas de que os processos coletivos podem ser instrumentos muito importantes para a pacificação dos conflitos de maneira generalizada, garantindo, ao mesmo tempo, o acesso à justiça, mas sem atolar a máquina judiciaria, porque proporcionam a solução molecular de uma série de controvérsias, que poderiam ser submetidas ao judiciário de forma individual e fragmentada.

O atual momento histórico tem revelado que o processo individual – diante, por exemplo, do imensurável poderio social/financeiro de que gozam estes “demandantes contumazes” geralmente grandes corporações, no mínimo tem-se mostrado desacreditado como instrumento apto a frear corriqueiras agressões desfechadas contra direitos subjetivos titularizados por enorme parcela do jurisdicionado.

É certo que ao empresariado, na guisa de exemplo, nenhuma perturbação – ou temor para ser mais enfático – decorre da necessidade de enfrentar (no pólo passivo) demanda proposta pelo cidadão “a” ou “b”, seja em face de seu descontentamento com conduta do demandado ou em razão de eventuais danos ou ilícitos que tenha sido vitimado, pois, que potenciais derrotas judiciais nestas condições – isto é, individualmente consideradas representam pouco mais do que um nada econômico.

Em vista disto, pode-se afirmar, que a fortificação dos sistemas de tutela coletiva dos direitos individuais, tem figurado como instrumento apto a coibir, ou pelo menos minimizar, condutas contrárias ao direito, abalando o sossego daqueles que, outrora, despreocuparam-se com cumprimento de determinados ditames substanciais, ou até mesmo planejaram seu descumprimento, por bem conhecerem os empecilhos práticos oriundos de um processo civil quase inacessível.

O surgimento desenfreado dessas novas demandas coletivas exige a necessidade de buscar alternativas para solucionar questões dessa ordem, a fim de atender os anseios da coletividade, pressuposto este que se dá face a crise da jurisdição. O processo eminentemente individualista que respondia aos anseios de um direito material igualmente individualista, foi se transformando em um processo destinado a atender também a grupos, categorias e classes de pessoas, no que tange à qualidade de vida, ou seja, direito ao ambiente sadio, a relações de consumo equilibradas, ao respeito ao usuário de serviços públicos, etc.

É verídico o fato de que os meios individuais de aplicação do direito atualmente não conseguem efetivar as tutelas coletivas, sendo que a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação.

Não é possível portanto, prescindir atualmente, de um sistema processual consentâneo e adequado à tutela dos direitos coletivos, vez que o processo civil de cunho meramente individualista, ainda refém dos princípios defendidos pela revolução burguesa de 1789, não é capaz de protegê-los e efetivá-los com eficiência.

   Há uma crise de efetividade no processo coletivo brasileiro, que traz à tona a necessidade de uma reforma legislativa que o reestruture e torne apto a efetivar a tutela dos interesses e direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

Conforme preconiza CAMPILONGO[[56]](#footnote-56), diante deste quadro, o Poder Judiciário assume papel de profunda relevância. Existe uma tendência dos sistemas jurídicos contemporâneos voltada para a criação de novas técnicas de garantia de efetividade a sempre novos direitos vitais. Por esse motivo, mostra-se acertada a afirmação de que o progresso da democracia mede-se precisamente pela expansão dos direitos e pela sua afirmação em juízo.

O Poder Judiciário brasileiro tem hoje uma nova via, bem mais potencializada, para transformar positivamente a realidade social: é a via do *direito processual coletivo* como um novo ramo do direito processual.

As ações coletivas são poderosos instrumentos para enfrentar o poder econômico, político, e o próprio Estado, por dois motivos principais: legitimação ativa e efeitos da coisa julgada.

Mas, não só o Estado, como também o judiciário, tentam impor limitações ao seu exercício. Nesse sentido são a Lei n. 9.494/97, que deu nova redação ao Art. 16 da LACP impondo limites à eficácia da coisa julgada na ação civil pública, e o Enunciado n. 310 do TST, que por muitos anos restringiu a legitimação ativa dos sindicatos para as ações coletivas na Justiça do Trabalho.

A universalização dos direitos sociais é trocada pelo favorecimento de setores sociais específicos, e a multiplicação de subsistemas jurídicos diferenciados que rejeitam a intervenção do Direito estatal traz consigo uma perigosa arma de invalidação do Direito, por meio de ameaças privadas.

De fato, não podemos menosprezar os argumentos apresentados acima. Hugo Nigro Mazzilli, em recente exposição no Ministério Público paulista, fez questão de destacar o inobjetável incomodo que as ações coletivas causam aqueles que detém o domínio do poder econômico em nosso país porquanto o surgimento de novos instrumentos de defesa da coletividade evidencia cristalino desconforto as pretensões obscuras de setores da política nacional.

Contudo, embora árduo o caminho a ser percorrido, tem-se, com a vênia dos estudiosos que pensam o contrário, que e chegado o momento da construção de um Sistema Único de Processo Coletivo, calcado em uma consistente base principiologica, apta a conferir a defesa efetiva dos direitos transindividuais.

Isso porque, em seu atual estágio, o processo coletivo brasileiro se afigura oportuna e convenientemente maduro para que se leve adiante a codificação. Ademais, esta parece ser a melhor saída para adequar o objeto material do processo coletivo ao Estado Democrático de Direito, alinhando-o as garantias constitucionais.

Em que pese a rejeição, no mérito, do Projeto de Lei da Câmara 5139/2009, é indispensável manter e buscar a ampliação do debate sobre o processo coletivo, seu procedimento e dificuldades a superar para tornar efetiva a tutela jurídica dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A evolução da sociedade e a massificação dos conflitos evidenciaram a necessidade de inovações no direito processual brasileiro, sob pena de perder sua eficácia social.

O legislador teve que buscar alternativas na solução desses conflitos, com urgência, pois a agonia dos jurisdicionados é cristalina. Logo, o anteprojeto elaborado surge como uma proposta nova para as demandas coletivas, democratizando o Judiciário e beneficiando a sociedade.

O objetivo principal do PL 5.139/2009, há de ser a instituição de um Sistema Único Coletivo, em uma tentativa de preencher o vácuo deixado pela rejeição a criação de um Código de Processos Coletivos, o que certamente seria muito mais eficiente e interessante, do que simplesmente a junção de leis com algum aprimoramento em um Sistema único.

Entretanto, constatamos que poucas são as inovações propostas pelo Projeto de Lei 5.139/09, que, basicamente, reúne as normas já existentes e aperfeiçoam aquelas que, na prática, têm gerado discussões como, por exemplo, a limitação territorial da coisa julgada e o instituto da prevenção.

Encaminhado à Casa Civil, o anteprojeto sofreu alterações, algumas delas com o nítido propósito de limitar sua potência originária e privilegiar o Estado enquanto possível sujeito passivo em ações coletivas

Ao proibir o uso da ação civil pública (ACP) para discutir a legalidade de tributos, o reajuste de benefícios previdenciários e os direitos relativos ao FGTS, que provocou condenações bilionárias contra o poder público nos últimos anos, o projeto promove um retrocesso do ponto de vista social, na avaliação de alguns especialistas.

O principal objetivo da proposta, segundo o juiz federal e professor de Direito Processual Civil Aluisio Gonçalves de Castro Mendes[[57]](#footnote-57), seria universalizar o acesso à Justiça e desafogar o Judiciário. Porém, na avaliação dele, manter aquelas questões na antiga sistemática de ações individuais significa ir na contramão dessa meta.

Se fosse possível debater em Ação Civil Pública uma questão tributária e se a Fazenda Pública vencesse uma demanda, os contribuintes não poderiam continuar debatendo a mesma matéria em juízo, por causa do princípio da coisa julgada.

Lamentavelmente parece improvável a aprovação do referido projeto na conjuntura atual, o que poderia ser atribuído ao patrimonialismo brasileiro decorrente quem sabe, de um legislativo não muito bem escolhido.

Ao que tudo indica, ao invés de aprimorar as ações coletivas, sobretudo aquelas para defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, a tendência tem sido concentrar a atenção no novo Código de Processo Civil (projeto de Lei n° 8046/2010) já aprovado no Senado Federal e atualmente em discussão na Câmara dos Deputados.

Entretanto, através de exame mais apurado evidencia-se que o instituto não trará fim a referida massificação. Verifica-se, portanto, que a comissão elaboradora não teve a preocupação de criar instrumento capaz de impedir o ajuizamento de novas demandas repetitivas.

Não prospera o entendimento de que o incidente de resolução de demandas repetitivas “evitará a multiplicação das demandas”, uma vez que a decisão prolatada no incidente, ainda que vincule todo e qualquer julgamento futuro a respeito da matéria, não tem o poder de impedir o ajuizamento de novas demandas.

Longe disto, para que se aplique a tese jurídica consolidada no incidente de resolução de demandas repetitivas faz-se necessário a inauguração de processo judicial individual. Portanto, não se pode afirmar que o objetivo da comissão elaboradora seja o de fulminar com as demandas repetitivas, mas sim uniformizar as teses jurídicas, através da criação de um cadastro nacional destes incidentes.

Pela natureza do instituto, se aprovado, parece ser a melhor solução que seu cadastro seja unificado ao de ações coletivas em geral.

Com efeito, conforme análise do texto do substitutivo do projeto, fácil perceber que a grande parte dos julgamentos a serem realizados no incidente serão concebidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, as teses proferidas por esses órgãos vincularão todos os processos em trâmite em todo território nacional que versem sobre a matéria em debate, criando uma verdadeira uniformização do entendimento.

É através do princípio da “isonomia constitucional” que a comissão busca a explicação para defender essa idéia intrínseca de uniformização.

Assim, é de se concluir que um incidente de resolução de demandas repetitivas, se fosse criado com o sentido de rechaçar os processos que entopem o judiciário, deveria ter como base a *class action* americana.

Os três pontos de toque que exigem maior reflexão por parte da doutrina atual do processo civil, no que se refere ao estudo e compreensão das ações coletivas, são a legitimidade para agir, o contraditório e a coisa julgada. Mesmo para as *class actions*, não é outra a realidade descrita pela doutrina estadunidense. Isto porque a razão de ser destas chamadas ações de classe encontra seu fundamento na possibilidade de, com a atuação de um ou alguns membros de uma determinada classe, todos os demais, que não agiram diretamente, serem afetados pelos efeitos daquela decisão, inclusive no que se refere à imutabilidade do quanto decidido, isto é, no tangente à formação da coisa julgada.

Consideramos, pois, que a importação ao ordenamento jurídico brasileiro das *class actions* com o característico *right to opt out*, onde poder-se-ia fazer valer-se de uma tutela inibitória ao julgado, parece ser o meio mais eficaz para repelir e tornar desnecessárias novas demandas repetitivas.

Por derradeiro, constata-se que, embora cada direito estrangeiro tenha especificidades próprias, é no direito comparado, mais especificamente no norte-americano, que se encontra notável instituto (*class action*) que pode ser incorporado ao sistema brasileiro para aperfeiçoamento da tutela coletiva de direitos.

A solução, portanto, está no direito estadunidense, que trata de problemas relacionados a causas repetitivas há muito mais tempo que o direito alemão.

A sistemática busca pela evolução legislativa do Direito Processual Coletivo Brasileiro demonstra que a cada dia a sua importância vem aumentando. A falta de uma resposta adequada ao crescente número de demandas, que, frente à uma estrutura insuficiente do Poder Judiciário não consegue acompanhar este movimento ocasiona a morosidade na solução dos conflitos. Assim, quanto mais demandas são ajuizadas, mais se fazem necessários novos instrumentos capazes de possibilitar a efetividade do processo.

E quanto mais morosa a atuação do Poder Judiciário, mais descrente fica a população quanto à possibilidade de composição de conflitos nessa sede.

O tempo no processo é um fator de corrosão dos direitos e é um mal que deve ser combatido, e as ações coletivas são capazes de fazê-lo. Em vez de se ter o julgamento de diversas ações individuais, tem-se o julgamento de uma única ação que afetará um número maior de pessoas, possibilitando, assim, que processos fluam mais rapidamente no Poder Judiciário (evitando, ainda, a existência de julgamentos conflituosos).

Ao Superior Tribunal Federal, como guardião da Constituição, compete assegurar não só a concretização do Estado Democrático de Direito, mas também atender aos anseios da sociedade brasileira, sedenta de justiça. O Direito abomina privilégios, estando somente a serviço da verdade. As normas jurídicas não podem deixar de atende-la. Em pleno século XXI, temos que ter normas processuais que se adaptem a grandes anseios e transformações.

Uma última consideração deve ser feita, sobretudo em tempos como estes onde uma evidente crise de representatividade assola tanto o Executivo quanto o Legislativo: o Judiciário deve se mostrar disposto a evoluir no campo da efetivação dos direitos fundamentais, procurando cumprir o papel que o texto constitucional lhe atribui, exercendo com retidão a parcela do poder estatal que lhe é outorgada pelo povo, sob pena de, a exemplo do que se verifica atualmente com os outros dois Poderes, passar a ser fortemente questionado pelos cidadãos acerca de sua verdadeira função no âmbito da sociedade, se a de garantir privilégios a uma minoria ou de concretizar direitos em prol da maioria.

# BIBLIOGRAFIA

ARENHART, Sergio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**. São Paulo-SP: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O Judiciário e a democracia no Brasil**. Revista USP. São Paulo, n. 21, p. 116-125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) / USP, 1994.

COSTA, Rafael Lançoni da. Artigo: *Reflexões sobre o direito processual coletivo.Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 3, p. 77-107*, 2012.80

COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**, In SALLES. Carlos Alberto De.(Coord.) As grandes transformações do processo civil brasileiro. São Paulo: Quartier Latim. 2009.

COUTINHO, Liliana Mascarenhas. **Efeitos e limites da coisa julgada na ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos**. Brasília/DF, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** Salvador-BA: Ed.Podivum, v. 4 p. 28, 29.

LUSVARGHI, Leonardo Augusto dos Santos; AGOSTINHO, Luis Otávio Vincenzi de. Tutela coletiva de direitos individuais e o Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 7347/85CLASS action for damages and the article 1st., unique paragraph, law number 7347/85.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20 E. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Artigo**: *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988,*** *Revista de Processo, São Paulo, v. 16, nº 61, pp.187-200, jan./mar. 1991.*

PELEGRINI, Ada Grinover. **O processo: Estudos e Pareceres**. 1. ed. São Paulo: DPJ, 2006.

PELEGRINI, Ada Grinover; WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Artigo: A ***Class Action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: reflexões a partir da obra de Antônio Gidi**. *Apud*: *GIDI, Antônio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** SALVADOR-BA Editora JusPODIVM, 2013.

2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso De Direito Constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva,

*ZANETI JUNIOR*, Hermes. *Mestre e doutorando em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).* “***Direitos Coletivos Lato Sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos*”**. [20--?].

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.28, 29.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ELETRÔNICAS**

ARENHART, Sérgio Cruz. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil  pela UFPR. Professor Adjunto da UFPR e da UTP. Ex-juiz Federal. Procurador da República, Artigo: “A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas  ressarcitórias em pecúnia” Disponível em: <[https://www.academia.edu/214089/A\_ TUTELA\_DE\_DIREITO \_INDIVIDUAIS\_HOMOG C3%8ANEOS\_E\_AS \_DEMANDAS\_RESSARCIT%C3% 93 RIAS\_EM\_PEC%C3%9ANI](https://www.academia.edu/214089/A_%20TUTELA_DE_DIREITO%20_INDIVIDUAIS_HOMOG%20C3%8ANEOS_E_AS%20_DEMANDAS_RESSARCIT%C3%25%2093%20RIAS_EM_PEC%C3%9ANI)>. Acesso em: 20/08/2014.

BARTILLOTI, Alexandre Soares. **O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo código de processo civil**. Dissertação apresentada para obtenção do titulo de mestrado pela Universidade Católica de Pernambuco. Disponível em: http:// www.unicap. br/ tede/tde\_arquivos/4/TDE-2012-11-26T153205Z-532/Publico/Dissertacao\_Alexandre\_Soares \_ Bartilotti.pdf>. Acesso em: 13/09/2014.

GAGNO, Luciano Picoli. Artigo: *Direito individual homogêneo: em busca de uma interpretação mais coerente com o direito fundamental de acesso à justiça*. Trabalho publicado nos anais XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasilia – DF nos dia 20,21 e 22 de novembro de 2008. Disponível em: http://www.conpedi. org.br/ manaus / arquivos/anais/brasilia/12\_619.pdf>. Acesso em: 29/08/2014.

MANDELLI, Alexandre Grandi. Artigo: “O Incidente de resolução de demandas repetitivas” *The Incident Of Repetitive Demands*.. Revista de Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: [http://www.direito.ufmg.br/revista /index.php](http://www.direito.ufmg.br/revista%20/index.php) / revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p23>. Acesso em: 19/10/2014.

NUNES, Rizzatto. Desembargador aposentado do TJ/SP, escritor e professor de Direito do Consumidor, Artigo: “**As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor”.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI128109,31047-As+acoes>+coletivas+e+as+ definições+de+direitos+difusos+coletivos+e>. Acesso em: 19/10/2014

SOUZA, Miguel Teixeira de. Artigo: *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos.* *Lisboa: Lex, 2003, p. 9*. Disponível em: [http://www.lexml.gov.br/urn/urn: ex:br:rede. virtual.bibliotecas:livro:2003;000782564](http://www.lexml.gov.br/urn/urn:%20ex:br:rede.%20virtual.bibliotecas:livro:2003;000782564)>. Acesso em: 18/09/2014.

1. ROQUE, Andre Vasconcelos. **Class Actions – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?**  SALVADOR-BA: Ed. JusPODIVM, 2013, p. 28, 30. [↑](#footnote-ref-1)
2. DIDIER, Fredie. *In* **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador-Ba: Ed. JusPodivm, [20--?], v. 4, p. 28, 29. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Idem*, p. 34. [↑](#footnote-ref-3)
4. SÁ, Lucas de. *apud.* FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6. [↑](#footnote-ref-4)
5. NOYA, Felipe Silva, 2012, p. 20. *Apud*: *A collective right is defined by statute in terms similar to a difuse right. A collective right is also defined as transindividual and indivisible. However, it differs from a difuse right in that, instead of the group being constituted of indefinite persons linked only by factual circumstances (living in the same neighborhood, buying the same product, watching the same television program, etc), the members of the group in the case of a collective right are linked to each other, or to the opposing party, by a pior common legal relationship.* GIDI, Antonio. Class Actions in Brazil - A Model for Civil Law Countries. **American Journal of Comparative Law**., 2003, v. 51, p. 356*.* [↑](#footnote-ref-5)
6. BRASIL. *Código de Direito Civil*. Vade Mecum. 5. ed. Ver., ampl., e ataul. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. [↑](#footnote-ref-6)
7. COUTINHO, Liliana Mascarenhas, 2012, p. 26, *apud*. ZAVASCHI, Teori Albino.Reforma do Processo Coletivo: Indispensabilidade de disciplina diferenciada para direito individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto do Código Brasileiro de Projetos Coletivos / coordenação Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais , 2007, p. 35. [↑](#footnote-ref-7)
8. MORAES, Daniele Alves. *Apud.* GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 799, 11. [↑](#footnote-ref-8)
9. MORAES, Daniele Alves. A*pud*. MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. [↑](#footnote-ref-9)
10. SILVA. Alexandre Antonio Bruno da; MODENA, Ana Isabel. *Apud*. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública**. *In*. DIDIER JR. Fredie (Org.). Ações Constitucionais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 329. [↑](#footnote-ref-10)
11. SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; Modena, Ana Isabel.*Apud***.** MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano Moral Coletivo**. São Paulo: LTr, 2004, p. 251, 252. [↑](#footnote-ref-11)
12. SILVA, Alexandre Antonio Bruno da; Modena, Ana Isabel.*Apud.*MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva**. Disponível em. < [www.ipedc.org.br](http://www.ipedc.org.br).>. Acesso em: 14/06/2009. [↑](#footnote-ref-12)
13. GIDI, Antonio, *op. cit.* p. 93. [↑](#footnote-ref-13)
14. GUEDES NETO, Antonio Laerte, 2009. *Apud*. GRINOVER, Ada Pellegrini, Artigo: Das Class Actions for damages a ação de classe brasileira: OS requisitos de admissibilidade. 2006. Disponível em: <http//www.tj.ro.gov.br/emeron/sapen/ 2001/dezembro /2012 / artigos/AO3.ht>. Acesso em: 20 /09 /2014. [↑](#footnote-ref-14)
15. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador-BA: Ed. JusPodivm, v. 4, p. 28, 29. [↑](#footnote-ref-15)
16. ZANETTI JUNIOR, Hermes.Artigo Internet. **Direitos Coletivos Lato Sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto senso e dos direitos individuais homogêneos**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm. Acesso em: 27/10/2014. [↑](#footnote-ref-16)
17. GIDI, Antonio. 2007. *Apud*. **Hermes Zanetti Junior.** Artigo Internet: **Direitos Coletivos Lato sensu: A definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto senso 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/%20abdpc/artigos/Hermes%20Zaneti%20Jr(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 27/10/2014. [↑](#footnote-ref-17)
18. *Idem*, p. 12. [↑](#footnote-ref-18)
19. ZANETTI JUNIOR, Hermes. *ob. cit,* p. 12. [↑](#footnote-ref-19)
20. ASSAGRA, Gregório. Artigo Internet: O Poder Judiciário Brasileiro positiva da realidade social completar. Disponível em: < <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/125404/Rev15Art8.pdf/7e74bcee-35d2-4a68-b596-7ec34f8f5a74>>. Acesso em: 20/08/2014. [↑](#footnote-ref-20)
21. GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 69. [↑](#footnote-ref-21)
22. LENZA, Pedro, 2009. *Apud*, COSTA, Rafael Lançoni da, 2012. **Reflexões sobre o direito Processual Coletivo**.Disponivel em: < http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3777/2237 >. Acesso em 10/09/2014. [↑](#footnote-ref-22)
23. GRINOVER, Ada Pelegrini. *Apud.* COSTA, Rafael Lançoni da., *op. cit.*, p. 22. [↑](#footnote-ref-23)
24. DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**., Vol. 4, Salvador-Ba: Ed. JusPodivm, p. 207. *Apud.,*  COUTINHO, Lilian Mascarenha. Monografia**: Efeitos e limites da coisa julgada na ação coletiva fundada em direitos individuais homogêneos - Brasília/Df** 2012, p. 69. [↑](#footnote-ref-24)
25. DONIZETTI e CERQUEIRA 2007. *Apud.*  COUTINHO, Lilian Mascarenha. *op. cit.* p. 69. [↑](#footnote-ref-25)
26. GIDI, Antonio, *ob. cit.*, p.395. [↑](#footnote-ref-26)
27. RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Artigo: ***As class actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: Obra de Antonio Gidi (resumo parcial)***. Disponível em: <[WWW.processocoletivo.net/revista-eletronica/62 -volume5-numero-2- trimestre01/04/2014 a 30/06/2014](http://WWW.processocoletivo.net/revista-eletronica/62%20-volume5-numero-2-%20trimestre01/04/2014%20a%2030/06/2014)>. Acesso em: 15/08/2014. [↑](#footnote-ref-27)
28. GIDI, Antonio, *op. cit.,* p. 196. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Idem*, *ibidem*, p. 192. [↑](#footnote-ref-29)
30. SÁ, Lucas de. *apud.* FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *op. cit.,* p. 6. [↑](#footnote-ref-30)
31. GIDI, Antonio. *op. cit.* p. 197. [↑](#footnote-ref-31)
32. RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Artigo: ***As class actions como instrumento de tutela coletiva de direitos: Obra de Antonio Gidi (resumo parcial***). Disponível em: < <http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/62-volume-5-numero-2-trimestre-01-04-2014-a-30-06-2014/1436-as-class-actions-como-instrumento-de-tutela-coletiva-de-direitos-obra-de-antonio-gidi-resumo-parcial>>. Acesso em: 25/08/2014. [↑](#footnote-ref-32)
33. ARENHART**,** Sergio Cruz. **A Tutela Coletiva de Interesses Individuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 84. [↑](#footnote-ref-33)
34. ROQUE, André Vasconcelos. ***Class Actions* – Ações Coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles?** Salvador-BA: Editora JusPodivm, 2013, p. 59. [↑](#footnote-ref-34)
35. RAMPIN, Talita Tatiana Dias. Artigo: **A *Class Action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos: reflexões a partir da obra de Antônio Gidi**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19, 22. 7. [↑](#footnote-ref-35)
36. Moreira, Maria Flávia Agner Grubba. “**Da coisa julgada nas ações coletivas: análise evolutiva e projeções do Instituto Processual diante da sociedade de massa”.** Trabalho de Conclusão de Pós Graduação Stricto Senso de Direito Processual e Cidadania, 2009, pag. 78. Umuarama. *Apud*: GRINOVER, Ada Pellgrini. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro. 2007. [↑](#footnote-ref-36)
37. GRINOVER, *op. cit*., 207. [↑](#footnote-ref-37)
38. GIDI, *op. cit*., p.189. [↑](#footnote-ref-38)
39. TAVARES, André Ramos. **Curso De Direito Constitucional**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. *Apud*, RIBEIRO, Felype Bento Almeida. Artigo: ***Controle concentrado de constitucionalidade e a pertinência temática***, JurisWay 2009. [↑](#footnote-ref-39)
40. TAVARES, André Ramos. *op. cit.*, p. 306. [↑](#footnote-ref-40)
41. RIBEIRO, Felype Bento Almeida. Artigo: ***Controle concentrado de constitucionalidade e a pertinência temática,*** JurisWay 2009. *Apud*: MENDES , Gilmar Mendes, 2004, p. 159. [↑](#footnote-ref-41)
42. GIDI, Antônio. , *op. cit.*, p. 73. [↑](#footnote-ref-42)
43. DIDIER JR, Fredie. 2007, *op. cit.*, p. 207. [↑](#footnote-ref-43)
44. GRINOVER, 2001. *op. cit.* p. 14. [↑](#footnote-ref-44)
45. MOREIRA, Maria Flávia Agner Grubba, “Da coisa julgada nas ações coletivas: análise evolutiva e projeções do Instituto Processual diante da sociedade de massa”. Trabalho de Conclusão de Pós Graduação Stricto Senso de Direito Processual e Cidadania, 2009, p. 78. Umuarama. *Apud*. VIANA, 2008, p. 101. [↑](#footnote-ref-45)
46. MOREIRA, Luciana Maria Reis, 2010. Artigo: **Projeto de Lei 5.139/2009: Relevância ou retrocesso? Portal: Âmbito Jurídico.** *Apud***:** ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e  problemática da sua interpretação e aplicação. São Paulo: Saraiva, 2003. [↑](#footnote-ref-46)
47. GIDI, Antônio., *op. cit*. p. 88. [↑](#footnote-ref-47)
48. GIDI, Antonio. **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo – A codificação das Ações Coletivas no Brasil**, 2008, p. 29. [↑](#footnote-ref-48)
49. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos. Artigo: ***Litispendência e conexão no Processo Coletivo Brasileiro*.**  Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia v. 41-1: 109-132, 2013. *Apud*. GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 219. [↑](#footnote-ref-49)
50. GIDI, Antonio. *op. cit.*, p. 23. [↑](#footnote-ref-50)
51. *Idem, ibidem*, p. 201. [↑](#footnote-ref-51)
52. GIDI, Antonio, *op. cit.*, p. 188. [↑](#footnote-ref-52)
53. OLIVEIRA, Marcelo Henrique Matos . *Apud*. GIDI, Antonio, *op. cit*., p. 219. [↑](#footnote-ref-53)
54. MANDELLI. Alexandre Grandi. **Desabafo de um julgador frente às demandas repetitivas.** Revista Eletronica, 2014**.** Apud:ZAVASCKI,Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. *3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28, 29*. [↑](#footnote-ref-54)
55. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Reportagem publicada no Jornal*. *O Globo*, 10/10/2014. [↑](#footnote-ref-55)
56. Gonçalves, Leonardo Augusto.Artigo: ***O Poder Judiciário e a efetivação dos direitos sociais. The Judiciary Power And The Efficacy Of The Social Rights***. *Apud*. CAMPILONGO, Celso Fernandes. ***O Judiciário e a democracia no Brasil***. São Paulo: Revista USP, n. 21, p. 125: Coordenadoria de Comunicação Social (CCS) (USP, 1994). [↑](#footnote-ref-56)
57. FERNANDES, Edvaldo.Reportagem: ***Juristas e governo divergem sobre uso da ação civil pública***. Agência Câmara. 04/09/2009. *Apud*. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. [↑](#footnote-ref-57)