



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA
Campus de Jacarezinho

MARCOS VARGAS FOGAÇA

**O PROCESSO COLETIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE
RESOLUÇÃO DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

JACAREZINHO - PR

2018

MARCOS VARGAS FOGAÇA

**O PROCESSO COLETIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE
RESOLUÇÃO DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, na área de concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão, linha de pesquisa: Função Política do Direito, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, sob a orientação do professor Doutor Marcos César Botelho.

JACAREZINHO - PR

2018

F655p Fogaça, Marcos Vargas
O processo coletivo enquanto instrumento de resolução da crise do Poder Judiciário / Marcos Vargas Fogaça; orientador Marcos César Botelho – Jacarezinho, 2018.
129 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2018.

1. Direito processual civil. 2. Processo coletivo. 3. Acesso à justiça. 4. Crise do Poder Judiciário. 5. Casos repetitivos. I. César Botelho, Marcos, orient. II. Título.

MARCOS VARGAS FOGAÇA

**O PROCESSO COLETIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DE
RESOLUÇÃO DA CRISE DO PODER JUDICIÁRIO**

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada na sua forma final pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área: “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”; linha de pesquisa: “Função Política do Direito”.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcos César Botelho
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Jorge Sobral da Silva Maia
Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleber Sanfelici Otero
Centro Universitário Cesumar

Jacarezinho/PR, 3 de fevereiro de 2018.

À minha mãe, Maria Ivone Vargas Fogaça, em memória.

AGRADECIMENTOS

Por mais que eu não goste de falar sobre religião, nem discutir sobre a (in)existência de um ser superior e supremo, eu sou Católico, acredito em Deus e na medida das minhas concepções pratico essa crença, de tal modo que não poderia deixar de, primeiramente, agradecer à Deus por me dar forças para concluir esse Mestrado, bem como guiar meus pensamentos, valores e sentimentos até este pequeno marco da minha vida. Diante das adversidades, Ele sempre é meu guia.

Aos meus pais Maria Ivone e Geraldo, cujos quais sempre colocaram a educação de seus filhos em primeiro lugar em suas vidas, muitas vezes pondo nossos interesses acima dos seus, sem medir esforços para nos dar uma excelente formação acadêmica e enquanto ser humano. Quando ainda estava me esforçando para entrar neste Programa de Pós-Graduação tive a infelicidade de perder minha mãe, sendo que nas horas mais difíceis foi buscar refúgio em pensamentos sobre ela que me ajudou a seguir em busca dos meus sonhos, sei que mesmo em outro mundo está feliz com esta conquista. Fica a saudades e sua memória!

Mesmo distantes, meus irmãos Mariana e Mateus sempre se fizeram presentes na minha vida acadêmica, especialmente por termos escolhido o mesmo curso e possuímos uma pequena veia da pesquisa científica que cresce cada dia mais. Com meu irmão pude compartilhar as experiências deste Programa, com a indicação dos caminhos daquele que está mais a frente. Com minha irmã pude partilhar ensinamentos e me espelhar em sua garra e dedicação aos estudos, além de suas palavras doces e apoio de sempre.

À Luísa, minha namorada, meu amor, alegria e ponto de equilíbrio nesta vida, que tornou minha vinda à Jacarezinho todos os finais de semana muito mais prazerosa, além de abrir as portas de sua casa para me hospedar por todo o tempo que fosse necessário. Além disso, agradeço à sua família, Ivone, Nelson e Maria, por sempre me acolherem tão bem e me fazer sentir em casa.

Aos meus amigos oriundos da graduação na Universidade Estadual de Ponta Grossa: Bruno Skibinski, Eduardo Neineska, Felipe Rodrigues Neves, Murilo Scremin Czezacki, Rodrigo Lascosk Biscaia, Thiago Lucas Penteado Dutra e Vitor Blanco Bento, que com o passar do tempo tomam seus caminhos e espaço na comunidade jurídica. Sou orgulhoso das conquistas de vocês e sei que talvez sejam para com quem eu tenha-me mais ausentado nestes últimos dois anos, em razão da distância e das atribuições inerentes ao Mestrado. Estendo meus agradecimentos aos meus amigos de Joaquim Távora: Bruno de Almeida Freitas, Felipe

Candido Rossato, Jhonatan de Souza Silva e, em especial, ao Laerty Morelin Bernardino, pelas inúmeras caronas até Jacarezinho.

À turma XIII do Mestrado em Ciência Jurídica da UENP pelo companheirismo e apoio durante estes dois últimos anos, momento em que cada um pôde contribuir ao seu modo na minha evolução acadêmica, além de tornar cada aula mais agradável. Muitas das qualidades que encontrei em vocês levarei comigo e me servem de espelho.

Aos alunos que tive a oportunidade de dar aulas no estágio de docência, tanto nas aulas regulares quanto nas episódicas, cujos quais me fizeram enxergar um potencial professor que existente em mim, além de me mostrarem que esta profissão faz parte das atividades que me realizam. Obrigado por serem tão interessados e me fazer voltar melhor preparado e animado para o próximo encontro.

Aos professores deste Programa pelos ensinamentos recebidos, sobretudo ao professor Marcos César Botelho, que me orientou e auxiliou no desenvolvimento deste trabalho, e ao professor Eduardo Cambi que, em razão de nossa afinidade de pesquisa, ofereceu-me parcerias científicas, dando espaço para este incipiente pesquisador. Ademais, aos professores Maurício Gonçalves Saliba e Renato Bernardi pelo auxílio prestado na banca de qualificação deste trabalho. Também faço menção à Izaulina da Silva Souza Belmiro (tia Izô) e à Maria Natalina Costa, servidoras que trazerem ternura e mostram tamanha dedicação às atividades aqui realizadas.

Por fim, não poderia deixar de agradecer à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, por custear a bolsa de mestrado, que foi tão importante para me possibilitar a dedicação integral aos estudos.

Vemos no processo, sim, uma instituição técnica; mas vemos nele algo mais; ou, se preferirdes, muito mais. Vemos nele uma realidade que nem sequer se exaure no âmbito jurídico, senão que interessa à sociologia, à política, à economia, à ciência da administração, à psicologia, e de todos esses departamentos do saber humano reclama e espera atenção e cuidados. Empenhamo-nos, sim, em manejar com boa técnica o instrumento - sem esquecermos um instante, porém, que a técnica tem função ancilar, que não é um fim em si mesma, que deve estar a serviço de valores mais elevados. Da constante preocupação com a efetividade da tutela jurisdicional dão testemunho eloqüente a nossa produção doutrinária e a nossa atividade prática.

José Carlos Barbosa Moreira

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 1	Despesa total por ramo de Justiça	29
GRÁFICO 2	Perfil dos entrevistados que declararam já ter entrado com algum processo ou ação na justiça (pessoalmente ou alguém residente em seu domicílio)	37

LISTA DE SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
Art.	Artigo
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DECON	Delegacia do Consumidor
EC	Emenda Constitucional
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
N.	Número
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PROCON	Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor
RE e REsp repetitivos	Recursos Extraordinário e Especial repetitivos
SAC	Serviço de Atendimento ao Cliente
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
UENP	Universidade Estadual do Norte do Paraná

FOGAÇA, Marcos Vargas. *O processo coletivo enquanto instrumento de resolução da crise do poder judiciário*. 2018, 129 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

RESUMO

O processo civil se estruturou para a resolução de conflitos de interesses interindividuais, de modo que com o desenvolvimento do Estado Social e do sistema de produção capitalista moderno as regras processuais se revelaram inadequadas ao atendimento dos direitos coletivos *lato sensu* e da litigância de massa, a ponto de o Poder Judiciário entrar em crise, em razão da ausência de efetividade de seus mecanismos. Sob este cenário, o trabalho apresenta o processo coletivo como forma de melhorar o atendimento às novas demandas, sobretudo no que tange aos casos repetitivos, em busca de uma justiça célere, adequada, econômica e efetiva. Utiliza-se o método dialógico-dedutivo, tendo como ponto de partida o estudo acerca do acesso à justiça a desembocar na crise do Poder Judiciário, verificável em dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça. Investiga-se as especificidades da tutela jurisdicional coletiva desenvolvida nos sistemas da *common law* e da *civil law*, precipuamente das influências das *class actions* e do *Musterverfahren* no modelo brasileiro de processo coletivo e no Código de Processo Civil de 2015. Verificou-se a prevalência das técnicas individuais de repercussão coletiva, expressas no incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos extraordinário e especial repetitivos, sobre as técnicas coletivas de repercussão individual, especialmente diante da ausência de tratamento acerca das ações coletivas e do veto do instituto da conversão da ação individual em ação coletiva, pelo novo Código. Assim, cumpre investigar os motivos desta escolha, bem como os pontos positivos e negativos de ambos os microssistemas de processo coletivo: o das ações coletivas e o dos casos repetitivos.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Processo coletivo. Acesso à justiça. Crise do Poder Judiciário. Casos repetitivos.

FOGAÇA, Marcos Vargas. *The collective process while instrument of resolution for the crisis of the Judiciary*. 2018, 129 p. Dissertation (Master's in Legal Science). Post Graduation Program in Legal Science – State University of Northern Paraná, Jacarezinho.

ABSTRACT

The civil process was structured for the resolution of inter-individual conflicts of interests, so that with the development of the Social State and the modern capitalist production system, the procedural rules proved to be inadequate to the enforcement of the collective rights lato sensu and mass litigation, which the result that the Judiciary to enter into crisis, due to the lack of effectiveness of its mechanisms. Under this scenario, the work presents the collective process as a way to improve the service to the new demands, especially with regard to repetitive cases, in search of a speedy, adequate, economic and effective justice. The dialogic-deductive method is used, starting from the study on access to justice leading to the crisis of the Judiciary, verifiable in data provided by the National Council of Justice. The specificities of collective judicial tutelage developed in common law and civil law systems are investigated, mainly from the influences of class actions and the *Musterverfahren* on the Brazilian model of collective process and in the Civil Procedural Law of 2015. It was found that the prevalence of individual techniques of collective repercussion, expressed in the incident of solving repetitive demands and in repetitive extraordinary and special resources, to the detriment of collective techniques of individual repercussion, especially in the face of the absence of treatment about collective actions and the veto of the institute of the conversion of individual action in collective action, by the new Code. Thus, the reasons for this choice must be investigated, as well as the positives and negatives of both collective process microsystems: collective actions and repetitive cases.

Keywords: Civil Procedural Law. Collective process. Access to justice. Crisis of the Judiciary. Repetitive cases.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 - DO ACESSO À JUSTIÇA À CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	19
1.1 DA JURISDIÇÃO AO MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA	19
1.2 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA	25
1.2.1 Obstáculos de ordem econômica	27
1.2.2 Obstáculos relativos à desigualdade das partes	32
1.2.3 Obstáculos processuais e os direitos coletivos <i>lato sensu</i>	38
1.3 ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA JURÍDICA BRASILEIRA	41
1.3.1 Primeira onda renovatória: assistência jurídica aos necessitados	41
1.3.2 Segunda onda renovatória: tutela jurisdicional coletiva	45
1.3.3 Terceira onda renovatória: um novo enfoque de acesso à justiça	49
1.3.4 Quarta onda renovatória: dimensão ética e o acesso às carreiras jurídicas	50
1.4 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A MOROSIDADE PROCESSUAL	52
CAPÍTULO 2 - DIREITO PROCESSUAL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO	58
2.1 BASES METODOLÓGICAS DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL	58
2.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA JURISDICIONAL NO BRASIL	63
2.3 MODELOS ESTRANGEIROS (NORTE-AMERICANO E ALEMÃO) DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E SUAS INFLUÊNCIAS NO MODELO BRASILEIRO	68
2.4 TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS <i>LATO SENSU</i>	73
2.5 GLOBALIZAÇÃO E DEMANDAS DE MASSA	78
CAPÍTULO 3 – MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO NA TUTELA DAS DEMANDAS DE MASSA	81
3.1 TÉCNICAS INDIVIDUAIS DE REPERCUSSÃO COLETIVA E TÉCNICAS COLETIVAS DE REPERCUSSÃO INDIVIDUAL	82
3.2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS	84
3.3 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS	89
3.4 CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA	92
3.5 DIÁLOGO ENTRE O MICROSSISTEMA DESTINADO À RESOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS NO CPC/15 E AS AÇÕES COLETIVAS	102

CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro se depara com a explosão dos conflitos de massa, oriundos do desenvolvimento do sistema de produção capitalista moderno, com a oferta em série de bens, em que os indivíduos, para terem a acesso a determinados produtos ou serviços, invariavelmente, terão de aceitar os termos e contratos de adesão impostos por grandes empresas que dominam o comércio. Tal situação fática da economia de mercado, em que haveria uma suposta livre concorrência favorável ao cliente, que poderia escolher a melhor oferta, do melhor fornecedor, revela múltiplas possibilidades para que empresas, bancos e prestadoras de serviços se utilizem da lentidão e descrédito do sistema processual para obterem lucros à vista do ordenamento jurídico, em prejuízo dos direitos da parte mais frágil da relação jurídica.

Neste cenário, quando há violação do direito de um indivíduo, decorrente de um ilícito (vício no produto ou serviço, cláusulas abusivas, cobrança ilegal etc.), seja ele consumidor de um produto ou serviço (correntista de um banco; contratante de um serviço de telefonia, de internet ou de televisão por assinatura; comprador de um telefone celular, eletrodoméstico, computador ou gênero alimentício etc.) ou até mesmo contribuinte de um tributo, possivelmente, também haverá violação dos direitos e geração de danos a milhares de pessoas, por se encontrarem em situações idênticas. Tal fato acarretará a tramitação paralela de inúmeras ações coincidentes, com a discussão do mesmo objeto. Por consequência, o Poder Judiciário não consegue dar vazão aos processos repetitivos que entram e efetividade aos direitos postulados, em um tempo razoável a justificar a denominação ontológica de “justiça”.

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da consequente afirmação de direitos e garantias fundamentais, dentre eles o acesso à justiça, a porta de entrada do Poder Judiciário é dilatada dia após dia, sem que a porta de saída acompanhe tal desenvolvimento. Esse acúmulo de processos pode ser explicado por diversos fatores, dentre eles a cultura individualista proveniente do Estado Liberal, que têm seus reflexos na sistemática processual civil brasileira, arraigada à resolução de casos individuais. Com isso, processos se prolongam e demandas idênticas se eternizam no Poder Judiciário, cujas quais poderiam ser coletivamente tratadas, de modo que os direitos pleiteados teriam maior efetividade. Assim, o Poder Judiciário entrou em crise, pois, ao mesmo tempo em que houve a

expansão da litigiosidade e a ampliação do acesso à justiça, não se conseguiu atender adequadamente essas demandas.

Doravante, surge a necessidade de compreender o fenômeno jurídico do processo a partir das relações jurídicas travadas entre o direito material e processual, uma vez que se assentou a necessidade de dar tratamento coletivo a esses litígios, mediante um único processo, em razão da inadequação dos mecanismos processuais até então existentes às finalidades dos novos direitos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos). É preciso haver adequação processual às particularidades do direito controvertido.

Tão importante quanto promover o acesso à justiça é melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, por meio da atenção às pretensões constitucionais de uma justiça célere, adequada, econômica e efetiva. Dessa forma, é importante buscar a máxima efetividade do processo coletivo, pois pode atuar na redução dos custos processuais, na redução da desigualdade entre as partes, na melhoria da prestação jurisdicional do Estado e na harmonização dos conflitos. A ampliação dos mecanismos de resolução coletiva dos direitos contribui para a uniformização dos julgamentos, com segurança jurídica e isonomia aos jurisdicionados, o aumento da credibilidade do Poder Judiciário, bem como para a melhor concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Neste contexto, a tutela jurisdicional coletiva será abordada mediante a utilização dos métodos dedutivo e dialógico de pesquisa, de forma que, por meio da pesquisa bibliográfica acerca do processo coletivo desenvolvido nos sistemas da *common law* e da *civil law*, precipuamente das influências das *class actions* sobre as ações coletivas e do *Musterverfahren* sobre o microssistema de resolução de casos repetitivos adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, possa-se discutir acerca dos reflexos de ambos os sistemas no modelo brasileiro de processo coletivo e sua efetividade no Estado Democrático de Direito. De tal modo, o conceito de processo coletivo enquanto instrumento de resolução da crise do Poder Judiciário aqui adotado, envolve duas espécies ou microssistemas: o das ações coletivas e o de julgamento dos casos repetitivos.

O estudo foi fomentado por meio de pesquisas bibliográficas consistentes na análise de livros, artigos, publicações em periódicos, revistas e sites da rede mundial de computadores. Tem a precípua intenção de apontar soluções para o problema do processo civil brasileiro, para a crise do Poder Judiciário e também promover a discussão sobre o processo coletivo no ordenamento processual civil brasileiro, especialmente sobre as técnicas individuais de repercussão coletiva e as técnicas coletivas de repercussão individual, diante do novo cenário processual criado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, o trabalho se estrutura em três capítulos.

O capítulo um faz uma análise evolucionista do acesso à justiça e suas barreiras até a crise do Poder Judiciário brasileiro, especialmente no que toca a este último tema, por meio da análise de dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça acerca dos processos judiciais no Brasil. Além disso, será analisado o modo como o processo coletivo pode contribuir para a efetivação de direitos fundamentais de um Estado Democrático, principalmente no que tange a segunda onda renovatória de acesso à justiça. Para tanto foram utilizados alguns referenciais teóricos principais, especialmente as obras de Mauro Cappelletti, Bryant Garth e Boaventura de Souza Santos, no que tange ao acesso à justiça como movimento em prol da afirmação do caráter instrumental e socializante do processo; dados disponíveis em sítios eletrônicos do Conselho Nacional de Justiça e entidades dispostas a estudar a Administração da Justiça em dados, a fim de analisar a situação do Poder Judiciário brasileiro.

O capítulo dois explica os aspectos gerais do processo coletivo no sistema jurídico da *common law* em uma comparação com os mecanismos do sistema da *civil law*, de modo que serão analisadas as influências dos modelos estrangeiros de processo coletivo na formação do modelo brasileiro de processo coletivo, notadamente no que tange as demandas repetitivas. Será contextualizada a evolução histórica da sociedade e das relações privadas com o Direito Processual Civil, sobretudo acerca do caráter individual do processo e sua exigência por efetividade. A partir desta progressão histórica sobre o processo civil e de como os fatos sociais são a essência do direito, chegar-se-á à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de tal modo que possibilite a explicação do que se tratam essas espécies de direitos coletivos e de como esses instrumentos servem para a efetividade do direito e a afirmação dos direitos individuais e sociais.

O capítulo três trata da pragmática do processo coletivo diante das demandas de massa, com uma releitura da atual utilização do processo coletivo para a efetivação de direitos e seus reflexos na resolução da crise do Poder Judiciário, discutindo-se acerca dos mecanismos processuais coletivos a disposição do sistema judiciário nacional. A união destes conceitos será o alicerce interpretativo de um processo de interesse social, a fim de minimizar a aludida crise na prestação da tutela jurisdicional e valorizar o processo como imperativo da própria estrutura democrática. Neste momento, além de discutir os contornos futuros para o processo coletivo, será analisado o modo pelo qual foi tratado o processo coletivo no Código de Processo Civil de 2015 e sua convivência harmônica com as ações coletivas, mediante críticas positivas e negativas a ambos os microssistemas.

Assim sendo, este trabalho se insere na área de concentração “Teorias da Justiça - Justiça e Exclusão Social”, na linha de pesquisa “Função Política do Direito” do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, com o intuito de discutir as novas balizas do modelo de processo coletivo brasileiro. Sua relevância de estudo é proveniente do recém-elaborado Código de Processo Civil de 2015, que desponta um modelo de julgamento dos casos repetitivos, por meio do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, na perspectiva de melhoria da prestação jurisdicional pelo Estado Democrático de Direito. Por outro lado, não atende as perspectivas evolutivas do processo coletivo, inclusive com o veto do instituto da conversão da ação individual em coletiva, o que exige um olhar mais minucioso para estes procedimentos.

CAPÍTULO 1 - DO ACESSO À JUSTIÇA À CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Rui Barbosa

A primeira parte desta pesquisa, que se subdivide em três capítulos, faz um esboço histórico e conceitual acerca do acesso à justiça até a denominada crise do Poder Judiciário, sob a ótica da razoável duração do processo e da efetividade dos novos direitos oriundos do Estado Social, especialmente dos direitos coletivos *lato sensu*. A partir da confirmação de que o Poder Judiciário brasileiro está em crise haverá espaço para a evolução do objeto de estudo deste trabalho, partindo a pesquisa para as nuances da tutela jurisdicional coletiva, com o escopo de auxiliar na superação das barreiras de acesso à justiça e dar efetividade ao processo.

1.1 DA JURISDIÇÃO AO MOVIMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

A discussão acerca do Direito e da Justiça nos remete a própria existência humana e seu agrupamento enquanto ser social, em momento muito anterior a ideia atual sobre acesso à justiça e processo jurisdicional. À medida que os indivíduos se relacionam vínculos jurídicos são formados e a capacidade de compreensão destas relações passa a ser influenciada por valores inerentes a este ser social, no tempo e no espaço. Trata-se do movimento de justiça coexistencial inerente ao indivíduo em sociedade, que cria sua própria forma de resolução de conflitos.

Essas situações conflituosas¹ motivaram a criação de diversos métodos para sua resolução no decorrer do desenvolvimento da sociedade, com o propósito de pacificação

¹ “Uma ação conflituosa denota o confronto de vontades e forças entre dois seres ou grupos, direcionadas a determinados objetivos, logo, o conflito é resultado de uma divergência de interesses em que as partes se enfrentarão de forma hostil, e em alguns casos, lançando mão da violência, a fim de aniquilar um dos contendores para lhe garantir a vitória sobre o bem em disputa.” PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 79.

social e eliminação do mal que perturba o cidadão. Tais métodos podem ser classificados em três grandes grupos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.

A autotutela se revela nas formas mais primitivas de relação entre os seres em sociedade, em que os indivíduos resolviam seus impasses mediante o uso da força, com a prevalência do mais forte em detrimento do mais fraco na disputa pelo bem necessário à sua sobrevivência. Tem por cunho a defesa de seus interesses por si próprio, sem a necessidade de recorrer a outrem para que lhe auxilie na busca do seu bem da vida, de modo a permitir a imposição da sua decisão aos indivíduos e à sociedade.

No entanto, tal método gerava um alto nível de conflituosidade social e desigualdade entre os indivíduos, uma vez que apenas tinha por objetivo dar uma decisão ao conflito de interesses, sem gerar pacificação social e segurança jurídica a população.

Com o desenvolvimento da sociedade a autotutela foi perdendo força no meio social, por não resolver efetivamente todos os aspectos ligados ao litígio, sobretudo os atrelados ao bem comum. Assim, nas sociedades modernas, o Estado assumiu o poder-dever de resolver os conflitos, vedando o exercício da autotutela, como regra, inclusive com a previsão do delito de exercício arbitrário das próprias razões para aquele que fizer justiça com as próprias mãos para satisfazer pretensão, que embora seja legítima, não seja permitida ao particular por lei (art. 345, CP)², com o objetivo de tutelar a administração da justiça. No entanto, ainda existem alguns resquícios da autotutela no ordenamento jurídico brasileiro, tal qual o direito de greve assegurado aos trabalhadores (art. 9º, CRFB/88); a legítima defesa, o exercício regular de direito e o estado de necessidade (art. 188, I e II, CC); e o desforço pessoal imediato para a tutela da posse (art. 1.210, § 1º, CC), dentre outros comportamentos que permitem ao cidadão pleitear seus direitos e resolver seus conflitos sem a necessária intervenção do Estado.

A autocomposição também é um método de resolução de conflitos em que as partes solucionam sua contenda sem a intervenção necessária de terceiro, porém, neste caso, não há a imposição forçada da decisão por uma das partes, mas um ajuste entre as vontades dos indivíduos, mediante a renúncia total ou parcial dos interesses pretensamente envolvidos, a fim solucionar o problema da melhor forma possível para ambos os interessados.

² Recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça abordou o uso da autotutela em uma relação travada desde os tempos mais remotos: a prostituição. “A prostituta maior de idade e não vulnerável que, considerando estar exercendo pretensão legítima, arranca o cordão de ouro do pescoço de seu cliente pelo fato de ele não ter pago pelo serviço sexual combinado e praticado consensualmente, pratica o crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP) e não roubo (art. 157 do CP).” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. *HC 211.888/TO*, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 17 maio 2016.

Tal método de resolução de litígios se revela na moderna sistemática processual³ por três formas básicas: a) a transação, em que há concessões recíprocas de interesses, mediante a abdicação parcial de cada parte de sua pretensão; b) a renúncia ou desistência, em que há o altruísmo de uma das partes em abrir mão do seu direito; e c) o reconhecimento do direito de terceiro, em que aquele que se opõe a pretensão de outrem reconhece o direito dele. Todas essas formas buscam por fim ao litígio e também podem ser verificadas dentro de um processo judicial, mediante uma decisão judicial homologatória.

A heterocomposição, por outro lado, ocorre quando o conflito é solucionado por meio da intervenção de um terceiro estranho à relação entabulada entre as partes, subdividindo-se em duas formas principais: a arbitragem e a jurisdição.

A arbitragem⁴ corresponde às primeiras saídas encontradas para superar o método da autotutela, de modo que as partes submetiam sua contenda à determinada pessoa de sua confiança, geralmente uma autoridade com a probabilidade de encontrar obediência a sua ordem, classificada por Max Weber⁵ em autoridade tradicional, autoridade carismática e autoridade racional, legal ou burocrática da sociedade em que viviam, a fim de que ele interviesse e solucionasse o conflito de interesses, mediante uma decisão impositiva e imparcial. Esta técnica de resolução de conflitos permanece presente no ordenamento jurídico, em regulação própria, especialmente na lei 9.307/1996 e no novo Código de Processo Civil, com procedimentos modernos e específicos à busca pela melhor solução dos conflitos.

Cumprido salientar a não utilização do termo “estágios” dos métodos de solução de conflitos, uma vez que, em certa medida, todos os mecanismos anteriormente apontados permanecem vigentes no ordenamento jurídico brasileiro com suas devidas adaptações à estrutura jurídica contemporânea. Aliás, alguns destes métodos, já aprimorados, revelam-se no modelo de Estado Democrático de Direito em importantes meios alternativos de resolução

³ O novo Código de Processo Civil foi estruturado sob uma política pública de estímulo à autocomposição (art. 3º, § 2º), com a dispensa de pagamento de custas remanescentes se houver transação antes da sentença e redução de honorários advocatícios pela metade em caso de reconhecimento da procedência do pedido, com o simultâneo cumprimento da prestação reconhecida (art. 90, § 3º e § 4º); a criação de uma seção destinada aos conciliadores e mediadores judiciais (arts. 165 a 175); a tentativa de autocomposição entre as partes antes do recebimento da resposta do réu (arts. 334 e 695); a possibilidade de produção antecipada de prova, a fim de viabilizar a autocomposição (art. 381, II); a possibilidade de criação de convenções processuais atípicas (art. 190); a possibilidade de incluir sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo na autocomposição judicial (art. 515, § 2º); a possibilidade de homologação da autocomposição extrajudicial de qualquer natureza ou valor (art. 515, III e art. 725, VIII), dentre outras.

⁴ Álvaro Villaça de Azevedo conceitua a arbitragem como “um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de solucionar seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou árbitros.” AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Arbitragem*. *Revista CEJ*, Brasília, n. 24, p. 64-74, jan./mar. 2004. p. 68.

⁵ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber: sociologia*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1986. p. 128-141.

de conflitos, por abrir o espaço retórico do discurso⁶ para o desenvolvimento do diálogo entre as partes, em fuga do modelo de vencedor e vencido que se estrutura a jurisdição, como forma de democratizar a justiça.

Dentre os meios heterocompositivos de resolução de conflitos surge a tutela jurisdicional⁷, porquanto “com o desenvolvimento das civilizações e a criação progressiva de um aparato governamental organizado, o Estado acabou por tomar para si o monopólio da Justiça, restringindo a autotutela a raríssimos casos”⁸, já anteriormente mencionados. Em vista disso, a jurisdição⁹ surge como função do Estado na aplicação do Direito¹⁰, com a capacidade de decidir imperativamente o conflito e impor suas decisões.

Todo aquele que tiver uma pretensão contra outrem, caso o ordenamento jurídico não permita que resolva o conflito com suas próprias mãos (autotutela), terá a possibilidade de buscar a satisfação de seus interesses por meio de um processo, que surge no Estado moderno como um mecanismo civilizado de resolução dos conflitos, embora existam outros meios não civilizados para sua resolução.

A jurisdição surge como função estatal depositada ao Estado-juiz de eliminar conflitos e pacificar pessoas e sua comunidade, devendo o processo ser utilizado como instrumento preordenado a determinados propósitos norteadores daquele que tem uma

⁶ “A teoria do discurso, que associa ao processo democrático com conotações mais fortemente normativas do que o modelo liberal, mas menos fortemente normativas do que o modelo republicano, assume por sua vez elementos de ambas as partes e os combina de uma maneira nova. Em consonância com o republicanismo, ele reserva uma posição central para o processo político de formação da opinião e da vontade, sem no entanto entender a constituição jurídico-estatal como algo secundário; mais que isso, a teoria do discurso concebe direitos fundamentais e princípios do Estado de direito como uma resposta consequente à pergunta sobre como institucionalizar as exigentes condições de comunicação do procedimento democrático.” HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 280.

⁷ “A tutela jurisdicional estatal é um meio heterocompositivo de solução de conflitos realizada através de um segmento específico de poder institucionalizado do Estado, o Poder Judiciário, impondo aos conflitantes a solução do dissenso por um juiz imparcial.” PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 230.

⁸ DUTRA, Quésia Falcão. Novas perspectivas na interpretação da garantia de acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 53, p. 26-30, abr./jun. 2011. p. 27.

⁹ “A jurisdição estatal é a *atividade* pública com qual o órgão jurisdicional substitui a atividade das pessoas interessadas por uma atividade sua, buscando a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos. Ele o faz revelando essa vontade concreta mediante uma declaração (processo ou fase de conhecimento) ou promovendo com meios práticos os resultados por ela apontados (execução forçada ou cumprimento de sentença).” DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 49. grifo dos autores.

¹⁰ “O Direito, ao impor um agir em consonância com as normas, através da imposição coercitiva, abarca todas as expectativas normativas com ameaças de sanção, levando os destinatários das normas a considerações tão somente orientadas pelas consequências e é justamente dessa forma que os destinatários ficam livres do sobrepeço que lhes é imposto com o problema da decisão de conflitos de ação e com expectativas em relação à sua força de vontade.” BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 148.

pretensão acerca do seu bem da vida e do próprio Estado de Direito¹¹. Sob uma ótica moderna, o processo não se restringiria a ser instrumento daquele que tem uma pretensão, mas também do Estado que o utiliza com determinados escopos¹².

Assim, a função jurisdicional do Estado se estrutura sob a ideia de substituição das partes na tutela de direitos juridicamente relevantes, cuja defesa até então cabia aos próprios indivíduos, revelando-se o juiz como figura imparcial, sem interesse no litígio, que trata as partes com igualdade, de modo que sua decisão seja imperativa e imutável, proporcionando segurança às relações jurídicas e, conseqüentemente, pacificação social. A legitimidade da ordem emanada pelo Estado advém da crença de estar amparada em leis racionais e formalmente definidas.

Sob a promessa de o Estado resolver os conflitos e ofertar paz social, as pessoas abdicam de parcela de sua liberdade para que o Estado forneça uma tutela jurisdicional institucionalizada, que deve ser prestada a todos com qualidade, tempestividade e efetividade. Ocorre que há fatores limitadores ao pleno e efetivo acesso à justiça¹³ disponibilizado pelo Estado, cujos quais devem ser estudados pelos agentes estatais, a fim de aperfeiçoar o sistema democrático de justiça e dar efetividade aos direitos expressos pela ordem jurídica, sob pena de o processo se tornar instrumento improdutivo do Estado.¹⁴

Dentre as mais importantes investigações científicas sobre o acesso à justiça se encontra o Projeto de Florença, desenvolvido na Itália, na década de 1960 e 1970, como

¹¹ A ideia exposta neste trabalho é de que o processo não deve ser visto apenas como instrumento técnico em sua pureza na busca pelo bem da vida, sem atender a determinados objetivos do Estado de Direito, expressos na Constituição. É impossível fazer um processo civil separado de valores e objetivos constitucionais, embora, em determinados momentos, perceba-se que a técnica processual é fomentada para fins que interessam tão somente a determinadas classes, tal qual a prevalência no ordenamento jurídico brasileiro da tutela individual de direitos sobre a tutela coletiva, assunto que será melhor discutido adiante.

¹² Tal tema será abordado com maior profundidade no capítulo seguinte, ao tratar das fases metodológicas da ciência processual civil.

¹³ Cumpre saber que este trabalho se utiliza da terminologia acesso à justiça sob uma ótica abrangente, que vai além do acesso ao Poder Judiciário. Aproxima-se da ideia de acesso à ordem jurídica justa, na linha das lições de Kazuo Watanabe, de que “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128. grifo do autor.

¹⁴ “É evidente que o sistema judicial não pode resolver todos os problemas causados pelas múltiplas injustiças sociais. Mas tem que assumir a sua quota-parte de responsabilidade na resolução. O sistema judicial está hoje, colocado perante um dilema. Se não assumir a sua quota-parte de responsabilidade, continuará a ser independente de um ponto de vista corporativo, mas será cada vez mais irrelevante tanto social como politicamente. Deixará de ter aliados na sociedade e isolar-se-á cada vez mais. Se, pelo contrário, assumir a sua quota de responsabilidade, politizar-se-á e, com isso, aumentará o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder. Verdadeiramente, a um sistema judicial democrático não resta outra alternativa senão a segunda. Tem que perder o isolamento, tem que se articular com outras organizações e instituições da sociedade que o possam ajudar a assumir a sua relevância política.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 40.

pioneiro na investigação do conteúdo e abrangência do acesso à justiça, momento em que se reuniram estudiosos de diversos ramos das ciências sociais (juristas, sociólogos, economistas, cientistas políticos, antropólogos e psicólogos), a fim de coletar dados de diversos sistemas jurídicos para subsidiar a pesquisa.

Tal programa caminhou sob o comando de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, originando diversas obras e um relatório geral, que posteriormente deu origem ao livro *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective: a general report* no ano de 1978, traduzido para o Brasil, tão somente no ano de 1988, sob o título “Acesso à Justiça”¹⁵, o que representou um significativo marco para o estudo e discussão do acesso à justiça no país, embora o tema e sua problemática já tivessem dado alguns passos no Brasil.

O Projeto de Florença situou-se no pós Segunda Guerra Mundial, momento em que os Estados passavam por transformações econômicas, sociais e culturais, que, logicamente, impactaram no acesso à justiça. Participaram do projeto países de todos os continentes, dentre eles, alguns países latino-americanos (Chile, Colômbia, México e Uruguai), relatando a experiência de seus sistemas no campo do acesso à justiça, cumprindo ressaltar a ausência do Brasil no projeto.¹⁶

A obra representou um marco teórico processualista, na qualidade de pesquisa empírica sociológica acerca de sujeitos e fatores até então não analisados pela ciência jurídica. Suplantou a ideia de um estudo jurídico, pois envolveu variáveis e estudiosos atinentes a diversas outras áreas. Assim, embora tenha sido um movimento iniciado sob uma metodologia processual aberta a matizes sociológicas, o resultado final ultrapassou o âmbito dogmático e fez um diagnóstico envolvendo a efetividade dos direitos, especialmente os sociais.¹⁷

Com a divulgação do relatório geral do projeto no aludido livro, o movimento de acesso à justiça se disseminou e ganhou visibilidade, reforçando a ideia de um processo comprometido com a tutela jurisdicional efetiva dos direitos de todos os cidadãos. Neste sentido, a conjuntura do movimento buscou descobrir a essência e desdobramentos da expressão acesso à justiça.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

¹⁶ JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. p. 390.

¹⁷ PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: projeto florença e banco mundial*. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. p. 32.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo. Nossa tarefa, neste Relatório, será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade.¹⁸

Apreende-se disso que o projeto tinha como objeto principal de estudo o acesso efetivo ao direito e à justiça, uma vez que o Estado é o detentor da função de prestar a tutela jurisdicional, embora, em decorrência das discussões ali iniciadas se tenha caminhado no sentido de acesso à ordem jurídica justa, que ultrapassa a esfera do Poder Judiciário. Ressalte-se que neste primeiro capítulo o acesso à justiça efetiva será analisado sob uma ótica mais abrangente, ligada aos objetivos democráticos do Estado de Direito. Embora nos capítulos posteriores a pesquisa se direcione aos mecanismos jurídicos processuais e ao processo coletivo, tais temas estarão intimamente ligados aos assuntos aqui tratados.

1.2 OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA: DA JURISDIÇÃO CLÁSSICA A REALIDADE JURÍDICA BRASILEIRA

Descobrir quais são os obstáculos do acesso à justiça tem grande relevância para a evolução da sistemática processual civil, uma vez que possibilita ao operador do direito visualizar o processo dentro de uma realidade social e não somente enquanto instrumento formal de garantia de direitos. Busca-se identificar os motivos impeditivos a resolução dos conflitos de maneira ágil, justa e efetiva, tal qual incumbe ao Estado-juiz.

Arraiga-se neste movimento a vertente da instrumentalidade substancial da tutela de direitos, em que se busca dar efetividade aos direitos individuais e sociais, sem que o processo esteja vinculado e estrito apenas a seus procedimentos descompassados ao meio em que se insere.¹⁹ É visualizar o direito para além do positivismo jurídico, pois alguns obstáculos não

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 8. grifo dos autores.

¹⁹ “Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio-jurídica.” WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. p. 20.

se referem diretamente à estrutura do Poder Judiciário ou de seus mecanismos propriamente ditos, mas a um problema social, que envolve a educação, a saúde, a habitação, a desigualdade social, dentre outros fatores que direta ou indiretamente podem afetar a prestação jurisdicional ou a efetividade de uma decisão judicial.

O movimento de acesso à justiça, embora seja objeto de estudo do jurista, deve dialogar com a economia, com a sociologia e outras ciências sociais, a fim de ter uma nova formatação do acesso ao direito, em busca da efetividade de direitos fundamentais tão caros a um Estado de Direito. O direito deve ser visto sob uma perspectiva articulada com tais ciências, de modo a acompanhar o desenvolvimento de valores sociais, incorporar padrões de conduta de uma sociedade civilizada, bem como funcionar como promotor de transformação social.

Assim, sem deixar de lado a sua normatividade, exposta em seus enunciados abstratos, é necessária uma nova perspectiva dialógica entre as condições institucionais e organizacionais da sociedade e da ciência jurídica, em um movimento de ir e vir do direito para a realidade social, em uma troca profícua, originadora de novas perspectivas teóricas e práticas à ciência do direito, que ultrapasse o mero estudo das leis e seus efeitos.²⁰ Neste sentido, o estudo do acesso à justiça “equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica.”²¹ Acesso à justiça é, sobretudo, o estudo acerca da efetividade de direitos.²²

Sob este panorama, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, diante da jurisdição civil clássica, apontam três grandes grupos de obstáculos ao acesso à justiça: 1) obstáculos de ordem econômica; 2) obstáculos relativos à desigualdade entre as partes; e 3) obstáculos

²⁰ “Da *lei* vem defeitos como a extrema burocracia dos serviços judiciários e pequena abrangência dos julgamentos, com causas que se repetem às centenas e congestionam os juízos e tribunais (p. ex., os inúmeros lesados que vieram isoladamente buscar a liberação dos cruzados retidos pelo *Plano Collor*). Da *realidade econômica* vem a insuficiência de recursos das pessoas carentes para custear o litígio sem prejuízo da subsistência, associada à precariedade dos serviços de assistência judiciária. Da *realidade cultural* da nação vem a desinformação e, o que é pior, a descrença nos serviços judiciários. Da *estrutura política do Estado* vêm dificuldades como a que se apoia no mito da discricionariedade administrativa e exagerada impermeabilidade dos atos administrativos à censura judiciária (esse fator de resistência, felizmente, vai sendo atenuado na jurisprudência mais recente).” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 116. grifos do autor.

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. p. 125.

²² “Se é certo que um Estado democrático, para além da proclamação de direitos, deve garanti-los, a efetividade do acesso à justiça é um requisito fundamental para a sua concretização. O reconhecimento dos obstáculos a serem transpostos para um direito de acesso à justiça efetivo é, portanto, a condição primeira de uma ordem jurídica igualitária.” LAURIS, Élida. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 87, p. 121-142, dez. 2009. p. 127.

processuais, especialmente aqueles referentes aos direitos coletivos *lato sensu*.²³ Cumpre saber que tais obstáculos se interpenetram e subdividem-se em diversos vértices, sendo tal classificação utilizada apenas para melhor compreensão e visualização do problema.²⁴

Destarte, estes obstáculos serão delineados junto à realidade brasileira nos tópicos seguintes e no decorrer deste trabalho, de modo que possa haver uma compreensão contemporânea do problema, bem como identificar alguns avanços no tratamento destas barreiras.

1.2.1 Obstáculos de ordem econômica

O primeiro grupo de obstáculos apontado por Garth e Cappelletti se refere às limitações de ordem econômica, no que tange à ausência de correlação entre a estrutura judiciária colocada a disposição do jurisdicionado e as possibilidades financeiras dele em utilizar as estruturais formais do Estado-juiz. Tal preocupação alude ao alto custo para demandar e ser demandado no Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas, o que envolve as despesas judiciais em torno de um processo judicial, a natureza da causa a ser decidida em juízo e o tempo de espera para uma solução judicial.

O Estado ao trazer para si a função de resolver conflitos em substituição à atividade das partes, em conjunto, trouxe à responsabilidade de oferecer a estrutura necessária para a defesa de interesses juridicamente relevantes. Ocorre que, para criar e manter tal estrutura há um custo. Custo este, ligado a todos os outros direitos fundamentais cunhados por este Estado, uma vez que o acesso à justiça pode ser considerado dentre os mais importantes direitos, por ser garantia de tutela dos demais direitos instituídos pelo ordenamento jurídico.²⁵

Neste sentido leciona Boaventura de Sousa Santos:

²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 15-29.

²⁴ Boaventura de Sousa Santos ao fazer uma análise sociológica da Administração da Justiça aponta três tipos de obstáculos ao acesso efetivo à justiça, seriam eles: econômicos, sociais e culturais. SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. p. 126. Por outro lado, o ministro Herman Benjamin, ao tratar dos fatores impeditivos ao acesso à justiça em matéria ambiental e do consumidor, sob a ótica dos direitos coletivos *lato sensu*, aponta dois fatores principais como impeditivos do acesso à justiça: barreiras objetivas, também chamadas de práticas ou econômicas; e barreiras subjetivas, denominadas de psicológicas ou culturais. BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. p. 11. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 27 jul. 2017. Estes obstáculos apontados serão abordados junto à classificação utilizada por Garth e Cappelletti, uma vez que se trata do estudo mais tradicional sobre o tema e, de certa forma, abarca o conteúdo dos demais.

²⁵ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014. p. 57.

“[...] a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores. Daí a constatação de que a organização da justiça civil e em particular a tramitação processual não podiam ser reduzidas à sua dimensão técnica, socialmente neutra, como era comum serem concebidas pela teoria processualista, devendo investigar-se as funções sociais por elas desempenhadas e em particular o modo como as opções técnicas no seu seio veiculavam opções a favor ou contra interesses sociais divergentes ou mesmo antagônicos.²⁶

Por consequência, o Estado possui altos custos para manter o Poder Judiciário, o que envolve o gasto com recursos humanos (magistrados, servidores, inativos, estagiários e terceirizados), as despesas de capital (aquisição de imóveis, equipamentos, realizações de obras e expansão da estrutura disponível), dentre outras despesas correntes. Ocorre que tais dispêndios estatais não exoneram o jurisdicionado dos gastos com as despesas judiciais – que abrangem as custas para a realização dos atos processuais, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária da testemunha (art. 84, CPC/15) –, os honorários advocatícios para postular em juízo, incluindo eventual sucumbência devida ao advogado vencedor (art. 85, CPC/15), além dos danos causados pela demora na prestação jurisdicional, a exemplo da desvalorização da moeda e a perda do poder aquisitivo do objeto do processo.

De acordo com Garth e Cappelletti, as pequenas causas levadas às instâncias formais de resolução de litígios são ainda mais prejudicadas pela barreira dos custos do processo, uma vez que podem exceder ao valor pleiteado ou tornar o bem da vida insignificante, ante o custo processual para o reconhecimento do direito.²⁷ Neste mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos aponta que nas sociedades capitalistas em geral os custos para litigar em juízo possuem uma relação com o valor da causa levada a juízo, sendo que o custo do processo aumenta à medida que o valor do bem pleiteado diminui.²⁸

De acordo com o Relatório da Justiça em Números de 2017²⁹, tomando como base o ano de 2016, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça e divulgado em setembro de 2017,

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. p. 125.

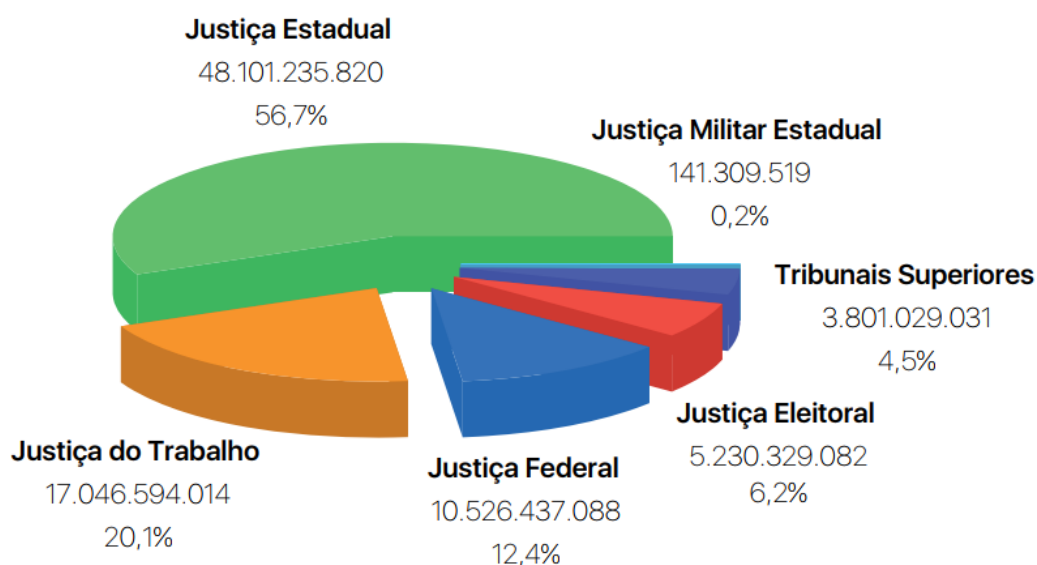
²⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 19.

²⁸ SANTOS, op. cit. p. 127.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 51. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

as despesas totais do Poder Judiciário brasileiro somaram R\$ 84,8 bilhões, com um crescimento de 0,4% em relação ao ano de 2015 e uma média de 3,9% ao ano desde 2011. Estas despesas totais do Poder Judiciário representam 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, com um custo de serviço da Justiça por habitante de R\$ 411,73, que embora seja ligeiramente inferior ao do último ano, representa uma grande quantia de dinheiro, principalmente diante da crise econômica pelo qual o país passa.³⁰

GRÁFICO 1 – Despesa total por ramo de Justiça



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 53. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

Por outro lado, cumpre salientar que apesar da expressiva despesa do Poder Judiciário brasileiro, os cofres públicos receberam R\$ 39,04 bilhões em 2016, decorrentes da atividade jurisdicional (custas, fase de execução, emolumentos, eventuais taxas, receitas decorrentes do imposto *causa mortis* nos inventários, execuções fiscais, previdenciárias e de penalidades impostas pelos órgãos de fiscalização das relações do trabalho e receita de imposto de renda), o que corresponde a um retorno de 46% das despesas efetuadas.³¹

³⁰ Diante deste cenário, Eduardo Cambi diz que “Aumentar os gastos com o sistema judiciário para dar conta da enorme quantidade de processos não é, pois, a melhor estratégia, pois os recursos públicos devem ser priorizados na efetivação de política públicas indispensáveis à proteção dos direitos fundamentais sociais.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 624-634.

³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 53-54. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

Mesmo assim, tais números, provavelmente, tornam o Brasil com o orçamento mais alto por habitante dentre os países do hemisfério ocidental. Luciano Da Ros afirma que “tal despesa é, com efeito, diversas vezes superior à de outros países em diferentes níveis de desenvolvimento, seja em valores proporcionais à renda média, seja em valores absolutos per capita.”³²

A parcela mais pobre da população é a que mais sofre com as consequências destas despesas processuais elevadas e, por consequência, possuem menos acesso à justiça. Seus interesses que porventura venham a ser objeto de controvérsia judicial, em geral, envolvem pequenas quantias de dinheiro, que se revelam supérfluas diante dos altos custos processuais, porém, são de grande estima para uma população fragilizada economicamente.

Diante de tal cenário, visualiza-se, ainda, um terceiro fator econômico a atentar contra o acesso à justiça, revelada pelo tempo de espera necessário por uma solução judicial. A demora na prestação jurisdicional pode ser dividida em dois elementos econômicos prejudiciais ao acesso à justiça: a) o aumento dos custos para as partes, seja quanto aos aspectos relacionados ao processo em si, a exemplo das despesas na contratação de um advogado, seja quanto aos danos decorrentes da ausência da tutela do bem da vida pleiteado em tempo hábil; e, ao mesmo tempo, b) estimula a parte mais frágil economicamente a abandonar a causa ou sequer postulá-la em juízo, bem como aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles que teriam efetivamente direito.

A consideração de tal obstáculo deu origem a Reforma do Poder Judiciário exposta na Emenda Constitucional 45, de 2004, especialmente ao que se refere ao direito à razoável duração do processo judicial e administrativo, inserta no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

Não obstante tal direito tenha previsão constitucional, o Relatório da Justiça em Números de 2017³³, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, a despeito das grandes variáveis a serem consideradas, tal qual a espécie do procedimento a ser adotado, o Tribunal em que tramita o processo e as partes presentes nos polos processuais, aponta que o tempo médio de processos não baixados (em tramitação) é maior que o tempo necessário para a baixa (fim do processo), com poucos casos de inversão de tal resultado. Em especial, as maiores faixas de tempo de processo pendente estão na fase de execução da Justiça Estadual

³² DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *Newsletter*. Observatório de elites políticas e sociais do Brasil. NUSP/UFPR, v.2, n. 9, jul. 2015. p. 4.

³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 128. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

(7 anos e 5 meses) e da Justiça Federal (7 anos e 6 meses). Tal dado, revela que as medidas até então adotadas para efetivação do direito à razoável duração do processo não foram conclusivas.

Em 2016, o Poder Judiciário finalizou o ano com 79,7 milhões de processos em tramitação (pendentes de julgamento), sendo que 13,1 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório. Ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões de processos, sendo que o índice de atendimento à demanda (IAD), que mede a capacidade do Poder Judiciário de julgar o volume de processos, é de 100,3%, o que significa um índice de atendimento de processos praticamente equivalente ao número de casos novos, embora haja um crescimento do estoque do Poder Judiciário de 2,7 milhões de processos em relação ao ano anterior, em razão do retorno do andamento de processos já baixados, dentre outros fatores do cálculo. Este número segue em crescimento desde o ano de 2009, com um acréscimo acumulado de 18,9 milhões de processos.³⁴

Em consideração ao acesso à justiça e à razoável duração do processo, alçados à condição de garantias fundamentais previstas constitucionalmente, o Ato n. 379 do presidente do Senado Federal, de 30 de setembro de 2009, instituiu a Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil.³⁵ Oriundo de tal trabalho adveio o novo Código de Processo Civil, lei 13.105, de 16 de março de 2015, com o objetivo de trazer melhorias a prestação jurisdicional e efetivar tais direitos.

Assim, diversas alterações foram salutares para o progresso na prestação jurisdicional, especialmente no que se refere a razoável duração do processo, quando individualmente consideradas, a exemplo da concentração de todas as respostas do réu na contestação, incluindo os antigos incidentes processuais e a reconvenção (arts. 336, 337 e 343, do CPC/15); a possibilidade de formação de negócios jurídicos processuais pelas partes (art. 190, do CPC/15); novas disposições sobre a tutela provisória (arts. 294 a 311, CPC/15); a convenção sobre o ônus da prova (art. 373, § 3º, CPC/15); o calendário processual (art. 191, CPC/15); dentre outra inovações que buscavam potencializar a prestação jurisdicional de maneira célere.

³⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 65. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

³⁵ Idem. Senado Federal. *Ato do presidente nº 379, de 2009*. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%C2%BA%20379.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

Ocorre que, na contramão de tais melhorias, o CPC/15 também inovou em manifesto desserviço à razoável duração do processo ao modificar a forma de contagem dos prazos processuais, notadamente por meio do artigo 219 do CPC/15, ao estipular que na contagem dos prazos processuais em dias, computar-se-ão apenas os dias úteis, com manifesta influência do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo que no CPC/73 a contagem ocorria em dias corridos. Tal inovação aumenta em muito o tempo de processamento de uma demanda judicial, embora tenha o mérito de reconhecer aos advogados o direito de descanso nos finais de semana.

Por conseguinte, tendo em vista a unidade destas modificações referentes aos prazos do Código de Processo Civil de 2015, não houve avanços na perspectiva da razoável duração do processo. Ao mesmo tempo em que os prazos passaram a ser contados em dias úteis, o legislador buscou uniformizar os prazos processuais, a exemplo dos prazos recursais, que a exceção dos embargos de declaração são de quinze dias, sendo que alguns eram menores no Código anterior, a exemplo do prazo do agravo de instrumento que era de 10 dias (art. 522, CPC/73) e passou a ser de 15 dias (art. 1.003, § 5º, CPC/15). Além disso, o tempo para a prática de diversos atos processuais foi aumentado, a exemplo do prazo para o juiz proferir sentenças, que era de 10 dias (art. 189, II, CPC/73) e passou para 30 dias (art. 226, III, CPC/15), dentre outras modificações dos prazos processuais, que somadas representam significativo impacto na duração do processo.

1.2.2 Obstáculos relativos à desigualdade das partes

A desigualdade existente entre as pessoas ocupantes de polos opostos na relação jurídica processual é outro obstáculo ao acesso à justiça, também denominada por Garth e Cappelletti de “possibilidade das partes”, uma vez que haveria vantagens inerentes a determinados litigantes, em detrimento da parte contrária. Tal óbice ao acesso à justiça se refere aos recursos financeiros das partes, a serem considerados na proposição e defesa das demandas, bem como na aptidão em reconhecer seus direitos e pleiteá-los em juízo, além do fator ligado a frequência de participação dos litigantes no Poder Judiciário, podendo classificá-los em litigantes eventuais e litigantes habituais.

Embora o art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988 estabeleça que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção, sob a diretriz de que as normas não podem ser fonte de perseguições ou privilégios a determinadas pessoas, mas instrumento regulador da vida social, com a necessidade de tratar todos os cidadãos equitativamente, a realidade

socioeconômica das partes pode afetar a afirmação de direitos fundamentais e desnivelar os indivíduos perante a norma posta.³⁶

Aqueles que possuem maior poderio econômico, em geral, possuem instrumentos a seu favor para conseguir vantagens diante da igualdade meramente formal, a ponto desta diferença fática se tornar um obstáculo ao acesso à justiça e ofensa à isonomia. Isto é, haveria fatores sociais, econômicos e culturais influenciando o acesso à justiça efetiva por parte de determinada parcela da população.

Neste sentido, Boaventura de Sousa Santos aponta que cidadãos com menos recursos financeiros tendem a não conhecer ou conhecer pior os seus direitos e, portanto, ter mais dificuldade em conhecer as nuances de um problema jurídico, seja quando tenham um direito violado, seja quando estejam violando um direito.³⁷

Sob este contexto, a depender do período histórico a ser considerado, especialmente sob os auspícios do liberalismo econômico, a liberdade ofertada aos negócios contratuais, na prática, podem revelar um exercício abusivo do poderio negocial, submetendo os demais contratantes a situações desvantajosas e desiguais, cujos reflexos originam posições jurídicas de vantagem processual.

Nada impede que cláusulas manifestamente abusivas e do conhecimento do proponente sejam postas em contratos de adesão, uma vez que, a depender das condições sociais, econômicas e culturais do contratante, parcela mínima de tais violações será levada ao Poder Judiciário. Assim, grandes empresas podem incluir ao custo do produto ou serviço repassado ao contratante as despesas necessárias para litigar em juízo, pagar eventuais indenizações, além de suportar a demora da prestação jurisdicional e, ainda, auferir lucro à custa da parte mais frágil.³⁸

A partir de então, a aludida aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação judicial, pode funcionar como fator interveniente ao acesso à justiça, sob o enfoque das diferenças de educação, meio e status social das partes em conflito. Além de sua dificuldade em reconhecer um problema jurídico:

³⁶ “Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinar diversas para situações equivalentes.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 10.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. p. 127.

³⁸ Tanto é que os bancos (38%) e companhias de telefonia (6%) estão entre os 100 maiores litigantes por setor, em âmbito nacional, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, disponibilizada no ano de 2011. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. p. 14. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contatar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais.³⁹

Num primeiro momento pode parecer que a barreira de acesso à justiça se refira tão somente ao acesso ao Poder Judiciário, porém, as possibilidades de interferência social na desigualdade entre as partes também alude ao conhecimento por parcela da população do uso de mecanismos alternativos de resolução de conflitos⁴⁰, tal qual o esclarecimento necessário sobre as atribuições do PROCON (Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor) e DECON (Delegacia do Consumidor), dentre outras organizações formais de solução de litígios.

Tal barreira, muitas vezes, decorre da ausência de informação fácil e acessível acerca de seus direitos, em face da ausência de atitudes ativas do Estado na exposição de direitos, que ultrapasse uma mera postura passiva, a exemplo da obrigatoriedade de os estabelecimentos comerciais disponibilizarem um Código de Defesa do Consumidor ao público⁴¹, não obstante poucas pessoas o utilizem ou saibam pleitear seus direitos ali previstos.

Somado a isso, determinado grupos de pessoas, representados pelos enfermos, idosos, crianças, deficientes, dentre outros, na posição de consumidores, por exemplo, podem apresentar uma hipervulnerabilidade, em razão da sua situação fática e de suas características pessoais potencialmente mais frágeis, o que acarreta no agravamento de sua vulnerabilidade, potencializando a disparidade entre as partes e as lesões a seus interesses.⁴² Ocasão de tal conjectura pode ser observada quanto ao direito dos idosos consumidores à gratuidade no transporte coletivo interestadual (art. 40 do Estatuto do Idoso), que ao pleitearem seu direito de vaga reservada gratuita em ônibus perante as agências de transporte, ao receberem a

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. p. 128.

⁴⁰ “Modos de buscar a pacificação entre as partes diversos do recurso a jurisdição estatal. Há meios alternativos consensuais, como a conciliação e a mediação, e um meio alternativo de heterocomposição, que é a arbitragem. Os meios alternativos de solução de conflitos só se aplicam em casos de direitos ou interesses disponíveis.” DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 247. grifos dos autores.

⁴¹ A lei 12.291, de 20 de julho de 2010, obriga os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços a manterem, em local visível e de fácil acesso, um exemplar do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de multa. Por outro lado, não impõe nenhuma medida ativa para superar a necessidade de conhecimento dos direitos e dos mecanismos para seu exercício.

⁴² SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 217-218.

negativa de atendimento, não sabem o que fazer diante de tal situação, nem quais procedimentos adotar. Trata-se do que Boaventura de Sousa Santos denomina de “procura suprimida”, que “é a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados.”⁴³ Geralmente, diante desta situação, acabam pagando e aceitando os termos da empresa.

Isto também se relaciona com a disposição psicológica destas pessoas em recorrerem a processos judiciais, pois desconsideram a possibilidade de enfrentar uma demanda judicial ou irem ao encontro de mecanismos extrajudiciais de acesso à justiça, em razão de terem que enfrentar ambientes intimidadores para aqueles que não estão acostumados com tal atmosfera, a exemplo das delegacias e dos tribunais, bem como a forma de atendimento de tais lugares, feita por servidores, juízes e estagiários. Ante a formalidade exigida em tais espaços, como a disposição organizacional, os procedimentos utilizados, as vestes e a linguagem rebuscada e incompreensível, revela-se um cenário hostil àquele que almeja acesso à justiça e já se encontra vulnerável em seu status social.

Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias, etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada. Para reconhecer a sua presença, precisamos daquilo que noutros trabalhos tenho designado por uma sociologia das ausências. A procura suprimida é uma área da sociologia das ausências, isto é, é uma ausência que é socialmente produzida, algo activamente construído como não existente. A procura de direitos da grande maioria dos cidadãos das classes populares é *procura suprimida*. É essa procura que está hoje, em discussão. E se ela for considerada, vai levar a uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico no seu todo, tão grande que fará sentido falar da revolução democrática da justiça.⁴⁴

Enquanto isso haveria um grupo de litigantes, representado pelo próprio Estado e por grandes empresas, que possuem uma maior frequência de participação no sistema judicial, a ponto de se tornarem litigantes habituais. Tal grupo pode ser identificado por meio de uma pesquisa disponibilizada pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2011, que aponta o setor público (federal, estadual e municipal), os bancos e as empresas telefonia como representantes de 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 38.

⁴⁴ SANTOS, loc. cit. grifo do autor.

processos, 51% têm como parte algum ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e tão somente 5% de outras empresas.⁴⁵

Por outro lado, litigantes eventuais são aqueles que, ao longo de sua vida, têm contatos casuais com o sistema judiciário, eventualmente numa demanda consumerista, um divórcio ou um inventário, sem que tal ambiente adentre a sua rotina, a ponto de desmistificar o acesso à justiça e visualizar melhor os caminhos de sua utilização.⁴⁶ Aliás, um importante movimento de extrajudicialização de conflitos tem tomado força no Brasil, retirando ainda mais a participação desses litigantes eventuais junto ao Poder Judiciário, com procedimentos como o divórcio, o inventário e a usucapião, podendo ser realizados extrajudicialmente.

Desta forma, haveria vantagens aos litigantes habituais, que os tornam mais eficientes na utilização dos mecanismos que envolvem o acesso à justiça, a saber:

- a) maior experiência com o Direito, que lhes possibilita melhor planejamento de cada litígio e do conjunto de litígios em que eles estão ou estarão envolvidos;
- b) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos (o que significa que, para cada um deles, ser-lhe-á menos oneroso atuar em Juízo; por exemplo, em se tratando das mesmas lesões eventualmente cometidas contra um número expressivo de empregados, suas defesas e seus meios de prova serão sempre iguais, padronizados ou ao menos semelhantes);
- c) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora (que, embora não sejam capazes de influenciar o conteúdo de suas decisões imparciais, não deixam de constituir uma vantagem adicional, ao menos para lhe permitir saber qual a melhor maneira de se conduzir ao longo dos feitos e de se argumentar da forma mais persuasiva possível, em função de seu conhecimento das posições de cada julgador, já manifestadas em casos similares);
- d) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos (o que por sua vez vai diminuir o peso de cada derrota, que será eventualmente compensado por algumas vitórias);
- e) ele pode testar estratégias diferentes com determinados casos (de natureza material ou processual), de modo a criar precedentes favoráveis em pelo menos alguns deles e a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.⁴⁷

Aliás, dados estatísticos atuais demonstram como os obstáculos da desigualdade social, econômica e cultural entre as partes podem afetar o acesso à justiça, o que pode ser

⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. p. 15. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

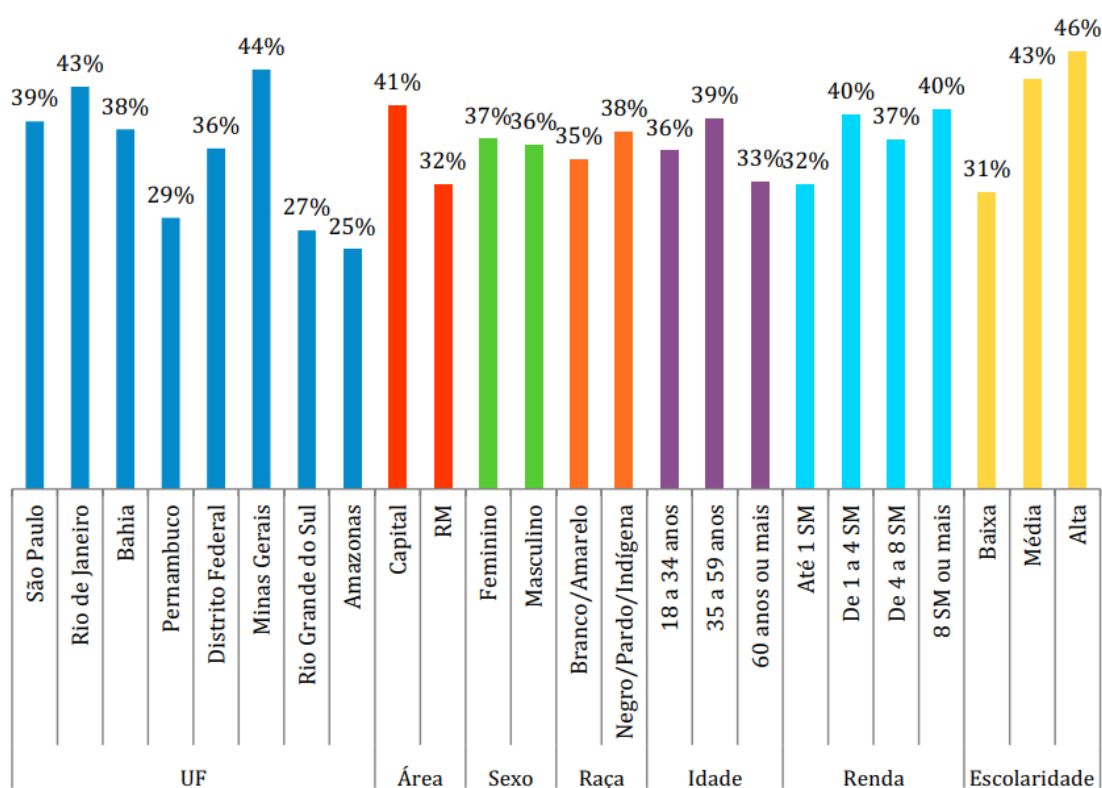
⁴⁶ “Resulta desse quadro um grave desequilíbrio, caracterizado pela distinção entre, de um lado, os que litigam em demasia, os que conhecem quais são seus direitos e sabem como demandá-los e, por outro, os que sequer conhecem e não reclamam seus direitos. O ingresso no Poder Judiciário contribuiria, dessa forma – por contraditório que possa parecer –, para acentuar as distâncias de natureza social e econômica, atuando como mais um elemento dentre os propulsores da situação qualificada como de desigualdades cumulativas.” SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014. p. 60.

⁴⁷ PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 29-50, jan./jun. 2007. p. 41.

percebido pela pesquisa realizada pelo projeto denominado de Índice de Confiança na Justiça no Brasil – ICJBrasil, elaborado pela Fundação Getúlio Vargas, que busca retratar sistematicamente a confiança da população no Poder Judiciário.

O gráfico abaixo busca demonstrar o perfil dos entrevistados que declararam já ter entrado com algum processo na Justiça (pessoalmente ou alguém residente em seu domicílio), dividindo os entrevistados em algumas categorias (área, sexo, raça, idade, renda e escolaridade).

GRÁFICO 2 - Perfil dos entrevistados que declararam já ter entrado com algum processo ou ação na justiça (pessoalmente ou alguém residente em seu domicílio)



Fonte: FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. *Relatório ICJ Brasil*: 1º semestre de 2016. Coleções de Direito SP. p. 17. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/17204>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

Neste ponto, cumpre destacar os aspectos relacionados à renda e à escolaridade, a fim de confirmar as lições de Boaventura de Sousa Santos, Cappelletti e Garth, perante a realidade brasileira contemporânea, uma vez que quanto menor a renda e a escolaridade dos cidadãos, menos essas pessoas terão acesso à justiça. Apenas 32% das pessoas com renda de até um salário mínimo e 31% daqueles com escolaridade baixa, já tinham entrado com um processo judicial. Por outro lado, 40% daqueles que tinham renda de oito salários mínimos ou mais e 46% daqueles que possuíam escolaridade alta já ingressaram com um processo, ao

menos uma vez. Isto demonstra que alguns obstáculos identificados pelo Projeto de Florença na década de 1960 e 1970 ainda persistem, o que desponta a relevância do tema.

Levando em consideração a vulnerabilidade processual decorrente da suscetibilidade do litigante que o impede de praticar determinados atos processuais, em razão de uma limitação pessoal involuntária, que pode se referir a fatores de saúde, de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisória⁴⁸, o Código de Processo Civil de 2015 determina ao juiz o controle das convenções processuais acerca da mudança no procedimento nos casos em que alguma das partes se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (art. 190, parágrafo único, CPC/15), dentre outras medidas reflexamente relacionadas, o que demonstra o aumento da preocupação do legislador com a desigualdade entre as partes e a necessidade de garantia da isonomia material entre elas.

1.2.3 Obstáculos processuais e os direitos coletivos *lato sensu*

O terceiro obstáculo ao acesso à justiça se refere ao procedimento adotado pela sistemática processual civil então vigente. Ao se criar um sistema processual há a intenção teórica de prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva a todos, ocorre que, em razão de uma eventual disfunção prática de algum instituto ou sua ausência, seus mecanismos podem funcionar como uma barreira à prestação jurisdicional. Determinado instituto quando isoladamente considerado pode se mostrar eficiente, porém, diante dos outros obstáculos apresentados anteriormente, dos demais institutos e da estruturação do ordenamento jurídico, pode não funcionar a contento.

Tal barreira pode ter diversas origens, desde a ausência de maturação de um mecanismo processual por seus operadores à importação de um instituto do direito estrangeiro sem sua adequação ao novo sistema. Nem sempre os institutos que se adéquam muito bem à realidade jurídica de outros países e sistemas, quando importados a outro cenário jurídico, funcionarão com a mesma eficiência.⁴⁹

⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *Defensoria Pública*. Coleção Repercussões do novo CPC. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 284.

⁴⁹ “Um aspecto igualmente óbvio – bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado - é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploriamente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada com “sucesso”, uma instituição pode, de fato, operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso. Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação.” CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 162.

É da essência do próprio Direito ser uma ciência em constante mutação, com avanços e recuos, em termos de efetividade e adequação social, econômica e cultural do país em que se insere tal sistemática processual civil. O progresso social, econômico e cultural de determinados países podem chegar anos ou até décadas mais tarde em outros. Não necessariamente os direitos terão a mesma sequência de surgimento, a exemplo da conquista inicial dos direitos civis e políticos pela Inglaterra e, tão somente depois, os sociais, sendo que no Brasil houve, inicialmente, uma maior ênfase nos direitos sociais.⁵⁰ Tal sequência de conquistas surtem reflexos nos instrumentos processuais à disposição do jurisdicionado a sua época, cuja reminiscência, inevitavelmente, afeta toda a estrutura processual até os dias de hoje.

Desta forma, alguns institutos processuais se incorporam ao sistema e outros são retirados ao longo dos anos, em razão de já ter sido identificado como um obstáculo processual a ser vencido. Diante da nova realidade processual civil vigente, expressa pelo Código de Processo Civil de 2015, algumas inovações importam menção, a exemplo da obrigatoriedade de audiência de conciliação e mediação antes da apresentação de defesa; as novas disposições acerca da tutela provisória; a possibilidade de o juiz redistribuir o ônus da prova; a busca por um sistema de precedente judicial estável, íntegro e coerente; a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos, dentre outras. Por outro lado, alguns mecanismos muito utilizados outrora foram extraídos do sistema, tal qual o processo cautelar e o procedimento sumário. Tais institutos foram vistos como um obstáculo processual e, na tentativa de melhoria da prestação jurisdicional, foram extirpados do sistema ou remodelados em outros institutos.

Neste ponto, cumpre ressaltar a preocupação de Cappelletti e Garth⁵¹ com os direitos e interesses coletivos *lato sensu*⁵², especialmente abordados neste trabalho, pois, diante da sistemática processual civil clássica, existe a dificuldade em reunir um número suficiente de pessoas dispostas a enfrentar os obstáculos mencionados em busca da tutela de um bem geral e não tradicional, somado aos problemas inerentes a legitimidade e a coisa julgada coletiva, dentre outras especificidades vindouras ao processo coletivo.

⁵⁰ CARVALHO, José de Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 11.

⁵¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 26-28.

⁵² Cumpre saber que a época do Projeto de Florença o termo “direitos difusos” era a terminologia utilizada para se referir aos direitos coletivos *lato sensu*, de modo que também incluía os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos no aludido termo.

Seria mais fácil para parcela da população enfrentar tais desigualdades em busca de um direito individual e que poderia gerar ganhos relevantes e palpáveis ao final do processo, a procurar o Estado-juiz, em busca de um direito ao meio ambiente saudável ou discutir a respeito de uma taxa de centavos cobrada indevidamente por uma companhia telefônica, principalmente se envolver reiteradas idas e vindas a tais órgãos, a necessidade de reunião de provas e a participação de audiências em tais ambientes, pois se tratam de direitos antieconômicos, quando individualmente considerados. “Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso.”⁵³

O que os aludidos autores buscam demonstrar como obstáculo processual a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, insere-se na realidade da década de 1970 e 1980, em que tais direitos não possuíam instrumentos processuais hábeis para sua tutela diante da crise do Estado Social.⁵⁴ Neste sentido, busca-se refletir acerca da instrumentalidade do processo e da efetividade da tutela jurisdicional coletiva na tutela de direitos.

Sob esta perspectiva, a proteção de direitos coletivos *lato sensu* geralmente fica a cargo do próprio Estado, por meio de suas instituições, a exemplo do Ministério Público, dos órgãos públicos e da Defensoria Pública. Ocorre que, em havendo falha do Estado na proteção de tais direitos, caso não haja a possibilidade de sua proteção por organizações privadas, tais direitos ficam desamparados. Assim, pode-se dizer que a dificuldade em proteger os direitos coletivos vem por parte do próprio Estado, por não tutelar adequadamente tais direitos ou não oferecer mecanismos adequados para sua tutela. Isto pode ser visualizado pela inexistência de um Código de Processo Coletivo no Brasil ou a ausência de previsão da tutela jurisdicional coletiva em um livro especial no novo Código de Processo Civil, com previsão, ao menos, de um procedimento geral coletivo aplicável a todas as ações coletivas.

Em suma, os sistemas processuais civis, em especial o brasileiro, possuem algumas barreiras ao acesso à justiça, sobretudo no que tange as pequenas causas, pleiteadas por autores individuais de uma classe menos favorecida, em razão dos custos inerentes ao acesso à ordem jurídica justa, em consideração a realidade social, econômica e cultural do país. Por outro lado, haveria vantagens na utilização do acesso à justiça aos litigantes organizacionais,

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 27.

⁵⁴ “Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre a informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde.” JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. p. 390.

que teriam espaços para obter seus próprios interesses, principalmente diante da ineficiência do Estado na tutela coletiva de direitos.

1.3 ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA SOB A ÓTICA JURÍDICA BRASILEIRA

A menção as ondas renovatórias de acesso à justiça do Projeto de Florença é uma metáfora adotada pelos pesquisadores, a fim de conformar o desenvolvimento do movimento de acesso à justiça, embora haja dissonância histórica e sequencial de como estas conquistas se implementaram em cada país. No Brasil, por exemplo, que sequer participou diretamente do projeto, é possível identificar tais modificações na sistemática jurídica, tal qual se objetiva demonstrar adiante, com a ressalva de que estas ondas podem, por vezes, entrar em conflito e, até mesmo, contradizer umas às outras.

Garth e Cappelletti mencionam a existência de três ondas renovatórias de acesso à justiça voltadas à superação das barreiras identificadas anteriormente. A primeira onda se refere à assistência jurídica a parcela da população mais necessitada, em especial aos mais pobres; a segunda onda se refere ao atendimento dos direitos coletivos *lato sensu*, no que tange a sua representação enquanto coletividade; a terceira se refere a um novo enfoque do acesso à justiça, voltado a métodos alternativos aos procedimentos tradicionais de resolução de conflitos até então adotados. Por conseguinte, surge uma quarta onda renovatória, exposta por Kim Economides, que enfoca a dimensão ética e o acesso às carreiras jurídicas.

1.3.1 Primeira onda renovatória: assistência jurídica aos necessitados

A primeira onda renovatória de acesso à justiça se concentrou na superação de parte dos obstáculos de ordem econômica, especialmente nos custos a serem gastos com advogados para postular em juízo. A parcela mais pobre da população, em razão da sua carência de recursos financeiros, não pleiteava seus direitos ou eram obrigados a aceitar acordos irrisórios, em virtude de sua posição de desvantagem perante a parte contrária. Desta forma, dentre as primeiras soluções adotadas pelos Estados foi o fornecimento de assistência jurídica⁵⁵ gratuita a esta parcela da população.

⁵⁵ A terminologia utilizada na obra “Acesso à Justiça” de Garth e Cappelletti foi “assistência judicial”, porém, como será melhor analisado neste tópico, entende-se que o correto seria falar em assistência jurídica gratuita, por se tratar de uma expressão mais abrangente e adequada a ideia de acesso à ordem jurídica justa.

Embora tivessem surgidos novos direitos decorrentes do Estado Social, eles só eram pleiteados por advogados particulares, o que restringia sua garantia apenas àqueles que possuíam recursos financeiros para arcar com tais custos. Assim, inicialmente, o Estado passou a custear advogados particulares para aqueles que não possuíam condições. “Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados. Um movimento foi desencadeado e continuou a crescer e, como veremos, excedeu até mesmo as categorias da reforma da assistência judiciária.”⁵⁶

Alguns sistemas se destacaram, a exemplo do “Sistema *Judicare*”, em que os advogados particulares eram pagos pelo Estado, com a finalidade de proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam caso possuíssem condições financeiras de pagar um advogado. Tal sistema foi importante na superação da barreira econômica do custo do processo, inclusive aumentando o número de pessoas que tiveram acesso à justiça. No entanto, limitou-se à superação da barreira econômica, uma vez que a desigualdade entre as partes permanecia, pois não havia divulgação de seus direitos, nem a consideração das pessoas enquanto grupo, restringindo-se as demandas a processos individuais.

Outro sistema foi o “advogado remunerado pelos cofres públicos”, em que o serviço jurídico seria prestado por escritórios da vizinhança, localizados nas comunidades mais pobres, responsáveis por promover os interesses dessa parcela da população individualmente e na qualidade de classe, com o objetivo de conscientizar as pessoas sobre seus novos direitos e em utilizar advogados para garanti-los. Porém, havia a dificuldade em manter advogados em número suficiente para atendimento de toda a demanda, o que, na prática, acarretava na negligência de determinadas causas.

Diante de tais sistemas, até mesmo de suas mesclas, pôde-se observar que havia muito a se melhorar nos sistemas de assistência judiciária, de modo que tais experiências foram primordiais na superação das barreiras de acesso à justiça. No entanto, a assistência judiciária não pode ser o único enfoque na busca pelo acesso à justiça efetiva, pois seria necessário um grande número de advogados para que tal sistema fosse eficiente. Não obstante haja número de advogados suficientes, eles devem ser remunerados adequadamente, a fim de não desempenharem suas atribuições em níveis de dedicação, a depender do que lhes fossem mais vantajoso e não do que fosse mais vantajoso aos indivíduos. Ademais, ainda que os

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 35.

advogados particulares pleiteiem alguns direitos da população na condição de grupo, os interesses difusos restariam sem amparo.⁵⁷

O direito de acesso à justiça concretiza-se na Constituição da República de 1988, sob duas concepções, a primeira consiste na faceta formal de reconhecimento do direito de buscar o Poder Judiciário para apreciar uma lesão ou ameaça a um direito (art. 5º, XXXV, CRFB/88), conhecido como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.⁵⁸ A segunda faceta é a material, que, dentre seus fatores, encontra o reconhecimento da assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXVI, CRFB/88) e a estruturação da Defensoria Pública como instituição permanente, dentre outras atribuições a de defesa de direitos individuais e coletivos aos necessitados (art. 134, CRFB/88).

O Brasil adotou um modelo público de assistência jurídica, ofertada pela Defensoria Pública, tanto em âmbito federal, quanto estadual, constituindo-se em instituição central de acesso à ordem jurídica justa aos necessitados, enquanto responsável pela orientação jurídica, a promoção de direitos humanos e a defesa judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, a tal parcela da população (art. 134, CRFB/88). No entanto, tal modelo não é autossuficiente e convive com outras entidades que prestam assistência jurídica gratuita, a exemplo dos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito, convênios com a Ordem dos Advogados do Brasil e com outras organizações sociais. Tanto é que o artigo 186, § 3º do CPC/15 estende a prerrogativa de prazo em dobro, originariamente concedida a Defensoria Pública, para a algumas dessas entidades.

Boaventura de Sousa Santos elogia tal modelo de assistência jurídica gratuita e o destaca como parte do processo de democratização de uma sociedade ao apontar suas vantagens potenciais:

[...] universalização do acesso através da assistência prestada por profissionais formados e recrutados especialmente para esse fim; assistência jurídica especializada para a defesa de interesses colectivos e difusos; diversificação do atendimento e da

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 47-49.

⁵⁸ “Para satisfatório cumprimento dessas promessas, também na Constituição reside uma série de garantias, que ingressam no sistema como *promessas instrumentais*. Trata-se de garantias do contraditório, da ampla defesa, motivação das decisões judiciais, juiz natural *etc.* – todas destinadas a dar efetividade à *promessa-síntese*, que é a de acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV) e àquelas outras que lhe estão ao redor (*promessas complementares*). Toda a tutela constitucional do processo converge ao aprimoramento do sistema processual como meio capaz de oferecer decisões justas e efetivas a quem tenha necessidade delas. Fala-se em devido processo legal (*due process of law*) para designar o conjunto de garantias destinadas a produzir um processo equo, cujo resultado prático realize a justiça.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 113. grifos do autor.

consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, através da conciliação e da resolução extrajudicial de conflitos e, ainda, actuação na educação para os direitos.⁵⁹

A fim de fortalecer a instituição e o seu papel dentro de um Estado de Democrático de Direito, algumas modificações foram feitas, em especial algumas Emendas Constitucionais e alterações legislativas: a) EC 45/2004, que deu autonomia institucional (funcional, administrativa e financeira) às Defensorias Públicas estaduais; b) EC 74/13, que estendeu tal autonomia à Defensoria Pública da União e à Defensoria do Distrito Federal; c) a EC 80/14, que ficou conhecida como “PEC Defensoria para Todos”, pois buscou universalizar o acesso à justiça e criar um novo perfil constitucional da Defensoria Pública, ao determinar no artigo 98, § 1º, do ADCT que no prazo de oito anos existam defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais do país. Além disso, inseriu a Defensoria Pública em sessão exclusiva no rol de Funções Essenciais à Justiça, ampliou o conceito e missão da Defensoria Pública, constitucionalizando o exercício da tutela coletiva, até então contestado, em razão de sua previsão unicamente infraconstitucional na lei 11.448/2007, bem como estendeu a aplicação de parte do regramento jurídico do Poder Judiciário à Defensoria Pública.

Tal ordem de modificações legislativas busca resolver alguns problemas de funcionamento do modelo de assistência jurídica adotado pelo Brasil, pois a Defensoria Pública possui deficiências estruturais, organizacionais e funcionais, variáveis de Estado para Estado, em razão de algumas Defensorias se encontrarem em estágio inicial de formação, a exemplo da Defensoria Pública do Estado do Paraná, que atende apenas 4% das unidades jurisdicionais existentes, sendo que a média nacional, que já é baixa, atende 13% das unidades jurisdicionais.⁶⁰

Por outro lado, chama atenção o estudo desenvolvido na tese de doutorado de Élide Lauris, orientada por Boaventura de Sousa Santos, ao verificar que no Estado de São Paulo, que adota um modelo público de assistência jurídica combinado com um modelo privado, 75% dos recursos gastos com assistência jurídica são destinados ao pagamento de advogados dativos, sendo os gastos com Defensores Públicos menos oneroso ao Estado. A constatação de que o modelo público puro é mais barato ao Estado, ao mesmo tempo em que aponta o

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 53.

⁶⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. p. 61. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

rumo a ser trilhado, cria uma tensão de forças entre classes, em razão da influência da Ordem dos Advogados do Brasil na política brasileira, que não tem interesse neste modelo.⁶¹

Em resumo, a primeira onda renovatória de acesso à justiça se dedicou a prestação de assistência jurídica aos pobres e necessitados, ancorada em sua hipossuficiência, com o intuito de promover maior igualdade material às sociedades democráticas contemporâneas e integrar as pessoas que viviam e ainda vivem à margem do sistema, sem atendimento jurídico às suas necessidades e problemas emergentes, independentemente de suas condições econômicas e financeiras. Embora tais esforços ao acesso à justiça representem a primeira onda, a melhoria nas estruturas de assistência jurídica deve ser constante, com o objetivo de não mais existir pessoas marginalizadas e alheias à ordem jurídica justa, a fim de que o acesso ao direito desempenhe importante papel no processo democratizador. No entanto, tal qual disposto inicialmente, os sistemas de “assistência judiciária” enfatizavam o litígio individual, sem a devida atenção aos direitos coletivos *lato sensu*, o que deu causa a segunda onda renovatória de acesso à justiça.

1.3.2 Segunda onda renovatória: tutela jurisdicional coletiva

A segunda onda renovatória de acesso à justiça se concentrou no problema da marginalização do atendimento aos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que com o desenvolvimento da sociedade, a crescente industrialização e a conseqüente globalização da sociedade contemporânea surgiram às demandas coletivas, especialmente as de massa. Contudo, até então, os mecanismos processuais eram destinados à resolução de litígios interindividuais.

Ao mesmo tempo em que houve a criação e afirmação de direitos individuais e sociais decorrentes do Estado Social, fundamentais no plano do direito material, o ordenamento jurídico processual não dispunha de estrutura e mecanismos suscetíveis de tutela destes novos direitos e destas novas formas de lesão, compostas de idênticas situações fáticas e jurídicas, o que exige uma estrutura processual “molecular” do litígio, diversa da então estrutura processual “atomista”, que preza apenas pela utilização da técnica da fragmentação dos conflitos.⁶²

⁶¹ LAURIS, Élide. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 87, p. 121-142, dez. 2009. p. 133.

⁶² WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 15.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.⁶³

Desse modo, havia a necessidade de adequar as técnicas processuais clássicas a exigência dos novos direitos, emergindo a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de acesso à justiça e efetividade de direitos, o que requeria uma mudança organizacional do sistema judiciário. Para tanto, ocorreu uma revolução da sistemática processual civil até então vigente, especialmente quanto aos institutos da legitimidade, a fim de permitir que indivíduos ou grupos de indivíduos representem os direitos coletivos *lato sensu*⁶⁴ em juízo; e da coisa julgada, com o intuito de a decisão judicial vincular todos os membros do grupo, mesmo que não tenham tido a oportunidade de serem ouvidos no processo.⁶⁵

No que tange a legitimidade representativa dos direitos coletivos *lato sensu*, inicialmente, tal legitimação era concedida a um órgão governamental, tal qual o Ministério Público ou outra instituição análoga, a depender do sistema jurídico adotado pelo país. Ocorre que, muitas vezes tais instituições não eram tão independentes do Estado quanto deveriam, ficando vulneráveis a pressão política das entidades governamentais, ou não possuíam estrutura suficiente para a defesa de tais direitos, o que os deixava a mercê de defesa. Não obstante isso, havia uma relutância em conceder legitimidade ativa aos particulares ou grupos de indivíduos para a defesa desses interesses, sendo tal permissão uma grande conquista na tutela dos direitos coletivos.

No Brasil, a lei 4.717, de 29 de junho de 1965, conhecida como Lei de Ação Popular, viabilizou a tutela jurisdicional de natureza difusa, ao considerar como patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico (art. 1º, § 1º), protagonizando como instrumento da aludida onda renovatória de acesso à justiça. No entanto, tão somente com a lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e

⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 49-50.

⁶⁴ Cumpre mencionar que Garth e Cappelletti utilizam o termo “direitos difusos”, embora façam alusão a direitos e interesses coletivos ou grupais. Desta forma, prefere-se utilizar neste trabalho o termo “direitos coletivos *lato sensu*”, o que não impede outras terminologias, como direitos meta ou supraindividuais.

⁶⁵ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit. p. 50.

direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, que o Brasil intensificou o sistema na defesa de direitos coletivos *lato sensu*.⁶⁶

Essa Lei, conhecida como *Lei da Ação Civil Pública*, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.⁶⁷

Com o advento da Constituição da República de 1988 o espectro de abrangência das ações coletivas foi alargado material e processualmente. Novos direitos individuais e, especialmente, direitos de natureza transindividual foram amparados pela nova ordem constitucional, tal qual a defesa dos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII), direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e a garantia da probidade administrativa (art. 37, § 4º). Ademais, houve o alargamento do âmbito de incidência da ação popular sobre direitos coletivos, sobretudo no que tange à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); a concessão de legitimidade ao Ministério Público para promover o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, III); a possibilidade de impetração de mandado de segurança coletivo por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação (art. 5º, LXX); além da concessão de legitimidade as associações para representarem seus filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando autorizadas (art. 5º, XXI) e aos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III).

Em sequência, adveio o Código de Defesa do Consumidor, lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, com inovadoras disposições acerca da defesa coletiva de direitos em juízo (art. 81, parágrafo único); o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069, de 13 de julho de 1990, também com previsão da tutela judicial de direitos coletivos *lato sensu*; a Lei de

⁶⁶ Cumpre saber que “Ao contrário do que vinha acontecendo nos países centrais, no caso brasileiro não se tratava, pelo menos no início dos anos 80, de buscar procedimentos jurídicos mais simplificados e alternativas aos tribunais como meio de garantir o acesso à Justiça e de diminuir as pressões resultantes de uma explosão de direitos que ainda não havia acontecido. Ao contrário, tratava-se fundamentalmente de analisar como os novos movimentos sociais e suas demandas por direitos coletivos e difusos, que ganham impulso com as primeiras greves do final dos anos 70 e com o início da reorganização da sociedade civil que acompanha o processo de abertura política, lidam com um Poder Judiciário tradicionalmente estruturado para o processamento de direitos individuais.” JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996. p. 391.

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 36. grifo do autor.

Improbidade Administrativa, lei 8.429, de 2 de junho de 1992; o Estatuto da Cidade, lei 10.257, de 10 de julho de 2001; o Estatuto do Torcedor, lei 10.671, de 15 de maio de 2003; Estatuto do Idoso, lei 10.741, de 1º de outubro de 2003; e mais recentemente, a Lei do Mandado de Segurança individual e coletivo, lei 12.016, de 7 de agosto de 2009; e a Lei do Mandado de Injunção individual e coletivo, lei 13.300, de 23 de junho de 2016, dentre outras. Todas essas leis, diplomas e estatutos, formam o que se denomina de Microsistema Processual Coletivo brasileiro ou Microsistema de Ações Coletivas⁶⁸, um corpo de regras voltado para a tutela de direitos coletivos (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos).

Não obstante a existência de um subsistema específico de tutela jurisdicional coletiva no Brasil, formado pela união esparsa das aludidas legislações, a estrutura do ordenamento jurídico brasileiro ainda é estritamente individualista, o que prejudica o desenvolvimento da tutela jurisdicional coletiva.⁶⁹

Neste contexto, Hermes Zaneti Junior considera que dentro dessa nova visão constitucional de acesso à justiça, o processo civil deve conformar seus institutos processuais aos novos reclamos sociais, de modo que, de um processo individualista, passe-se a um processo coletivo de cunho social; de um processo privado de produção do material probatório, passe-se para um processo público, com maior ativismo judicial e escopo na efetividade do processo na tutela de direitos coletivos.⁷⁰

Desta maneira, atua a instrumentalidade do processo de interesse social como um paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo calcado o processo coletivo em fundamentos de matriz constitucional, corolário do devido processo legal, da celeridade e da economia processual, que devem estar atentos às novas espécies de litígios da sociedade contemporânea, sendo este o objeto de estudo do presente trabalho. Em síntese, a segunda onda renovatória se estruturou na criação de mecanismos adequados à defesa dos direitos coletivos *lato sensu*.

⁶⁸ No terceiro capítulo será melhor explicada a concepção de processo coletivo, dividida em microsistema de ações coletivas e microsistema de casos repetitivos.

⁶⁹ “Embora o reconhecimento acadêmico e jurisprudencial da existência desse *microsistema processual coletivo* tenha contribuído, profundamente, para a evolução da sociedade brasileira e para a tutela de um sem número de situações coletivas, fato é que a sua fragmentação (várias leis tratam de tema iguais ou semelhantes) tem dificultado, sobremaneira, a interpretação adequada de uma série de dispositivos que disciplinam as ações coletivas (alguns deles – reconheça-se, com sentido contraposto).” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 134.

⁷⁰ ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional*. 2005, 407. f. Tese. (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p. 371. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

1.3.3 Terceira onda renovatória: um novo enfoque de acesso à justiça

As duas ondas renovatórias retromencionadas, voltadas, sobretudo, a assistência jurídica gratuita aos necessitados e a tutela jurisdicional coletiva, resignificaram o conteúdo da expressão acesso à justiça. Os avanços na redução dos obstáculos de ordem econômica e da desigualdade entre as partes possibilitaram o acesso à justiça de pessoas até então marginalizadas ao sistema judiciário, com progresso na tutela de direitos individuais tradicionais, bem como na tutela de novos direitos do Estado Social, tanto a parcela mais pobre da população, quanto aos necessitados organizacionais.

Diante de tais emergências, progressos importantes se implementaram e devem ser exaltados, sem perder o horizonte que defina o inconformismo aos novos e velhos obstáculos ao acesso à justiça e a caminhada, por vezes, utópica em busca da melhoria na prestação jurisdicional. Neste contexto, surge a terceira onda renovatória de acesso à justiça, que suplanta a ideia de simples ingresso ao Poder Judiciário, pois se dedica a ideia de acesso à ordem jurídica justa, que não se limita a resolução de conflitos por mecanismos estatais, mas integra mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.⁷¹

Esta onda renovatória legitima uma mudança teórica⁷² sobre o objeto de estudo do acesso à justiça, com destaque para a busca de novos caminhos para a solução dos conflitos, seja na alteração da estrutura organizacional do Poder Judiciário, a exemplo da criação dos juizados especiais de pequenas causas, seja na adoção de métodos alternativos de resolução dos conflitos, também conhecidos como ADRs, *Alternative Dispute Resolution*, tal qual a

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 67-68. grifo dos autores.

⁷² “Esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.” Ibidem. p. 71. grifo dos autores.

criação dos Tribunais Multiportas⁷³, novas experiências da justiça itinerante, da justiça comunitária, da mediação, da conciliação judicial e extrajudicial e da justiça restaurativa.

Dentre as alternativas renovatórias de acesso à justiça experimentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se a criação dos juizados de pequenas causas pela lei 7.244, de 7 de novembro de 1984, posteriormente denominados de juizados especiais pela Constituição da República de 1988, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitida a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (art. 98, II). Em âmbito estadual esses órgãos do Poder Judiciário são regulados pela lei 9.099, de 26 de setembro de 1995; e, na esfera federal, pela lei 10.259, de 12 de julho de 2001; ademais, existe a previsão dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, disciplinados pela lei 12.153, de 22 de dezembro 2009.

1.3.4 Quarta onda renovatória: dimensão ética e o acesso às carreiras jurídicas

A quarta onda renovatória de acesso à justiça foi identificada por Kim Economides, um dos integrantes do Projeto de Florença de acesso à justiça, como o acesso dos operadores do direito à justiça, exposta no artigo ‘Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia’. Expõe as dimensões éticas e políticas da administração da justiça, especialmente no que tange a responsabilidade do operador do direito por aquilo que apreendeu no ensino jurídico pelo qual passou e ofertará à sociedade. Objetiva abrir novas perspectivas na definição da própria justiça substancial.

O autor redimensiona os estudos do acesso à justiça a dois problemas centrais ligados a oferta de justiça: “primeiro, o acesso dos cidadãos ao ensino do direito e ao ingresso nas profissões jurídicas; segundo, uma vez qualificados, o acesso dos operadores do direito à justiça.”⁷⁴ Ambos os problemas decorrem da pergunta: estariam os profissionais do direito preparados para fazer “justiça”? O primeiro tema se refere à educação jurídica fornecida pelas faculdades de direito, pois são elas a porta de entrada à carreira jurídica, de tal modo que

⁷³ Excelente obra para aprofundamento sobre o tema: GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. *Tribunais Multiportas*: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Curitiba: Juruá, 2014.

⁷⁴ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves. et al. (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 73.

representa uma importante dimensão na justiça a ser fornecida posteriormente aos cidadãos.⁷⁵ Por sua vez, o segundo tema busca conciliar a tensão entre qualidade da justiça e seu acesso, em estrita relação à ética legal.

Segundo Kim Economides:

Em muitas sociedades, parece haver um cinismo disseminado acerca da lei, dos advogados e da justiça, às vezes encorajado pelo que acontece dentro das faculdades de direito: a lei é percebida como fora de alcance (e, frequentemente, está mesmo); a justiça é uma utopia distante e, portanto, um ideal inatingível; e os advogados são objeto de humor cínico, em vez de merecerem a fé, a confiança e o respeito do público. A ética legal é vista como um paradoxo e a relação entre os advogados e a justiça é, quando muito, altamente problemática. Serão os advogados vistos em toda parte (no Brasil, inclusive?) como primordialmente motivados pela busca do lucro, e não pelo seu compromisso com a justiça e a prática ética? Caso positivo, será isto uma consequência da educação jurídica geralmente se concentrar em análises doutrinárias, em vez de contextuais, e endossar uma forte tradição positivista que separa rigidamente a lei da moral?⁷⁶

Essas perguntas geram outros questionamentos: estaria o ensino jurídico dedicado às disciplinas estritamente vinculadas à geração de renda do operador do direito? O ensino jurídico busca apenas a profissionalização da pessoa que entra em seu curso de formação? Haveria um menosprezo de disciplinas propedêuticas no estudo do direito, vinculadas aos direitos humanos e a formação cidadã dos operadores do direito, que devem ser éticos e conectados à realidade social, econômica e cultural pelo qual o país passa? Quais seriam as responsabilidades dos operadores do direito para os grupos socialmente excluídos?

Nesta quarta onda renovatória de acesso à justiça, o autor busca alterar o foco da “demanda” por justiça, para a “oferta” de justiça, isto é, a qualidade da justiça que os cidadãos aspiram. Assim, haveria uma responsabilidade dos cursos de direito em dar formação ao seu estudante de acordo às necessidades do público, que suplantam o conhecimento técnico e redimensionam o potencial transformador deste operador do direito em fornecer “justiça”.

⁷⁵ Sobre este tema, Boaventura de Sousa Santos aponta para a necessária revolução nas faculdades de direito. “O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimento que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram por criar uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. Enquanto locais de circulação dos postulados da dogmática jurídica, têm estado distantes das preocupações sociais e têm servido, em regra, para a formação de profissionais sem um maior comprometimento com os problemas sociais.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 106-107. Sobre o tema da reforma da universidade como um todo, a fim de suplantam a crise para com qual se defronta: Idem. A universidade do século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. *Revista Educação, Sociedade & Culturas*, n. 23, p. 137-202, 2005.

⁷⁶ ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves. et al. (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 74.

Haveria prevalência no ensino de determinadas matérias clássicas e geradoras de lucro, em detrimento de matérias mais sociais, humanas e menos lucrativas.⁷⁷ Ademais, os organismos profissionais, como a Ordem dos Advogados do Brasil, têm a responsabilidade de direcionar os serviços jurídicos para as contingências que não são cobertas pelo mercado profissional.

Exemplo disso se refere à própria tutela jurisdicional coletiva, que não é presença constante nos currículos das faculdades de direito, sendo os direitos coletivos ou direitos individuais, que podem ser coletivamente tratados, mal servidos pela profissão jurídica, com efeito na deficiência da estrutura do Poder Judiciário em atender tais demandas, que gerariam consequências significativas na sociedade como um todo. Ao mesmo tempo, o processo coletivo pode tirar milhares de ações individuais do Poder Judiciário, não sendo do interesse da Ordem dos Advogados do Brasil seu desenvolvimento.

1.4 CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E A MOROSIDADE PROCESSUAL

Como visto, o movimento de acesso à justiça buscou identificar os obstáculos a uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, a fim de aperfeiçoar a administração da justiça, expostas nas ondas renovatórias de acesso à justiça, não obstante existam outros obstáculos e outras reformas que não se incluem diretamente nas aludidas “ondas”. Diante do tratamento destas barreiras ao longo das últimas décadas, por meio das ondas renovatórias de acesso à justiça, cumpre analisar a situação atual do sistema judicial brasileiro.

Mesmo o Brasil não tendo participado diretamente do Projeto de Florença, também enfrentou e enfrenta graves problemas na democratização da justiça, a ponto de se identificar uma crise no sistema judicial. “À superfície, esta crise manifesta-se pela crescente incapacidade (em termos de falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais) do sistema judicial para responder ao aumento da procura dos seus serviços.”⁷⁸

Esses obstáculos ao acesso à ordem jurídica justa podem ser explicados por fatores ligados diretamente à administração da justiça e às causas sociais. No entanto, tais fatores sociais, a exemplo da desigualdade social, que envolve problemas referentes à diferença de

⁷⁷ “Os direitos relativos ao meio ambiente – ou “direitos metaindividuais” –, por exemplo, que transcendem os interesses de qualquer indivíduo em particular afetando todos os cidadãos, não são frequentemente bem representados, quer pelos provedores de serviços jurídicos, quer pelos grupos particulares de clientes que pretendem representar a classe mais ampla.” ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves. et al. (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 69.

⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 10, p. 9-40, dez. 1982. p. 9.

renda, educação, saúde, saneamento básico, transporte, moradia, dentre outros, que, embora sejam tão ou mais importantes que os problemas relacionados à prestação jurisdicional e a morosidade da justiça, suplantam o objeto de estudo deste trabalho. A crise aqui exposta e trabalhada tem como objeto de estudo os mecanismos do sistema judicial.

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da consequente afirmação de garantias e direitos fundamentais, dentre eles o acesso à justiça, a porta de entrada do Poder Judiciário foi dilatada dia após dia, sem que a porta de saída acompanhasse tal desenvolvimento. Ao final do ano 2016, o número de processos em tramitação na justiça brasileira (casos baixados e pendentes) atingiu a marca de 109,1 milhões, sendo 29,4 milhões de processo baixados e 79,7 milhões de processos pendentes de solução definitiva, com um aumento do estoque de processos de 2,7 milhões de processos em relação ao ano anterior.⁷⁹

Cildo Giolo Júnior, em obra específica sobre a morosidade da justiça, divide suas causas em mediatas, como o excesso de serviço devido à carência de pessoal e a carência de estruturas físicas e equipamentos; e imediatas, como o problema da independência da magistratura, existência de leis processuais confusas e impróprias, ausência de fomento dos juízes e ensino precário e a falta de preocupação do governo.⁸⁰

Boaventura de Sousa Santos, na década de 1980 já expunha uma crescente preocupação com a crise do Poder Judiciário, apontando para duas ordens de reformas qualitativas no sistema judicial.

O primeiro tipo propõe transformações profundas na concepção e gestão do sistema judicial, apetrechando-o com múltiplas e sofisticadas inovações técnicas que vão da automatização dos ficheiros e arquivos e do processamento automático dos dados ao uso generalizado da tecnologia do vídeo, às técnicas de planejamento e previsão de longo prazo e à elaboração de módulos e de cadeias de decisão que tornem possível a rotinização. [...] este primeiro tipo de reformas parece apontar para o que se pode designar por *administração tecnocrática da justiça*. O segundo tipo de reformas, muito distinto do anterior, caracteriza-se pela elaboração de alternativa ao modelo centralizado, formal e profissionalizado que tem dominado a administração da justiça, sobretudo nos últimos duzentos anos. Estas alternativas, várias e genericamente designadas por <informalização da justiça>, <deslegalização>, <justiça comunitária>, <resolução de conflitos> e <processamento de litígios>, consistem, em geral, na criação de processos, instâncias e instituições relativamente descentralizados, informais e desprofissionalizados que substituam ou

⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 51. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁸⁰ GIOLO JÚNIOR, Cildo. *Morosidade da justiça: a responsabilidade patrimonial do estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 166-176.

complementem, em áreas determinadas a administração tradicional da justiça e a tornem em geral, mais rápida, mais barata e mais acessível.⁸¹

Algumas dessas espécies de reformas já se implementaram no atual modelo de gestão da justiça brasileira, a exemplo da informatização do processo judicial, pela lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e a política de incentivo do Conselho Nacional de Justiça à virtualização dos processos judiciais, chegando a 70,1% dos novos processos a serem autuados eletronicamente em 2016, fenômeno em constante crescimento.⁸²

Conquanto haja consenso acerca da lentidão do Poder Judiciário, há diferentes diagnósticos sobre suas causas e ordem de reformas a serem adotadas. Mais recentemente, Maria Tereza Sadek, por exemplo, aponta de forma resumida o elenco dessas causas: “a legislação, o número de recursos, o formalismo, o tratamento dado às demandas individuais repetitivas, o número de juízes, a infraestrutura, o gerenciamento, o orçamento, a mentalidade de magistrados e dos demais operadores do direito.”⁸³

Dentre esses diagnósticos:

Muitos analistas sublinham que o acúmulo de processos nos tribunais e a conseqüente lentidão encontram suas principais raízes na baixa utilização de instrumentos de unificação de jurisprudência e na diminuta propensão de lidar com a litigância de massa. Trata-se, nessa interpretação, de acentuar uma irracionalidade no interior do sistema, uma vez que demandas idênticas são apreciadas como ações individuais e não como litígio de natureza coletiva. Esse procedimento leva ao aumento no número de demandas repetitivas, além de contribuir para a insegurança jurídica, com a distribuição dessas ações em diferentes varas, possibilitando distintos entendimentos na apreciação do mérito.⁸⁴

Esta cultura individualista do processo é proveniente do liberalismo, que têm seus reflexos em toda a estrutura do sistema processual civil brasileiro. Com isso, processos prolongam-se e eternizam demandas idênticas no Poder Judiciário, as quais poderiam ser coletivamente tratadas, de modo que os direitos pleiteados teriam maior efetividade. Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, houve uma constante afirmação dos direitos fundamentais e desenvolvimento pós-positivista do Direito, porém, o Poder Judiciário entrou

⁸¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 10, p. 9-40, dez. 1982. p. 10-11.

⁸² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. p. 181. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

⁸³ SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014. p. 61.

⁸⁴ SADEK, loc. cit.

em crise, pois, ao mesmo tempo em que houve a expansão da litigiosidade e a ampliação do acesso à justiça, não se conseguiu atender adequadamente essas demandas.

Assim, no Estado Social ou pós-social, em alusão à crise de efetividade dos direitos sociais, o centro decisório da conflituosidade foi deslocado para o Poder Judiciário, colocando-o em posição de destaque na realização dos direitos.⁸⁵ No entanto, tão importante quanto promover o acesso à justiça é melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, por meio da atenção às pretensões constitucionais de uma justiça célere, adequada, econômica e efetiva.

A realidade mostra que não é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus Juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional.⁸⁶

Haveria, então, uma explosão da litigiosidade, com as seguintes características:

- a. normalmente o excesso de litigiosidade tem múltiplas causas, por isso a complexidade na solução;
- b. ausência de dedicação para uma análise mais profunda do fenômeno, mantendo a investigação num patamar perfunctório, gerando ações meramente pontuais;
- c. é fomentado pela excessiva quantidade de normas, porém pouco efetivas e de baixa credibilidade social;
- d. ineficiência normativa na dissuasão e prevenção da formação do conflito;
- e. incapacidade e falta de incentivo social para resolução dos seus próprios conflitos;
- f. identificação do juiz como único detentor de autoridade para impor uma solução supostamente justa à controvérsia instalada;
- g. resistência cultural da sociedade (e dos operadores do Direito) ao uso de mecanismos diversos da jurisdição para a solução de conflitos;
- h. cultura demandista de algumas sociedades, em que os indivíduos atribuem ao Estado a responsabilidade pela solução dos seus conflitos;
- i. necessidade de detenção e manutenção do papel protagonista na promoção da paz social pelo Poder Judiciário através da resolução dos conflitos.⁸⁷

O acesso à ordem jurídica justa representa e afeta o desenvolvimento econômico e social de um país, pela sua capacidade de se apresentar enquanto instância legítima de resolução de conflitos, repassando segurança ao meio que se insere. Dentre as alterações legislativas para melhoria do sistema judicial, a Emenda Constitucional 45 de 2004 criou o Conselho Nacional de Justiça, com a competência de controle da atuação do Judiciário.

⁸⁵ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 165.

⁸⁶ DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 153, p. 259-270, jul./set. 1983. p. 269.

⁸⁷ PAUMGARTTEN, op. cit. p. 167.

Dentre suas ações, com o objetivo de divulgar estatísticas judiciárias oficiais, criou o “Relatório Justiça em Números”, divulgado anualmente, com base na análise de dados do ano anterior, já em sua décima terceira edição.

O relatório apresenta os dados informativos judiciais, detalhando, por especialização dos órgãos do Judiciário, dados relativos ao número e à localização das varas, juizados especiais, auditorias militares e zonas eleitorais. Informa, ainda, a política nacional de atenção prioritária ao primeiro grau de jurisdição, apresentando quadro comparativo entre os dados relativos ao primeiro e ao segundo graus de jurisdição; evolução da implantação de processos judiciais eletrônicos; consequência da finalização ou pendência de processos de execução na litigiosidade, dentre outros esclarecimentos.⁸⁸

Tal publicação cumpre o princípio constitucional da publicidade, conferindo transparência e segurança à atuação do Poder Judiciário, o que permite ao operador do direito trabalhar com tais dados, a fim de melhorar a administração da justiça.

Dentre alguns dados já mencionados ao longo do texto se destaca o número de quase 80 milhões de processos pendentes de julgamento, para uma população em torno de 208 milhões⁸⁹, o que significa um processo judicial para menos de três pessoas. Somente no ano de 2016, ingressaram no Judiciário 29,4 milhões de processo. Há uma taxa de congestionamento (indicador que mede o percentual de casos pendentes de julgamento) de 73%, isto é, apenas 27% de todos os processos foram solucionados durante o ano de 2016.⁹⁰ O Judiciário deveria ficar um período de três anos sem receber nenhum processo judicial para que pudesse, teoricamente, solucionar todos os processos pendentes de julgamento.

É indispensável pensar em estratégias de prevenção e redução de litígios ante a ineficiência do sistema judicial para resolver todos os conflitos. É claro, não existe nenhuma fórmula mágica e universal que resolva todos os problemas, por isso, este trabalho direcionou-se ao estudo das técnicas de tutela coletiva, especialmente para a resolução dos casos repetitivos⁹¹, uma vez que há a necessidade de adequação do sistema processual vigente as

⁸⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. 12. ed. Brasília: CNJ, 2016. p. 5. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁸⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população do Brasil e das unidades da federação*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

⁹⁰ BRASIL, op. cit. p. 180.

⁹¹ “Dentre as técnicas que devem merecer tratamento prioritário estão as voltadas à tutela coletiva, à vinculação dos precedentes, as que possibilitam a resolução dos litígios sem a atuação do Poder Judiciário e a resolução de demandas repetitivas.” CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 627.

novas espécies de conflitos, revelando-se o processo coletivo em importante mecanismo para melhor gestão da justiça brasileira.

Isto não inibe a combinação de estratégias e táticas para buscar uma maior efetividade na resolução da crise do Poder Judiciário. A demora na prestação jurisdicional envolve múltiplos fatores, sendo o formalismo exacerbado e a sistemática individualista do processo civil brasileiro apenas um deles. Ademais, não se objetiva pregar pela rapidez acima de tudo⁹², pois o processo deve estar intimamente ligado às garantias do devido processo legal, imprescindíveis a existência e manutenção de um Estado de Direito.

⁹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001. p. 229.

CAPÍTULO 2 – DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

Eis aí, pois, o processo coletivo. Não se trata, certamente, de produto acabado. Ao contrário, como resultado do pensamento humano, moldado num cenário social de interesses que tracionam em múltiplos sentidos, o processo coletivo, como ocorre, aliás, como todo o fenômeno jurídico, é obra em permanente estado de criação e evolução, a exigir dos juristas um continuado esforço para o seu aperfeiçoamento.

Teori Albino Zavascki

O presente capítulo tem por objetivo expor a sistematicidade do direito processual civil diante dos conflitos de interesses que se põem ao âmbito do direito, especialmente diante da realidade social que se altera com o desenvolvimento da sociedade e das relações que se renovam entre os indivíduos. Assim, neste espaço, serão analisadas as técnicas processuais adotadas pela ciência processual, sobretudo no que tange ao processo coletivo, com o objetivo de dar efetividade aos novos direitos da sociedade contemporânea que desembocam na litigância de massa, de forma que se faz necessário adaptar o processo, em atenção à garantia do acesso à ordem jurídica justa, isonômica e juridicamente segura, corolários do devido processo legal.

2.1 BASES METODOLÓGICAS DA SISTEMÁTICA PROCESSUAL CIVIL

O direito processual civil possui uma classificação metodológica exposta em sua evolução científica dividida em três fases: a fase imanentista, a fase autonomista e a fase instrumental. Cada um desses momentos pelo qual passou processualística representa a compreensão do processo diante do contexto da sociedade e da própria evolução do direito enquanto ciência.

Na primeira fase, denominada de fase imanentista, o processo era visto como um mero capítulo do direito privado, sem autonomia diante do direito material. Sequer podia, neste momento, falar-se em direito processual, pois se tratava o processo de uma mera sequência de atos e formalidades (procedimento) com a função de proteger o direito subjetivo da parte, o direito material. “Essa primeira fase é qualificada como *sincrética* porque, sem a consciência da autonomia do direito processual, os institutos processuais e o processo mesmo eram tratados no mesmo plano dos institutos de direito material, como se dele fizessem

parte.”⁹³ Assim, inicialmente, o processo civil foi forjado e estruturado para exercer a tutela jurisdicional de interesses exclusivamente individuais, pelo fato de estar intimamente ligado ao direito material da época, então voltado às relações intersubjetivas.

A superação desta concepção de processo como mera sequência de atos destinados à garantia de um direito subjetivo teve início com a obra “Teoria das Exceções Processuais” de Oskar Von Bülow⁹⁴ de 1868, em que o autor sistematizou a formação de uma relação jurídica processual entre autor, juiz e réu, que se distingue da relação jurídico-material litigiosa. Nesta fase, denominada de autonomista ou conceitual, o direito processual passou a ser considerado como ramo autônomo da ciência do direito, separado do direito material, originando os conceitos iniciais sobre os fenômenos do processo e seu objeto: a jurisdição, a ação, a defesa e o processo.⁹⁵

A partir de então o direito processual adquiriu autonomia científica⁹⁶, desvinculada do conceito de ação imanente ao direito material, além da superação da concepção do processo como mero procedimento. Sob esta nova perspectiva inaugurada pelo aludido autor, era imperiosa a análise dos pressupostos processuais fundamentais à existência de um processo.⁹⁷

⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18. grifo dos autores.

⁹⁴ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

⁹⁵ DINAMARCO; LOPES, op. cit. p. 18-19.

⁹⁶ “O velho processo do praxismo, desqualificado e menor (este, sim, meramente instrumental) revestiu-se, a partir do século XIX, do caráter de ciência jurídica, mediante o trabalho dos que lhe teorizaram a dogmática conceitual, avançando, no século XX, até ser visto como integrando a substância mesma do jurídico, falando-se hoje, inclusive, em um status civilis processualis, dimensão nova acrescida à cidadania em sua compreensão anterior. Se na concepção pré-moderna foi admissível atribuir-se-lhe o caráter de mero instrumento, porquanto se afirmava preexistente e predominante o direito material, identificado como direito natural divino, a crise experimentada por essa compreensão, na modernidade, determinaria, necessariamente, um novo modo de pensar o processo. Com a transição para o direito natural racional, produzido pelos homens, mas sob o império das leis da razão (o conteúdo normativo da razão prática kantiana) se foi descartado o direito natural divino, subsistiu a convicção antiga, representada pela crença num direito prévio a ser apenas explicitado pelos homens em termos de racionalidade. Deixou de ser visto o processo como um mero instrumento, impotente para interferir na substância mesma do direito, isto porque ele próprio, processo, enquanto direito, devia submeter-se, tanto quanto o direito material, às leis da razão (o direito natural racional). Daí haver a doutrina acentuado sua interconexão substancial com o direito material, de que passou a ser uma extensão, vale dizer, tão submetido, quanto ele, às leis da razão, sem o que se desqualificaria enquanto direito, interferindo, ainda, e negativamente, na racionalidade inerente àquele.” PASSOS, José Joaquim Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001. p. 59.

⁹⁷ “Sob essa perspectiva, os pressupostos processuais ganharam importância na medida em que se declarava a necessidade de se diferenciar a relação jurídica processual da relação jurídica material. Nesse sentido é que Bülow afirmava que a relação jurídica processual tinha requisitos próprios para seu nascimento. E tais requisitos nada mais eram do que os pressupostos processuais. Uma vez que Bülow, como forma de reação à concepção vigente anteriormente à sua, conceituava o processo tão somente como relação jurídica processual, abandonando a noção de procedimento, a ausência de um pressuposto processual implicava inexistência do próprio processo.” BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 214, p. 79-119, dez. 2012. p. 80.

Ocorre que, com o desenvolvimento da fase autonomista houve uma completa desvinculação entre o direito material e o processo, sob a concepção de que o processo seria mero instrumento de realização do direito subjetivo, sem nenhum escopo metajurídico para além de sua formalidade e processualística. O processo se tornou um fim em si mesmo. Não havia interesse na melhor resolução da controvérsia, mas, sim, na técnica a ser empregada, distante dos interesses dos jurisdicionados e da própria necessidade de o Estado estar à frente da atribuição de resolver os conflitos por meio da jurisdição. Resquícios dessa fase podem ser encontrados até hoje nas discussões jurídicas.

O ápice dessa tendência foi alcançado quando, enfim, ocorreu a completa independência e desvinculação entre direito e processo, o que se deu de forma tão excessiva que o direito material não mais se importou com as possibilidades que o processo podia propiciar à sua efetiva realização. Da mesma forma, o processo, por sua vez, isolou-se por completo e veio a perder o contato com as múltiplas realidades que se manifestam empiricamente no mundo das coisas, deixando de conhecer e compreender as necessidades vívidas de que careciam o direito material e, conseqüentemente, tornando-se ineficaz de dar-lhe qualquer garantia de satisfação.⁹⁸

Por conseguinte, o foco da ciência processual se voltou apenas à concepção dos seus métodos, institutos e novos conceitos, deixando o processo, em razão disso, de ser efetivo, por estar afastado da realidade política e social em que se inseria.⁹⁹ Não obstante o direito processual tenha contornos próprios, o processo igualmente possui em seu âmago a funcionalidade instrumental de aplicação do direito material e servir da melhor maneira à solução do conflito de interesse que se põe. Com efeito, era preciso adaptar as regras processuais a essa realidade, sem deixar de lado os avanços da técnica processual.

Diante deste novo cenário, os juristas lançaram as bases de uma nova fase do direito processual, denominada de fase instrumentalista, na busca de um processo civil de resultados, em que a tutela jurisdicional a ser fornecida deveria ser célere, efetiva e justa, além de cumprir escopos que ultrapassem a contenda entre as partes. “O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e

⁹⁸ MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52.

⁹⁹ “Nessa medida, o processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo no plano do ordenamento material e da pacificação. A preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não se pode transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 24-25.

políticos.”¹⁰⁰ Objetiva-se, aqui, estabelecer técnicas adequadas e efetivas na administração da justiça e na prestação jurisdicional pelo Estado. São expoentes desta nova fase metodológica do direito processual, os estudiosos italianos Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, além dos juristas brasileiros, José Carlos Barbosa Moreira e Cândido Rangel Dinamarco.

Dessa maneira, a noção moderna do direito processual se direciona a efetividade do processo¹⁰¹, mediante a conformação da instrumentalidade ao seu objeto, com um método adequado passível de conferir tutela jurisdicional às situações jurídicas amparadas pelo direito material, seja ele individual ou coletivo. Reconhece-se a autonomia do direito processual, todavia, não pode ser encarado enquanto ciência isolada, desvirtuada dos seus escopos e da garantia do direito substancial. O processo, sobretudo, deve ser útil e dar efetividade ao direito subjetivo pleiteado.

Neste sentido, segundo Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *A Instrumentalidade do Processo*, “é vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é *instrumento*, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego”¹⁰², uma vez que todo instrumento deve ser preordenado a um objetivo, o que inclui os propósitos norteadores da sua utilização.

Sob esta concepção se estrutura o título e o conteúdo deste trabalho, em que o processo coletivo é utilizado como instrumento na realização de objetivos que ultrapassam o estritamente jurídico de tutela do direito subjetivo na resolução do que denominamos de crise do Poder Judiciário. O processo coletivo, além de “dar a cada um o que é seu”, possui escopos sociais e políticos, que revelam importante papel no acesso à ordem jurídica justa, dentre eles, a pacificação social de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça; a educação das pessoas sobre os direitos alheios e seus próprios direitos, o que revela, em última análise, o próprio exercício de cidadania; à estabilidade das instituições políticas e o fortalecimento da autoridade do Estado, com a diminuição da transgressão da lei por grandes empresas e pela própria administração pública, que desembocam em demandas de massa; a efetivação do princípio da isonomia entre as partes, mediante a diminuição da desigualdade encontrada entre os litigantes habituais e os litigantes eventuais; e promover economia processual, em razão da necessidade de um único processo surtir efeitos sobre inúmeros interessados.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 9.

¹⁰¹ “A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade para a *efetividade do processo*, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o *processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 319. grifos do autor.

¹⁰² *Ibidem*. p. 177. grifo do autor.

Esta nova visão e consciência dos escopos do processo acrescenta segurança às relações da sociedade moderna, uma vez que diminui a insatisfação social e aumenta a confiança na Justiça, pois os indivíduos sabem que podem estabelecer negócios entre si e, caso seja necessário, o Estado possuirá aparato necessário para lhe fornecer uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva, não apenas quanto a seu direito individual, mas também quanto ao seu direito enquanto coletividade. Não será apenas mais um, dentre tantos que tiveram seu direito violado, independentemente da intensidade da violação ou valor econômico do seu direito, visto que o ordenamento jurídico possuirá mecanismos para além de reparar tal conduta, coibir sua reiteração.

Dentro desta famigerada busca por efetividade que percorre o operador da ciência processual, encontra-se a crise do Poder Judiciário nos seus mais diversos vértices, que neste trabalho é tratada e melhor visualizada em sua técnica sistemática de aplicação, a fim de por a vista e dar destaque ao processo coletivo, como forma de enxergar a prestação jurisdicional sob uma ótica que suplanta a ideia individualista de processo. É buscar efetividade na prestação jurisdicional de demandas repetitivas (objeto) que se avolumam na sociedade de massa, uma vez que o direito processual deve estar intimamente conectado com o direito subjetivo a ser garantido, seja ele de natureza individual ou social, além de cumprir escopos extraprocessuais e reguladores da sociedade.¹⁰³

Tratar da tutela jurisdicional coletiva faz parte do movimento de aprimoramento da sistemática processual do país, intimamente ligada ao acesso à ordem jurídica justa e à resolução dos problemas relacionados à prestação jurisdicional adequada à nova forma de litígios encontrada na sociedade moderna.

A visão instrumental que está no espírito do *processualista* moderno transparece também, de modo bastante visível, nas preocupações do *constituente* e do *legislador* brasileiro da atualidade, como se vê na Lei dos Juizados Especiais, na Lei da Ação Civil Pública, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Defesa da

¹⁰³ “Diante dos famigerados e perniciosos fatores que atravancam a boa administração da justiça, gerando a “crise do Poder Judiciário” e que fartamente são conhecidos pela imensa maioria daqueles que lidam e operam diuturnamente com o Direito, a efetividade é o clamor maior de todos. A sua falta é gerada, dentre outras causas: pelo formalismo exacerbado; pela lentidão na entrega da prestação jurisdicional; pelo número excessivo de recursos - muitos deles com motivação meramente protelatória, usurpando o direito de defesa – causando o seu “represamento” nos Tribunais Superiores; pelo alto custo dos processos; pelo número insuficiente de juizes e cartórios; pela falta de serventuários e mesmo de estrutura física e tecnológica para o melhor funcionamento dos cartórios; pelo despreparo de muitos profissionais do direito em decorrência da proliferação de cursos de Direito com baixo padrão de ensino, ou seja, há uma infinidade de fatores e nenhum deve ser eleito como preponderante ou qualificado como de somenos importância, pois é justamente a somatória de todos os problemas que desencadeia a crise e conduz à ineficácia.” MONFARDINI, Luciano Pasoti. *Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma desprentensiosa investigação conceitual-doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

Criança e do Adolescente (medidas destinadas à efetividade do processo, especialmente mediante a oferta de tutela jurisdicional coletiva). É indispensável que também o *intérprete* fique imbuído desse novo *método de pensamento* e sejam os juízes capazes de dar ao seu instrumento de trabalho a dimensão que os tempos exigem.¹⁰⁴

Dessa maneira, o acesso à ordem jurídica justa, incluída suas garantias de um Estado de Direito, requerem um olhar crítico para a processualística contemporânea, com raciocínio direcionado a sua efetividade. Isto, sem perder de vista as outras formas de resolução de conflitos existentes na sociedade, uma vez que, ao mesmo que tempo em que se propõe uma alteração de foco do processo individual para o processo coletivo e suas técnicas, não se deixa de lado a existência e a necessidade de utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, por não ser o Judiciário o único desaguadouro das contendas, bem como não se menospreza a necessidade e utilidade das técnicas individuais a determinadas espécies de conflitos.

Todavia, objetiva-se com o presente trabalho analisar algumas técnicas do processo coletivo como vértice evolutivo da ciência processual, sobretudo, ligadas a efetividade e a utilidade prática do processo na satisfação das pretensões em massa.

2.2 EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE TUTELA JURISDICIONAL NO BRASIL

A tutela de direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro na vigência do Código de Processo Civil de 1973 se sustentava em um sistema processual civil intimamente individualista. Como regra, somente ao titular do direito era garantida a possibilidade de pleiteá-lo por meio de uma ação judicial, conforme se extrai do artigo 6º do revogado Código: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Nesse sentido, a forma de prestação jurisdicional foi estruturada para a tutela de direitos subjetivos individuais, por meio de demandas propostas pelo próprio detentor do direito, com exceção da legitimação extraordinária em que ocorre a substituição processual da parte¹⁰⁵.

Tal modelo é reflexo do ideário liberal presente no Código Civil de 1916, de forte cunho individualista, com prevalência da propriedade e da autonomia da vontade, em que,

¹⁰⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25. grifos do autor.

¹⁰⁵ Nesta mesma toada, manteve-se o CPC/15, que assim dispõe: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único: Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

além de ter contornos patrimoniais, não previa a possibilidade da tutela coletiva¹⁰⁶ de um direito, mas o restringia ao âmbito individual. Ante os princípios norteadores da legislação material, a lei processual convergiu seus instrumentos para a tutela de interesses individuais.

Esta tradição individualista do processo civil não decorreu obviamente de uma opção deliberada dos processualistas, mas do fato de que o direito material, ao qual o processo está intimamente ligado, diante da sua natureza essencialmente instrumental, disciplinar basicamente as relações jurídicas interindividuais, isto é, em torno de interesses individuais, qualificados como direitos subjetivos individuais. Isto decorria de contingências históricas, sociológicas e ideológicas.¹⁰⁷

Em virtude disso, inexistiam no CPC/73, ao menos à época de sua promulgação, instrumentos adequados para a tutela coletiva de direitos, salvo alguns institutos tradicionais do direito processual que permitiam, de certa forma, “coletivizar” a tutela jurisdicional, como o litisconsórcio. Seu paradigma estava voltado à tutela da litigiosidade interindividual. Logo, tanto os direitos difusos e coletivos não possuíam meios para a sua proteção, quanto menos os direitos individuais homogêneos e as demandas de massa.¹⁰⁸

Esse panorama individualista, presente no Código Civil de 1916, timidamente começou a se modificar com as discussões dos ideários do *Welfare State*, em que o Estado atua como agente da promoção social e organizador da economia, garantindo ao indivíduo o direito a um conjunto de bens e serviços a serem prestados diretamente pelo Estado, ou indiretamente, por meio da regulação da sociedade civil.

O Estado Social refletiu seus efeitos já em 1943 na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, em que os dissídios coletivos potencializavam a resposta jurisdicional, mediante a abrangência da eficácia da decisão a determinada categoria laboral ou patronal. No entanto, como mencionado, tais evoluções sociais não tiveram eco na elaboração do CPC/73,

¹⁰⁶ “A ausência de tradição de *civil law* sobre a tutela destes direitos e a característica filosófica do racionalismo individualista de afirmar-se como uma forma de oposição às sociedades feudais e organizadas em grupo fez com que não se desenvolvesse na doutrina civilista uma teoria que permita reconhecer nos direitos coletivos posições jurídicas merecedoras de tutela.” ZANETI JUNIOR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: _____; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 23.

¹⁰⁷ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 225.

¹⁰⁸ “Isto ocorre porque o direito processual é o resultado da história, das tendências filosóficas, políticas, culturais, sociológicas e ideológicas, que a ele aderem conforme o progressivo movimento espiral da ciência, no ir e vir do conhecimento humano. Noções como direitos subjetivos, titularidade jurídica, legitimação processual, são recentes na história do processo, justamente por isso, transpor os conceitos e a compreensão atual que temos destes institutos para períodos históricos nos quais esses conceitos não existiam serve apenas para ilustrar as ideias, exemplificando a existência de tutelas não individualistas em momentos variados da formação das tradições jurídicas atuais.” ZANETI JUNIOR, op. cit. p. 26.

que não dispunha de meios e de formas de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.¹⁰⁹

Em razão disso, após a elaboração do CPC/73, surgiram três fases modificativas da sistemática processual civil com o intuito de buscar maior efetividade ao processo, inclusive no que toca aos novos direitos da sociedade contemporânea.

A primeira fase iniciou em 1985, com a edição da Lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/1985), que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo *stricto sensu*. Tal marco foi intensificado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/1990), pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990), pela Lei de Improbidade Administrativa (lei 8.429/1992), pelo Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003), dentre outros diplomas legais. Teve por objetivo precípua a introdução de mecanismos no ordenamento jurídico destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva, tutelar direitos e interesses transindividuais específicos e a proteger a ordem jurídica abstratamente considerada.¹¹⁰

Assim, a concepção de ação coletiva exposta em tais legislações diferenciava-se da ação individual, especialmente no que tange a legitimidade da propositura da ação, uma vez que há a designação de legitimados para a tutela do direito ou interesse subjetivo da coletividade, enquanto grupo, categoria ou classe de pessoas; e no que se refere à coisa julgada, o efeito da decisão não se restringe aos indivíduos da relação processual direta, pois ultrapassa as partes processuais, com efeitos a depender da natureza do direito coletivo (art. 103, CDC). Ademais, o Código de Defesa do Consumidor trouxe previsão legal a respeito da tutela coletiva de direitos subjetivos pretensamente individuais, os direitos individuais homogêneos, até então não tratados pelo sistema.

No entanto, insta salientar que o conceito de processo coletivo adotado neste trabalho é mais amplo e não envolve necessariamente legitimados extraordinários na tutela do direito coletivamente considerado (objeto) – direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e direitos

¹⁰⁹ “O Código de Processo Civil de 1973, apesar de suas louváveis inovações, não contém normas específicas da tutela coletiva. Isso se explica pela época em que foi editado e pelo estado da ciência jurídica no início dos anos 70. Àquela época o Brasil não conhecia a doutrina dos interesses difusos e coletivos, só surgida na segunda metade daquela década (1977 a 1979); o direito do consumidor, como tal, ainda não existia; a preocupação ambiental era incipiente e sequer se pensava em ações coletivas nos moldes atuais. Pode-se afirmar, sem exageros, que o Código de Processo Civil vigente [1973] está todo ele baseado na concepção do liberalismo individualista, destinando-se a regular conflitos intersubjetivos, entre pessoas físicas ou jurídicas, ainda observando a dicotomia público-privado, sem tratar dos novíssimos direitos sociais, em fase de reconhecimento e formação.” ALMEIDA, João Batista. *Ação civil pública revisitada: a reconstrução de um instrumento da cidadania*. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 335.

¹¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 18.

individuais homogêneos –, cuja coisa julgada atingirá a coletividade. A ideia de tutela jurisdicional coletiva aqui exposta ultrapassa essa fase da ciência processual de que o processo coletivo deve ser identificado tão somente pelo objeto litigioso. Isto é, o que identifica a estrutura do processo coletivo é a situação jurídica coletiva, que, inicialmente, pode-se demonstrar como um direito individual, mas que, a depender das circunstâncias, deve ser tratada como coletividade.¹¹¹ Desta forma, o conceito de processo coletivo enquanto instrumento de resolução da crise do Poder Judiciário aqui adotado, envolve duas espécies: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos.

Ainda nesta primeira fase, a Constituição da República de 1988 exerceu papel preponderante ao tratar dos direitos individuais e sociais em seu espectro material, sem deixar de lado seus instrumentos de garantia (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança e de injunção, individual e coletivo), cujos quais já foram citados anteriormente ao se tratar da segunda onda renovatória de acesso à justiça, no primeiro capítulo deste trabalho.

[...] em decorrência da *primeira fase de reformas*, podemos, hoje, classificar os mecanismos de tutela jurisdicional em três grandes grupos: (a) mecanismos para *tutela de direitos subjetivos individuais*, subdivididos entre (a.1) os destinados a tutelá-los individualmente pelo seu próprio titular (disciplinados, basicamente, no Código de Processo) e (a.2) os destinados a tutelar coletivamente os direitos individuais, em regime de substituição processual (as ações civis coletivas, nelas compreendido o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção coletivo); (b) mecanismos para *tutela de direitos transindividuais*, isto é, direitos pertencentes a grupos ou a classes de pessoas indeterminadas (a ação popular e as ações civis públicas, nelas compreendida a chamada ação de improbidade administrativa); e (c) instrumentos para *tutela da ordem jurídica*, abstratamente considerada, representados pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas.¹¹²

A segunda fase de reformas iniciou em 1994 em busca de aperfeiçoar e modernizar os mecanismos já existentes no CPC/73 às novas exigências sociais, a fim de uniformizar as decisões dos Tribunais, coibir o aumento de litígios e dar celeridade a tramitação processual, com efeitos, inclusive, na Reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional

¹¹¹ “O processo é coletivo se a relação jurídica litigiosa é coletiva. Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo). Se a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo, está-se diante de um processo coletivo. Assim, processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por exemplo). Observe-se, então, que o núcleo do conceito de processo coletivo está em seu objeto litigioso: coletivo é o processo que tem por objeto litigioso uma situação jurídica coletiva ativa ou passiva.” DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016. p. 210.

¹¹² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 26. grifos do autor.

45/2004. Houve modificações estruturais no Código de Processo Civil em suas mais diversas frentes, que culminaram, em sua grande parte, na incorporação ao novo Código de Processo Civil de 2015.¹¹³

Dentre as medidas e institutos objeto de modificações, no que tange ao CPC/73: a tutela antecipada (art. 273, CPC/1973); a improcedência liminar do pedido (art. 285-A, CPC/1973); as súmulas impeditivas de recursos (518, § 1º, CPC/1973); o incidente de uniformização de jurisprudência (art. 476, CPC/1973); a afetação de julgamento (art. 555, CPC/1973); a autorização para o relator realizar julgamento monocrático (art. 557, CPC/1973); as técnicas de julgamento de recursos repetitivos nos tribunais superiores (arts. 543-B e 543-C, CPC/1973). Quanto às alterações constitucionais: as súmulas vinculantes (art. 103-A, CRFB/1988 e lei 11.417/2006); o efeito vinculante das decisões de mérito proferidas pelo STF (art. 102, § 2º, CRFB/1988) e a exigência de repercussão geral nos recursos extraordinários. Todas essas reformas processuais buscaram intensificar a estabilidade do direito¹¹⁴ e dar celeridade ao processo.

A terceira fase se refere ao Código de Processo Civil de 2015, que sobre a relação jurisdicional coletiva apenas tratou a fundo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e os recursos extraordinário e especial repetitivos, tendo sua principal inovação na perspectiva instrumental da ação coletiva, a conversão da ação individual em ação coletiva, sido vetada, de forma inconsistente, pela Presidência da República. O novo Código disciplinou a ação coletiva na tutela de direitos transindividuais apenas de forma esparsa e mediante remissões à legislação especial, sem as inovações aguardadas pela comunidade jurídica¹¹⁵. Contudo, não obstante o veto do artigo 333 do CPC/15, extirpando o instituto da conversão da ação individual em coletiva do ordenamento jurídico brasileiro, no terceiro capítulo deste trabalho ele também será estudado, a fim de entendê-lo tal como disciplinado e aprimorá-lo, com o desígnio de possibilitar sua incorporação e aproveitamento posterior.

Esta terceira fase de reformas, embora tenha pequena ênfase no objeto litigioso coletivo, será o principal elemento de estudo deste trabalho, fundamentalmente pela atualidade do Código de Processo Civil de 2015 e pela necessidade de formação prática de um modelo combinado de remédios processuais coletivos. Além disso, a dicotomia existente entre

¹¹³ Teori Albino Zavascki menciona apenas duas ordens de modificações ao sistema processual civil, pois inclui o novo Código de Processo Civil nesta segunda fase de reforma. Porém, opta-se por dividir esta segunda fase, uma vez que o CPC/15 representa um novo estágio da sistemática processual brasileira.

¹¹⁴ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 181-183.

¹¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 189.

as espécies instrumentais do processo coletivo, o julgamento de casos repetitivos e as ações coletivas, devem conviver harmonicamente no sistema, revelando-se tal coexistência instrumental um dos desafios do novo Código.¹¹⁶

Assim, cada uma destas fases evolutivas do direito processual civil brasileiro buscou, em última análise, efetividade ao direito. Tal qual o direito material, o processo deve evoluir de acordo com a sociedade e se adaptar as novas e múltiplas situações jurídicas contemporâneas, a fim de melhorar a tutela jurisdicional ofertada aos jurisdicionados.

2.3 MODELOS ESTRANGEIROS (NORTE-AMERICANO E ALEMÃO) DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA E SUAS INFLUÊNCIAS NO MODELO BRASILEIRO

O modelo brasileiro de processo coletivo foi estruturado em diversas leis esparsas regulamentadoras de ações específicas, cujas quais são oriundas do estudo de juristas brasileiros sobre modelos estrangeiros de tutela coletiva, sendo seus procedimentos adaptados ao sistema jurídico nacional. Do mesmo modo, alguns institutos do Código de Processo Civil de 2015, que buscaram coletivizar a tutela jurisdicional, também foram influenciados por modelos estrangeiros.

A doutrina aponta para dois principais modelos de tutela jurisdicional coletiva que influenciaram o processo coletivo brasileiro, o modelo norte-americano e o alemão.¹¹⁷ O modelo das *Class Actions*, norte-americano, oriundo do *common law*, identificado como ações representativas; e o *Verbandsklage*, identificado por ações associativas e litígios agregados, e o *Mustervverfahren*, procedimento-modelo utilizado para tratar sobre questões comuns

¹¹⁶ “Essa dicotomia se dá entre coletivistas (tutela de direitos coletivos) e individualistas (tutela coletiva de direitos individuais). Em maior ou menor medida, mesmo que de forma inconsciente, a tutela coletiva tem sido agrupada em torno do objetivo de tutela conjuntamente os direitos individuais (através de técnicas substitutivas do litisconsórcio, para lidar com litígios individuais agregados, como é o caso das ações coletivas *opt in*, do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos) ou de tutelar os direitos dos grupos de pessoas, reconhecidos estes grupos como titulares de direitos, situações jurídicas que se destacam dos interesses individuais (direitos coletivos *lato sensu*).” ZANETI JUNIOR, Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no novo código de processo civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela In: ____; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 27-28. grifos do autor.

¹¹⁷ Idem. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. *Revista Eletrônica de Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, jul./set. 2014. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1460-tres-modelos-de-processo-coletivo-no-direito-comparado-class-actions-acooes-associativas-litigios-agregados-e-o-processo-coletivo-modelo-brasileiro#_ftn3>. Acesso em: 22 ago. 2017. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

inerentes a litígios individuais, ambos de origem alemã, que se sustentam em um sistema *civil law*. Destes dois modelos surge o modelo híbrido de processo coletivo brasileiro.

É da experiência inglesa do *common law* que se originam os primeiros instrumentos de tutela coletiva de direitos.¹¹⁸ No século XVII, por meio dos Tribunais de Equidade houve o desenvolvimento do *Bill of Peace*, ações representativas para os casos em que o grupo de pessoas envolvido no litígio fosse tão numeroso que fosse inviável o desenvolvimento processual de um litisconsórcio multitudinário, de modo que os interesses em comum, envolvendo grande número de pessoas, eram postulados conjuntamente em juízo, com vinculação dos efeitos da coisa julgada a todos os membros do grupo.¹¹⁹

Esta experiência do sistema jurídico inglês influenciou a moderna *class action*¹²⁰ do sistema norte-americano, especialmente a partir de 1938, com a reforma das normas processuais feita pela *Rule 23*, que efetivou a *Federal Rules of Civil Procedure*, sucessivamente reformada em 1966, 1987, 1988, 2003 e 2007¹²¹, que passou a reger o processo civil nas cortes federais dos Estados Unidos da América. Ela tratou das hipóteses em que havendo interesse comum de muitas pessoas, passível de constituir uma classe, um ou mais membros (representantes) poderiam propor a ação, ou apresentar defesa, pela totalidade do grupo.¹²²

Assim, segundo a referida norma, admite-se que um ou mais membros de uma classe promovam ação em defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que (a) seja inviável, na prática, o litisconsórcio ativo dos interessados; (b) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe; (c) as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (d) os demandantes estejam em condições de defender eficazmente os interesses comuns. 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 ordem de fazer ou não fazer, geralmente direitos civis (*injunctio class actions*); e (b)

¹¹⁸ Não se desconhece a ausência de consenso da doutrina acerca da origem da *class action*, havendo autores que apontem como antecedente histórico a *actionis popularis* do direito romano, porém, o que aqui importa é a sua ideia moderna. ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da *actio popularis romana* às *class actions* norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 188, p. 101-146, out. 2010. p. 102.

¹¹⁹ “De fato: já no século XVII, no direito inglês, as *Courts of Chancery*, tribunais de equidade, admitiam o *bill of peace* quando a parte tinha um direito que podia ser controvertido por várias pessoas, em ocasiões diferentes, e por diversas ações. O objetivo do *bill of peace* era obter amparo da equidade contra a necessidade de suportar numerosas ações no *common law*. Por isso, o *bill of peace* é apontado geralmente pela doutrina como o precedente histórico da *class action*.” ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17-18. grifos do autor.

¹²⁰ “[...] a *class action*, ou “demanda coletiva”, é o remédio através do qual uma ou mais pessoas, devidamente representadas por um advogado, iniciam e mantêm uma ação em nome de um grupo de pessoas, de uma classe, para obter a solução de um conflito coletivo de interesse.” TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 113-133, out./dez. 1979. p. 121. grifo do autor.

¹²¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68.

¹²² ARAÚJO FILHO, op. cit. p. 19.

pretensões de natureza indenizatória de danos morais individualmente sofridos (*class actions for damages*). Destaca-se, na ação de classe, o importante papel desempenhado pelo juiz, a quem é atribuída uma gama significativa de poderes, seja para exame das condições de admissibilidade da demanda e da adequada representação ostentada pelos demandantes, seja para o controle dos pressupostos para o seu desenvolvimento e a sua instrução. Atendidos os requisitos de admissibilidade e de desenvolvimento do processo, a sentença fará coisa julgada com eficácia geral, vinculando a todos os membros da classe, inclusive os que foram dele notificados, desde que tenha ficado reconhecida a sua adequada representação.¹²³

Tal modelo influenciou o tratamento do processo coletivo de vários países, inclusive do modelo brasileiro. No entanto, uma análise detalhada da *Rule 23* e suas implicações práticas no sistema *common law* não são o objeto específico deste trabalho, de modo que a compreensão da ideia geral da *class action* será exposta pontualmente ao longo do texto, de acordo com as adaptações feitas ao modelo brasileiro de processo coletivo.¹²⁴

Por sua vez, o modelo do direito alemão realiza a defesa judicial dos interesses coletivos por meio das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas, e pelo *Musterverfahren*, procedimento-modelo para a proteção dos investidores do mercado de capitais, cujo qual influenciou a adoção do incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Código de Processo Civil de 2015. No que toca a este trabalho, importa conhecer em linhas gerais este último procedimento.

O escopo do Procedimento-Modelo é estabelecer uma esfera de decisão coletiva de questões comuns a litígios individuais, sem esbarrar nos ataques teóricos e entraves práticos da disciplina das ações coletivas de tipo representativo. Objetiva-se o esclarecimento unitário de características típicas a várias demandas isomórficas, com um espectro de abrangência subjetivo para além das partes. A finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos ou jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial (§ 1 (2)). Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual.¹²⁵

¹²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29-32. grifos do autor.

¹²⁴ Para um maior aprofundamento sobre o tema, recomenda-se: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, maio 2017. p. 127.

Como já mencionado no primeiro capítulo ao tratar da segunda onda renovatória de acesso à justiça¹²⁶, houve uma preocupação do direito moderno em aperfeiçoar os sistemas processuais, a fim de tutelar direitos coletivos *lato sensu*, especialmente no que tange a proteção ao meio ambiente e à defesa do consumidor. A função social do processo deve expressar-se em termos estruturais do próprio processo, mediante novos tipos de ação, seja mediante as ações de classe (*Class actions*) estadunidense, quer seja pelas ações associativas (*Verbandsklagen*) ou pelo procedimento-modelo (*Mustervenfahren*), alemães.¹²⁷

O fenômeno se deveu especialmente à tomada de consciência, pelos meios sociais mais esclarecidos, de ser inadiável a operacionalização de medidas destinadas (a) preservar o meio ambiente, fortemente agredido pelo aumento cada vez maior do número de agentes poluidores, e (b) a proteger os indivíduos na sua condição de consumidores, atingidos, com acentuada intensidade, pelas consequências negativas de uma economia de mercado cegamente voltada para o lucro, num ambiente caracterizado por renitentes crises inflacionárias.¹²⁸

Tal onda de reformas na defesa judicial de interesses coletivos no Brasil decorre da inaptidão dos instrumentos processuais tradicionais em atender os novos conflitos e as novas formas de lesão aos direitos individuais e sociais, decorrentes da revolução tecnológica da sociedade. Assim, estudiosos brasileiros, influenciados pelos estudos dos italianos sobre as *class actions* iniciaram um amplo debate acerca da tutela jurisdicional coletiva.

No Brasil, embora a Constituição da República de 1934 já previsse a legitimidade a qualquer cidadão “para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios” (art. 113, n. 38), em sequência, a denominada ação popular foi retirada da Constituição de 1937, sendo reinserida somente em 1946. Assim, diante desta inconstância, a denominada revolução na tutela jurisdicional coletiva de Garth e Cappelletti só teve início eficaz com a edição da Lei de Ação Popular, lei 4.417, de 29 de julho de 1965, cuja qual teve sua abrangência dilatada pela lei 6.515, de 20 de

¹²⁶ “Na década de 70, devido a influência divulgada nas “*class actions*” do direito norte-americano, dois juristas representantes de distintos troncos do Direito (*common e civil law*), enriqueceram o Direito moderno com aquilo que eles vieram denominar de “*ondas renovatórias do direito processual*”. Mauro Cappelletti e Bryan Garth destinaram a segunda das suas *três grandes ondas renovatórias do direito processual*, exclusivamente, à necessidade de coletivização do processo. Propugnavam, assim, pela construção de modelos processuais/procedimentais – distintos dos modelos processuais/procedimentais existentes para a tutela de direitos nitidamente individuais – capazes de tutelar, adequadamente, esses recém-percebidos direitos da coletividade.” GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133-134. grifos do autor.

¹²⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992. p. 132.

¹²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 32.

dezembro de 1977, que modificou o artigo 1º, § 1º, com o intuito de modificar o conceito de patrimônio público, a fim de compreender “os bens e direitos de valor econômico, estético, histórico ou turístico”. A partir de então, a tutela de interesses coletivos passou a ter proteção judicial.¹²⁹

A ação popular, todavia, a despeito de salvaguardar direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, não era satisfatória para assegurar uma tutela efetiva dos interesses transindividuais complexos da sociedade moderna, em virtude da insuficiência do cidadão comum em ser legitimado ativo da ação popular, bem como a limitação da ação popular manifesta por somente tutelar interesses coletivos referentes ao patrimônio público, ao menos até o advento da Constituição da República de 1988.¹³⁰

Assim, tal qual disposto anteriormente, a tutela coletiva só foi maximizada com a primeira fase modificativa da sistemática processual civil, com a edição da Lei de Ação Civil Pública, lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e sua previsão de tutela de qualquer interesse difuso e coletivo, bem como a legitimação a entes ou órgãos com estrutura suficiente para postular em juízo, uma vez que o Brasil criava condições favoráveis às ações coletivas diante do processo de redemocratização do país. Nesta linha de tutela coletiva seguiu a Constituição da República de 1988, cuja qual erigiu o processo à condição de garantia constitucional do cidadão enquanto instrumento político de participação, sem que nenhuma espécie de direito ficasse excluído da apreciação do Poder Judiciário, bem como erigiu ao status constitucional diversos direitos individuais e sociais, inclusive com a determinação de elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (art. 48, ADCT).

Influenciados pelos estudos dos italianos sobre o processo coletivo, o Código de Defesa do Consumidor inspirou-se nas *class actions for damages* do direito estadunidense, ao tratar dos direitos individuais homogêneos, criando instrumento processual (ação coletiva) para a tutela coletiva de direitos individuais. O interesse do legislador foi justamente tratar acerca da reparação individual de danos que afetam um enorme número de pessoas da sociedade, uma vez que individualmente tais danos não eram postulados (litigiosidade contida) e, ao mesmo tempo, não coíbiam a reiteração da conduta danosa.

Por sua vez, a aludida terceira fase significativa de modificação na sistemática processual civil, exposta no Código de Processo Civil de 2015, serviu de inspiração ao incidente de resolução de demandas repetitivas, com as devidas adaptações necessárias ao

¹²⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 191.

¹³⁰ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 227.

procedimento brasileiro. Tanto o *Mustervenfahren*, quanto o IRDR tratam processos repetitivos de forma idêntica e vinculante, a fim de evitar decisões contraditórias, bem como dar segurança jurídica aos jurisdicionados.¹³¹

Tais procedimentos diminuem os efeitos deletérios da repetição de casos individuais no Judiciário brasileiro, com consequências positivas na diminuição da carga de processos e da possibilidade de decisões contraditórias, bem como auxilia na potencialização da razoável duração dos processos. Em resumo, funciona como instrumento na resolução da crise do Poder Judiciário, com a ressalva de que não podem ser menosprezadas as garantias do devido processo legal.

2.4 TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Em busca de proteção às situações jurídicas coletivas, coube à doutrina definir os primeiros contornos dos direitos coletivos, uma vez que o Brasil era despido de tradição jurídica no trato das demandas coletivas. Desde o início, portanto, havia preocupação a respeito da correta definição dos seus conceitos e utilização de seus mecanismos, sem que fossem desvirtuados seus objetivos sociais que lhes são inerentes.

A priori, seus conceitos, independente de sua denominação, relacionam-se a um grupo de pessoas, titulares de direitos demandados por um legitimado no processo coletivo, de modo que os efeitos do processo surtem efeito para além do seu patrimônio jurídico.¹³² De plano, pode-ser perceber que os direitos coletivos *lato sensu* não se enquadravam no sistema tradicional de classificação dos direitos, em uma estrutura com credor, prestação e devedor.¹³³

Assim, devemos compreender os conceitos inerentes ao gênero “direito coletivo *lato sensu*”, que envolve as espécies de interesses ou direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, terminologia utilizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente após a elaboração do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, José Carlos Barbosa Moreira¹³⁴ já tinha sistematizado doutrinariamente os direitos ou interesses coletivos em: a)

¹³¹ ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade contida. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 571.

¹³² LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 15.

¹³³ *Ibidem*. p. 19.

¹³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 195.

essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*), denominados por Teori Albino Zavaski de tutela de direitos coletivos¹³⁵; e b) acidentalmente coletivos (direitos individuais homogêneos), designados pelo mesmo autor como tutela coletiva de direitos¹³⁶. Embora Barbosa Moreira mencione não ter a pretensão de exaurir a tipologia dos interesses supraindividuais, nem criar uma rigorosa classificação científica, tais modalidades de direitos coletivos foram adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro e seguem sendo utilizados até os dias atuais.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor em 1990, de forma inovadora no ordenamento jurídico brasileiro, conceituou os aludidos direitos coletivos *lato sensu* de acordo com a classificação de Barbosa Moreira. Cumpre saber que o Código utilizou os termos (interesses e direitos) como sinônimos, uma vez que os “interesses”, a partir do momento em passam a ser amparados pelo “direito” assumem o status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática ou teórica para uma diferenciação ontológica entre eles.¹³⁷

O texto legal conceitua os direitos ou interesses difusos como “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” (art. 81, parágrafo único, I, CDC). “Optou-se pelo critério da *indeterminação* dos titulares e da inexistência entre eles de *relação jurídica-base*, no aspecto subjetivo, e pela *indivisibilidade* do bem jurídico, no aspecto objetivo.”¹³⁸ Desta forma, a tutela jurisdicional de direitos difusos decorre de circunstâncias fáticas (origem do direito) inerentes a um grupo indeterminado de pessoas (titularidade do direito), sem titularidade individual do direito a ser protegido, de modo que a satisfação do direito irá afetar a todos do

¹³⁵ “Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular individualmente 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 sua titularidade, e daí sua transindividualidade. “Direito coletivo” é a designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: o difuso e o coletivo *stricto sensu*.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 39. grifos do autor.

¹³⁶ “Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional *coletiva*, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da *homogeneidade* supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados.” Ibidem. p. 40. grifos do autor.

¹³⁷ WATANABE, Kazuo. Capítulo 1 - Disposições Gerais. Comentários dos arts. 81 ao 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 623.

¹³⁸ Idem. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 16. grifos do autor.

grupo, sendo impossível seu cumprimento a não somente um único indivíduo, em razão da indivisibilidade inerente a sua própria natureza (divisibilidade do direito), do que decorre o efeito *erga omnes* da coisa julgada das sentenças de procedência da ação coletiva (art. 103, I, CDC)¹³⁹, que representa a ruptura de um tradicional princípio do direito processual: de que há limitação da eficácia da coisa julgada (*res judicata*) às partes do processo.¹⁴⁰

Por sua vez, os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* são conceituados como “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.” (art. 81, parágrafo único, II, CDC). A ideia central é de que preexistam uma relação jurídica base (origem do direito) entre o grupo, categoria ou classe de pessoas (titularidade do direito) à lesão ou ameaça de lesão ao direito ou interesse de natureza indivisível (divisibilidade do direito).

A titularidade do direito coletivo é determinável, uma vez que há uma relação jurídica base anterior, não se referindo à nascida da própria lesão ou ameaça de lesão.¹⁴¹ Esta determinabilidade fática das pessoas titulares do direito coletivo *stricto sensu* é o traço característico que o diferencia dos direitos ou interesses difusos¹⁴², pois é possível identificar os sujeitos lesados ou ameaçados de lesão, de modo que a reparação pode ser feita sob um limite de abrangência, razão pela qual os efeitos da coisa julgada é *ultra partes*, limitadamente ao grupo, categoria ou classe (art. 103, II, CDC) e não *erga omnes*, como nos direitos difusos.

Tome-se, a título de ilustração, o suposto ajuizamento de uma ação coletiva pelo Procon do Paraná visando anular uma cláusula padrão dos contratos de financiamento que contemplam juros extorsivos ou outras condições de financiamento reputadas abusivas. Esta ação visa atender aos interesses meta-

¹³⁹ Exemplo de proteção de direito ou interesse difuso no campo do direito do consumidor é a “publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada escrita ou televisionada a afetar um número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base. O bem jurídico tutelado pelo art. 37 e § do Código é indivisível no sentido de que basta uma única ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos e também no sentido de que a satisfação de um deles pela cessação da publicidade ilegal, beneficie contemporaneamente a todos eles.” WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da prática forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 17.

¹⁴⁰ DAWALIBI, Marcelo. Limites subjetivos da coisa julgada em ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 596.

¹⁴¹ WATANABE, Kazuo. Capítulo 1 - Disposições Gerais. Comentários dos arts. 81 ao 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 626-627.

¹⁴² “Nas duas modalidades de interesses ou direitos “coletivos” o traço que os diferencia dos interesses ou direitos “difusos” é a *determinabilidade* das pessoas titulares seja através da relação jurídica-base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade) seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)” Idem. Demandas coletivas e os problemas emergentes da prática forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 18. grifo do autor.

individuais, coletivos, de todos os consumidores que mantêm contratos de financiamento com aquela empresa, vale dizer, todos mantêm relações jurídicas com a parte contrária. Pede-se uma providência juridicamente indivisível, ainda que faticamente pudesse se operar a divisibilidade. Mas processualmente, o pedido é para se declarar a nulidade das cláusulas-padrão, comuns a todos os contratos de financiamento. Se for julgada procedente a ação ou, ainda, se for julgada improcedente com fundamento nas provas produzidas, a coisa julgada *ultra partes* atinge a todos os contratantes com aquela empresa, ainda que os respectivos contratos tenham sido celebrados em outros Estados (isto se for admitida no caso a legitimação do Procon do Paraná para tanto), por pertencerem ao mesmo grupo, classe ou categoria de consumidores prestamistas daquele determinado estabelecimento. Todavia, se por insuficiência de provas for julgada improcedente a ação, qualquer outro legitimado coletivamente poderá repropor ação coletiva com fundamento em novas provas.¹⁴³

Por sua vez, os interesses ou direitos individuais homogêneos, identificados como acidentalmente coletivos, foram conceituados como “os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, III, CDC). Segundo Teori Albino Zavascki “são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art. 113, III do CPC, cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.”¹⁴⁴ Embora o *nomem in iuris* os qualifique como individuais, são homogêneos, por terem origem comum, de modo que se enquadram como direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que há interesses justapostos que visam a obtenção de um mesmo bem, sob uma mesma utilidade.¹⁴⁵

Assim, os direitos ou interesses individuais homogêneos possuem transindividualidade legal e instrumental, pois seus titulares são determinados (titularidade do direito), passíveis de identificação por ocasião da liquidação ou execução de sentença genérica. Assim, há uma perfeita relação entre cada indivíduo com o seu direito, que embora sejam identificados enquanto grupo no processo, em razão de uma situação de fato ou de origem comum decorrente da lesão (origem do direito), podem ter seu direito individualizado por cada um dos sujeitos (divisibilidade do direito).¹⁴⁶

Assim, haveria elementos nos direitos individuais homogêneos de origem comum, a possibilitar sua prevalência enquanto demanda coletiva sobreposta ao tratamento individual, em razão da sua eficiência de tratamento. A situação fática comum, apta a revelar a

¹⁴³ CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 232-233.

¹⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 40.

¹⁴⁵ CUNHA, op. cit. p. 233.

¹⁴⁶ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico*: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. p. 30. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

possibilidade de dedução de uma pretensão coletiva à satisfação dos direitos dos interessados, deve demonstrar a utilidade do processo coletivo enquanto instrumento de vantagem ao detentor do direito subjetivo.

Apenas a título de exemplo, imaginemos que o mesmo defeito existente em determinado bem de consumo, na exata medida da facilidade de aquisição desse produto (grande oferta, preços acessíveis etc.), permita que um grande número de pessoas interessadas – unidas exclusivamente pela circunstância fática de terem optado pelo tal produto – sofra os mesmos e idênticos eventos que narraria em suas demandas individuais, caso fossem ajuizadas. Trata-se, apenas para refinar o exemplo, de centenas de milhares de aparelhos de televisão, ofertados mediante grande campanha publicitária. Imaginemos que muitos consumidores tenham atendido ao apelo da campanha. Suponha-se que a grande maioria desses aparelhos tenha sido fabricada com o mesmo e idêntico defeito decorrente do uso de componente que provoca a impossibilidade de utilização do hipotético aparelho. No caso, indiscutivelmente, a utilização do processo coletivo deveria ser incentivada. Afinal, o mesmo e idêntico defeito teria sido suficiente para congregiar centenas de consumidores (interessados). Razoável que a decisão judicial sobre o defeito (se comprovado) deva ser idêntica a todos os que adquiriram o lote do produto que apresenta o defeito que seria narrado em causa de pedir única.¹⁴⁷

Os direitos individuais homogêneos representam uma novidade no sistema jurídico brasileiro, na medida em que foram incorporados com uma estrutura bem semelhante à adotada pelas *class actions for damages* do sistema norte-americano, com as devidas adaptações às peculiaridades do sistema brasileiro.¹⁴⁸

Assim, tal qual disposto no inciso (b.3) da Regra 23 das *Federal Rules* de 1966¹⁴⁹ retromencionada para as *class actions for damages*, tal regra poderia ser reconduzida ao sistema brasileiro, originando em tese:

[...] a *prevalência da dimensão coletiva sobre a individual* poderia ser útil para aferir, do ponto de vista prático, se efetivamente os direitos individuais são, ou não, homogêneos. Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum. Provavelmente, poder-se-ia afirmar, em linha de princípio, que essa origem comum (ou causa) seria remota e não próxima. A adotar-se esse critério, dever-se-ia concluir que, não se tratando de

¹⁴⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

¹⁴⁸ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 15-25, jul./set. 1992. p. 18.

¹⁴⁹ “(b) Pressupostos de desenvolvimento da ‘class action’. Uma ação pode desenvolver-se como *class action* desde que os pressupostos da alínea *a* sejam satisfeitos, e, ainda, se: (3) o tribunal entende que as questões de direito e de fato comuns aos componentes da classe sobrepõem as questões de caráter estritamente individual, e que a *class action* constitui o instrumento de tutela que, no caso concreto, mostra-se mais adequado para o correto e eficaz deslinde da controvérsia. Na análise de todos esses aspectos, o tribunal deverá considerar: (A) o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente; (B) a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo; (C) a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal; (D) as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*.” DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 327-328. grifos do autor.

direitos homogêneos, a tutela coletiva não poderia ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.¹⁵⁰

Tal prevalência da dimensão coletiva sobre a individual toma contornos relevantes diante dos fenômenos da cultura de massa (produção em massa, distribuição em massa, comunicação em massa), em que uma série de situações assumem proporções que interessam a mais do que uma única pessoa, mas a coletividade¹⁵¹.

Neste cenário, pode-se falar em litígios, aparentemente individuais, mas que quando visualizados como um todo e postulados em juízo tornam-se demandas de massa?

2.5 GLOBALIZAÇÃO E DEMANDAS DE MASSA

Na sociedade contemporânea a compreensão entre tempo e espaço foi modificada pelo fenômeno da globalização, em que fatos ocorridos em determinados lugares são conhecidos e se fazem presentes no cotidiano de pessoas em locais muito distantes. Do mesmo modo a oferta de produtos e serviços, que antes ficava restrita apenas aos locais próximos de sua gênese, adquiriu mobilidade suficiente para se tornarem globais e atingirem um maior número de pessoas. Tal fenômeno permite que bens de consumo produzidos e utilizados por japoneses, sejam os mesmos utilizados por brasileiros, do outro lado do planeta.

No início do século passado, o modelo de produção era muito diferente dos dias atuais. O produto fabricado em determinado país, tendia a ter sua distribuição restrita aos limites territoriais deste país. No caso do Brasil, por se tratar de um país de grande extensão territorial, dificilmente um bem de consumo produzido no Sul chegaria ao Norte. Com o desenvolvimento da tecnologia, a abertura de novas estradas, a ampliação dos portos, a criação do transporte aéreo, a distribuição de bens, até então com pequena mobilidade, tomou velocidade e diminuiu a distância entre as pessoas e empresas.

Eventuais litígios decorrentes destas relações comerciais envolviam apenas poucas pessoas. Caso um indivíduo tivesse interesse em comprar café, possivelmente compraria a granel em uma mercearia, de maneira muito diferente da que se faz hoje, momento em que se podem escolher entre diversas marcas, preços e qualidades. Este modelo de produção da época tem grande reflexos no direito material e, por consequência, no sistema processual

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo coletivo. v. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 133.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991. p. 188.

civil, de modo que os mecanismos processuais foram criados para resolver litígios interindividuais, quando muito, possibilitando o litisconsórcio entre as partes.

Na sociedade atual, a complexidade das relações jurídicas aumentou, bem como a sociedade de consumo tomou grandes proporções. Segundo Bauman, “o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir. Isto é, se ainda somos capazes e sentimos a necessidade de distinguir aquele que vive daquele que consome.”¹⁵² Desta forma, inconscientemente, a população é tomada da ânsia de consumir produtos dos quais não necessitam, em razão do seu desejo de se satisfazer, momento no qual determinados produtos e marcas são valorizados junto os meios de comunicação de massa.¹⁵³

No momento da aquisição de um produto ou serviço, as marcas mais lembradas e, por consequência, mais compradas, são àquelas da propaganda atraente e que vende a ideia de pessoas felizes com um novo produto. Tal situação, num primeiro momento, revela um âmbito muito restrito de bens a serem consumidos e de quais vendedores comprar, bastando pensar em quantas marcas de celular cada um efetivamente estaria disposto a adquirir ou qual serviço de televisão por assinatura estaria disposto a contratar, bem como quais empresas de comércio eletrônico viriam primeiro a memória no momento de uma compra.

Este cenário globalizado da sociedade de consumo deu origem a relações jurídicas que afetam muito mais do que o patrimônio jurídico de um indivíduo e uma pessoa jurídica, ao transacionar determinado bem de consumo, uma vez que, mesmo sem se atentar para isso, este consumidor faz parte de uma ampla gama de outros consumidores em situação idêntica. Caso haja a prática ilegal da venda casada de produtos por uma grande loja de comércio eletrônico, milhares de consumidores serão afetados e não somente um indivíduo. Estas novas relações jurídicas geram demandas de massa, que, por consequência, necessitam de um processo civil apto a dar uma satisfação jurídica consentânea a esta realidade.

A dificuldade do tema, como é sabido, reside no fato de que o consumidor, nas modernas sociedades industriais, é titular, em regra, de direito que outra coisa não é senão um fragmento de mais vasto direito "difuso"; diante da produção e circulação "em massa" dos bens, o mesmo tipo de produto destina-se a muitíssimos

¹⁵² BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 88-89.

¹⁵³ “A cultura da sociedade de consumo envolve sobretudo o esquecimento, não o aprendizado. Com efeito, quando a espera é retirada do querer e o querer da espera, a capacidade de consumo dos consumidores pode ser esticada muito além dos limites estabelecidos por quaisquer necessidades naturais ou adquiridas; também a durabilidade física dos objetos do desejo não é mais exigida. A relação tradicional entre necessidade e a esperança de satisfação precedem a necessidade que se promete satisfazer e serão sempre mais intensas e atraentes que as necessidades efetivas.” Ibidem. p. 90.

consumidores, cada um dos quais, se o produto é defeituoso, não terá senão um "fragmento" do dano total causado pelo mass wrong-doer. Ademais, enquanto o produtor é de ordinário bem organizado, juridicamente bem informado, e tipicamente um repeat player, ou seja, um litigante habitual (no sentido de que o confronto judiciário não representará para ele episódio solitário, que o encontre desprovido de informações e de experiência), o consumidor, ao contrário, está isolado, é um litigante ocasional, e naturalmente relutante em defrontar-se com o poderoso adversário. Deve ainda sublinhar-se que sofrem com essa desigualdade, sobretudo, "os cidadãos das classes sociais menos abastadas e culturalmente menos aparelhadas", porque esses ficam "mais expostos às políticas agressivas da empresa moderna". E, mesmo que um ou alguns dos consumidores tivesse coragem de pôr em movimento o sistema jurisdicional, os resultados, segundo os tradicionais esquemas individualísticos da justiça, seriam praticamente irrelevantes, decerto incapazes de eficácia dissuasória em face do produtor ou distribuidor. Isso faz compreender o defeito fundamental que existe nas tentativas, embora interessantes, de resolver o problema da proteção dos consumidores no plano do procedimento simplificado de "pequenas causas"; a verdade é que, corretamente vista, a "causa" do consumidor é um agregado, não raro gigantesco, de potenciais "pequenas causas"; portanto, ela só pode ser eficazmente resolvida como "causa gigante", certamente não como "pequena causa"!¹⁵⁴

Essas relações jurídicas da sociedade capitalista moderna refletem seus efeitos na relação jurídica processual, uma vez que a produção e a oferta de bens em massa, não raro, atingem uma enorme quantidade de pessoas, gerando milhares de demandas idênticas que se abarrotam no Judiciário. Tais lides ilusoriamente individuais representam as demandas de massa, que exigem mecanismos processuais hábeis à adequada tutela jurisdicional.¹⁵⁵

Desta forma, surge o processo coletivo como instrumento adequado a esta realidade da sociedade de massa, com tutelas diferenciadas do procedimento tradicional e capaz de dar soluções passíveis de atingir pessoas em situações idênticas, de maneira uniforme, isonômica, célere e juridicamente segura, trazendo maior racionalidade ao Poder Judiciário. Um dos maiores desafios do processo civil moderno é dar tratamento adequado às demandas de massa ou casos repetitivos, sendo também um dos objetos deste trabalho.

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 62, p. 205-220, abr./jun. 1991. p. 207-208.

¹⁵⁵ "O limiar do terceiro milênio exhibe uma sociedade massificada, competitiva, espaiada por um mundo globalizado, o que acarreta alterações profundas no tripé do Direito Processual – ação, processo, jurisdição – e, de outro lado, vai tornando defasadas as antigas concepções ligadas a um outro tempo, que se diria de um processo civil romântico, simbolizado no clássico embate entre *Tício e Caio*, podendo, no máximo, estender-se a alguns Tícios em face de alguns Caios, nas figuras litisconsorciais. É significativo tenha o legislador autorizado o juízo a limitar, em número de sujeitos, o litisconsórcio facultativo (CPC, parágrafo único do art. 46): é que, não raro, a expressiva dispersão dos indivíduos concernentes ao litígio é um forte indicativo de que a espécie seria mais bem manejada no plano da jurisdição coletiva, na modalidade dos interesses individuais homogêneos (Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III). Esse *melhor caminho* conduz à prolação de sentença de condenação genérica (art. 95 da Lei 8.075/90), assim prevenindo os efeitos deletérios da pulverização do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais ou, mesmo, do agrupamento dos sujeitos em litisconsórcio multitudinário." MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 8. grifos do autor.

CAPÍTULO 3 – MODELO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO NA TUTELA DAS DEMANDAS DE MASSA

E não há nada como um sonho para criar o futuro. Utopia hoje, carne e osso amanhã.

Victor Hugo

O Código de Processo Civil de 2015 ao tratar sobre o processo coletivo se voltou aos casos repetitivos, sobretudo, as questões jurídicas de massa e as ligadas aos direitos individuais homogêneos, embora seus mecanismos de julgamento possam envolver direitos difusos e coletivos *stricto sensu*. Concentrou suas atenções ao incidente de resolução de demandas repetitivas e aos recursos extraordinário e especial repetitivos, em detrimento do aprimoramento das ações coletivas e sua codificação em uma estrutura única e ordenada. Tal constatação se mostra ainda mais evidente por ocasião do veto da conversão da ação individual em ação coletiva, instituto diretamente relacionado às ações coletivas.

Uma das inovações mais importantes do Código de Processo Civil de 2015 se referiu à criação de um modelo jurídico próprio para a resolução de questões jurídicas repetitivas envolvendo o direito material ou processual, em que haveria a multiplicação de processos sobre questões comuns de direito, com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, de modo que para evitar decisões conflitantes surgem dois caminhos para o julgamento de tais casos (arts. 928, 976 e 1.036, CPC/15). De acordo com o artigo 928 do CPC/15: I – o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR); e II – os recursos extraordinário e especial repetitivos (RE e REsp repetitivos) formariam o que se denomina de microsistema destinado à resolução de casos repetitivos¹⁵⁶, com tutela jurisdicional diferenciada aos litígios de massa¹⁵⁷.

Assim, o novo Código prestigia e deposita esperança na luta contra a crise do Poder Judiciário, no que tange às demandas de massa e ao aumento do número de processos que adentram o Judiciário brasileiro, sem que tenham a mesma velocidade de atendimento adequado e efetivo à sua saída, ao modelo de julgamento de casos repetitivos. Embora

¹⁵⁶ “Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: (arts. 976, 928 e 1.036). O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.”

¹⁵⁷ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; BORGES, Sabrina Nunes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas – análise dos aspectos polêmicos à luz dos fundamentos constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 262, p. 315-337, nov. 2016. p. 328.

louvável a estruturação de tal modelo para algumas espécies de litígios, não se identificou os mesmos avanços no tratamento das ações coletivas, que necessitam conviver harmonicamente dentro do sistema processual brasileiro e servem de igual monta na efetividade do processo, embora incidam com maior eficiência sobre parcela diferente das demandas em massa.

Destarte, como já mencionado, não houve a mesma atenção às técnicas coletivas de repercussão individual, tal qual houve às técnicas individuais de repercussão coletiva, de modo que este trabalho se presta ao estudo de tal modelo adotado pelo CPC/15 e sua convivência harmônica com as ações coletivas para a defesa, especialmente, de direitos individuais homogêneos.

3.1 TÉCNICAS INDIVIDUAIS DE REPERCUSSÃO COLETIVA E TÉCNICAS COLETIVAS DE REPERCUSSÃO INDIVIDUAL

Dentre as razões do veto da mencionada conversão da ação individual em ação coletiva, apontou-se o fato de o novo Código de Processo Civil já contemplar mecanismos para tratar as demandas repetitivas, o que aponta para uma suposta prevalência das técnicas individuais de repercussão coletiva sobre as técnicas coletivas de repercussão individual no CPC/15.

As técnicas individuais de repercussão coletiva são instrumentos processuais que, embora destinados a ações individuais, são aplicados a demandas repetitivas com uma mesma questão jurídica a ser resolvida, de modo que o objeto seja apreciado, por amostragem, uma única vez e aplicado aos diversos processos¹⁵⁸. Têm-se como exemplo o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987, CPC/15) e os recursos extraordinário e especial repetitivos (arts. 1.036 a 1.041, CPC/15).

As técnicas coletivas de repercussão individual são aquelas que tratam dos direitos subjetivos individuais repetitivos, sob a forma coletiva. A homogeneidade do direito ou interesse individual proveniente de uma origem comum gera uma massificação de relações jurídicas que, em razão do elevado número de partes no processo, torna possível a substituição processual dos envolvidos por um ou vários interessados, sendo defendidos na sua totalidade por meio de um processo coletivo. Utiliza-se, para tanto, o microssistema processual de ações coletivas, formado por diversos diplomas legais, principalmente pela Lei

¹⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 624.

de Ação Civil Pública (lei 7.347/1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990).

Dessa forma, o CPC/15 mitigou o uso da tutela coletiva de direitos com repercussão individual, ampliando o espaço de atuação das técnicas individuais de repercussão coletiva. São louváveis os objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos no afã de racionalizar a atividade judicial; porém, ambas as técnicas processuais devem conviver harmonicamente, sem que uma se sobreponha a outra.¹⁵⁹

Infelizmente, com o veto ao artigo 333 do CPC/15, que tratava acerca da conversão da ação individual em coletiva, em vez de se aprimorar as ações coletivas e dar aplicação aos estudos acerca do processo coletivo que já possuem tradição jurídica no Brasil desde a década de 80, o alcance e a eficácia do novo Código ficou reduzido precipuamente ao incidente de resolução de demandas repetitivas, instituto inovador na sistemática processual civil brasileira.¹⁶⁰

Singela demonstração de predominância das técnicas individuais de repercussão coletiva sobre as técnicas coletivas de repercussão individual pode ser encontrada na regra de julgamento dos processos conforme a ordem de conclusão, determinada no artigo 12, do CPC/15, ao mesmo tempo em que exclui alguns processos desta ordem, considerando a relevância das questões discutidas. Dentre às exceções à ordem (art. 12, § 2º, CPC/15) não consta o processo coletivo, sendo que há expressa previsão do julgamento de recursos repetitivos e do incidente de resolução de demandas repetitivas (inciso III). Embora a lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, tenha alterado o dispositivo legal, determinando que esta ordem é preferencial, não obrigatória, percebe-se a desatenção do legislador do novo Código às ações coletivas, uma vez que ações coletivas de notório interesse social, que abarcam

¹⁵⁹ Marcelo Abelha Rodrigues ao tratar do assunto: “Louvam-se os benefícios que as técnicas individuais de repercussão coletiva pode trazer em termos de uniformização e agilidade nos julgamentos, sem se atentar, entretanto, para o grave comprometimento aos princípios constitucionais. Enquanto, porém, os Tribunais Superiores preocupam-se com os absurdos números de processos que a eles chegam, os poderosos litigantes habituais beneficiam-se de técnicas criadas para tentar solucionar o problema de asoerramento por eles mesmo criado. Não se está, aqui, a desprezar por completo a utilidade que as técnicas individuais de repercussão coletiva possam ter, especialmente na racionalização do julgamento dos processos. Os números a que nos referimos demonstram sua capacidade para tanto. Mas isso não pode ser feito em total atropelo às garantias constitucionais do processo, prejudicando hipossuficientes e beneficiando os litigantes habituais. Não poderia ser feito mediante a mortificação da poderosa técnica das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos.” RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 638.

¹⁶⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 179.

milhares de indivíduos, não teriam tido o mesmo tratamento destinado ao modelo de casos repetitivos.¹⁶¹

Assim, cumpre ao presente trabalho estudar as linhas gerais desse modelo de julgamento de casos repetitivos adotado pelo CPC/15, bem como a conversão da ação individual em ação coletiva, embora tenha sido vetada pela Presidência da República. Ao fim poderá ser feita um diálogo entre o microssistema de casos repetitivos do novo Código e as ações coletivas, momento em que serão apontadas as vicissitudes entre as espécies de processo coletivo.

3.2 INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Dentre as inovações do Código de Processo Civil de 2015 está o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987, cujo qual dá tratamento às demandas de massa ou causas repetitivas, provenientes da evolução da sociedade capitalista moderna, de maneira mais adequada, possibilitando coletivizar os litígios aparentemente individuais.

O incidente inseriu no âmbito de competência originária dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais¹⁶² mecanismo com objetivo de julgar questões repetitivas envolvendo controvérsias unicamente de direito, sob o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a fim de impedir o surgimento de decisões antagônicas, mediante a adoção de uma solução ao caso, exposta em uma tese jurídica comum, aplicável a diversas ações repetitivas¹⁶³, que se aproveita a todos os demais processos em trâmite, além de fixar um precedente judicial obrigatório para casos posteriores e evitar a proliferação de processos repetitivos fundados em tal controvérsia¹⁶⁴.

¹⁶¹ RUDINI NETO, Rogério. Diálogos entre o novo Código de Processo Civil e o microssistema brasileiro de tutela coletiva. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Procedimento Comum*. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1112.

¹⁶² Não há previsão expressa no CPC/15 de que o incidente pode ser instaurado apenas no Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, em razão da utilização pelo Código apenas da expressão Tribunal, o que gera entendimento da doutrina majoritária de caber o incidente de resolução de demandas repetitivas no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho e dos Tribunais Regionais Eleitorais, acertadamente. No entanto, as especificidades de tais “justiças” especializadas não são objeto do presente trabalho, de modo que se restringirá aqui a análise na Justiça Comum, seja ela estadual ou federal.

¹⁶³ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 243, p. 333-362, maio 2015. p. 340.

¹⁶⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, p. 191-207, set. 2012. p. 193.

Durante o trâmite de um processo o incidente de resolução de demandas repetitivas será instaurado pelo Tribunal, por meio da identificação de casos repetitivos com vínculo de afinidade envolvendo questões unicamente de direito, excluídas as controvérsias fáticas existentes, a fim de se escolher alguns destes processos como amostra para o julgamento da tese jurídica, mediante a adoção da técnica da causa-piloto, como regra (art. 978, parágrafo único, CPC/15) e, excepcionalmente, a técnica da causa-modelo, quando houver a desistência ou abandono do processo (art. 976, § 1º, CPC/15). Sendo assim, a instauração do IRDR e RE e REsp repetitivos, pressupõem a existência de processos pendentes de julgamento no respectivo tribunal, criadores de um espaço coletivo para a resolução da questão jurídica controvertida¹⁶⁵.

Assim, como regra, o novo Código adota a técnica da causa-piloto ou processos-teste, em que um ou alguns casos repetitivos são selecionados como representativos para julgamento pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, cuja solução ao caso permite a aplicação e resolução de todos os demais com questão jurídica afim, que se multiplicam em processos judiciais já propostos. De acordo com Antonio do Passo Cabral, tal formato de julgamento revela uma unidade cognitiva seguida da reprodução da tese definida no incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que o órgão jurisdicional, ao mesmo tempo em que aprecia a questão jurídica comum, julga o processo originário, além de compor a *ratio decidendi*¹⁶⁶ a ser aplicada em processos posteriormente propostos, com a mesma questão objeto do debate.¹⁶⁷

Por sua vez, com a técnica de causa-modelo instaura-se o incidente apenas para apreciar as questões comuns a todos os casos repetitivos afins, sem julgar o processo, deixando tal decisão para o juiz do caso concreto do processo originário. O julgamento tem o objetivo de tão somente fixar a tese jurídica comum a ser aplicável aos casos repetitivos. Haveria, assim, uma decisão cognitiva e decisória, com a divisão de competências entre o órgão

¹⁶⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 319.

¹⁶⁶ “Como a força vinculativa do precedente está limitada ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas, somente a proposição jurídica essencial e necessária ao julgamento do caso precedente é que será considerada *ratio decidendi*. Enquanto a decisão concreta e o dispositivo importam às partes da demanda original, a *ratio decidendi* irradiará sua força obrigatória e vinculante para todos os demais cidadãos.” FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 66, p. 509-533, jul./dez. 2015. p. 516-517.

¹⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 201-223, maio 2014. p. 202.

que julga a questão comum objeto do incidente e o órgão julgador do processo originário que decide o caso concreto, tendo em vista a tese definida no incidente aos processos repetitivos.¹⁶⁸

Como já mencionado anteriormente, a técnica de julgamento de casos repetitivos adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 é influenciada pelas experiências do direito comparado, especialmente pelo modelo alemão *Musterverfahren* de resolução das controvérsias no âmbito do mercado de capitais¹⁶⁹. No entanto, o direito alemão adota a técnica da causa-modelo, enquanto o sistema processual brasileiro o adota como exceção.¹⁷⁰

Assim, caso o processo seja escolhido como amostra representativa dos casos jurídicos repetitivos e o seu autor venha a desistir ou abandonar este processo, não haverá impedimento para o exame de mérito do incidente (art. 976, § 1º, CPC/15). Até o momento da desistência ou abandono do processo adotava-se a técnica da causa-piloto, a partir de então se emprega no incidente a técnica da causa-modelo, em que o processo terá seguimento, sob a titularidade do Ministério Público, apenas para a fixação da tese jurídica geral, sem que tal decisão seja aplicada a causa desistida ou abandonada. De fato, há duas consequências práticas da desistência ou abandono do processo escolhido como amostra: primeiro, o incidente tem seguimento para o julgamento da tese jurídica comum e, segundo, tal precedente não será aplicado àquele caso concreto, em razão da desistência ou abandono. Esta previsão também se aplica a análise de repercussão geral já reconhecida e daquela objeto de recursos extraordinário ou especiais repetitivos (art. 998, parágrafo único, CPC/15).¹⁷¹

O microsistema de julgamento de casos repetitivos resulta de um duplo discurso da decisão judicial, em perfeita intersecção com o microsistema de precedentes obrigatórios¹⁷²,

¹⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 201-223, maio 2014. p. 202-203.

¹⁶⁹ Idem. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, maio 2017. p. 126.

¹⁷⁰ Para um maior aprofundamento no modelo alemão e suas diferenças com o microsistema brasileiro: VIAFORE, Daniela. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo *Musterverfahren* "incidente de resolução de demandas repetitivas" no PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217. p. 277-279, mar. 2013.

¹⁷¹ A ideia de formação de um microsistema de casos repetitivos significa que alguns regramentos destinados ao IRDR, podem ser aplicados ao RE e REsp repetitivos, e vice-versa, estejam eles em alguns momentos previstos expressamente ou não. É claro, respeitadas as diferenças entre os institutos e a unidade de tratamento processual.

¹⁷² Cumpre mencionar a intersecção entre o microsistema de casos repetitivos e o de precedentes obrigatórios, fazendo este trabalho um recorte teórico, a fim de não adentrar a fundo no sistema precedentalista, em razão da sua abrangência e especificidade, embora haja sua menção em alguns pontos do trabalho. O IRDR e o RE e REsp repetitivos são abordados sem uma profunda análise dos mecanismos precedentalistas, justamente em razão deste recorte, sendo trabalhados apenas as suas linhas gerais para uma abordagem consentânea ao processo coletivo. Assim, o foco se destina, especialmente, as regras que compõem o núcleo do microsistema de gestão e julgamento de casos repetitivos.

embora não sejam idênticos¹⁷³. Com a aplicação da técnica de julgamento de casos repetitivos haveria um discurso voltado para o julgamento do caso concreto, com a devida motivação da decisão judicial, cuja tese jurídica geral será aplicável aos casos pendentes, em uma gestão dos casos repetitivos e um discurso precedentalista, com a aplicação da tese jurídica a casos futuros.¹⁷⁴

Segundo dispõe o artigo 977 do Código de Processo Civil de 2015 a legitimidade para requerer a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas se restringe ao juiz ou relator, de ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição, dirigida ao presidente do Tribunal, cujo julgamento será realizado pelo órgão indicado no regimento interno do Tribunal dentre os responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal (art. 978, CPC/15).¹⁷⁵

Percebe-se que o CPC/15, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê, dentre os legitimados do artigo 977, a possibilidade de participação de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes dos casos pendentes (o grupo de indivíduos com processos pendentes), diverso do que ocorre com as ações coletivas envolvendo direitos coletivos *lato sensu*, especialmente os direitos individuais homogêneos, conforme a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor. Embora haja a previsão do Ministério Público e da Defensoria Pública como legitimados, tal poder se refere apenas à instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos litigantes dos casos repetitivos pendentes enquanto coletividade, o que, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, possibilita ao Estado, indevidamente, sobrepor a otimização da solução dos litígios ao direito fundamental de participação e contraditório dos indivíduos, pedras de toque de um Estado Democrático de Direito. No caso, se o Ministério Público não for o requerente do

¹⁷³ “O incidente de resolução de demandas repetitivas se destina a regular casos que já surgiram ou podem surgir em face de determinado litígio. O sistema de precedentes, de outro lado, tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremas. Diversos casos, marcados por diferenças razoáveis, podem ser resolvidos por um precedente que resolve uma questão de direito. Mas as decisões firmadas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas não têm qualquer preocupação em orientar a sociedade ou a solução de casos futuros, porém objetivam regular uma questão litigiosa que está presente em vários casos pendentes. O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes. Bem por isso, como é óbvio, a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos. Essa a distinção básica entre o sistema de precedentes das Cortes Supremas e o incidente destinado a dar solução a uma questão litigiosa de que podem provir múltiplos casos.” MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 962, p. 131-151, dez. 2015. p. 132.

¹⁷⁴ CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. 2017. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. p. 119.

¹⁷⁵ “Enunciado 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.”

IRDR, intervirá obrigatoriamente no incidente como *custos iuris* (art. 976, § 2º, CPC/15), novamente chamando o Estado a responsabilidade exclusiva de defender a coletividade, fase já superada no desenvolvimento das ações coletivas.¹⁷⁶

A legitimidade ativa mais ampla, tal qual utilizada pelas ações coletivas, em que há participação de um maior número de legitimados na defesa do interesse da coletividade, representada por entes públicos, privados e despersonalizados, representa a possibilidade de participação da coletividade em processos judiciais, essência de um Estado Democrático, na construção e interpretação de decisões que atingem o ser coletivo, até então com procedimento discursivo fechado a um seletivo grupo de atores sociais.¹⁷⁷

Para Luiz Guilherme Marinoni a solução para preservação do incidente de resolução de demandas repetitivas, ante a violação do direito da coletividade de ser ouvido e influenciar a decisão judicial do incidente, está no artigo 979 do CPC/15, que adverte sobre a necessidade da mais ampla e específica divulgação e publicidade da instauração e do julgamento do incidente, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, o que possibilitaria aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, ingressar no incidente para a tutela dos direitos do grupo¹⁷⁸.

Cumprido ressaltar a possibilidade de participação de pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que intervirão no processo como *amicus curiae*, a fim de auxiliar o juízo na busca pela melhor solução ao caso e à concepção do precedente, o que traria maior legitimidade à decisão, uma vez que haveria possibilidade de participação democrática na formação da decisão paradigma, em consonância com o Estado Democrático de Direito.¹⁷⁹

Uma vez admitido o incidente pelo órgão colegiado do Tribunal, com a fixação da controvérsia jurídica a ser decidida, o relator suspenderá os processos pendentes, sejam eles

¹⁷⁶ “Quer dizer que *os legitimados à tutela dos direitos dos membros do grupo jamais poderiam ter sido afastados do incidente sob pena não só de inconstitucionalidade por falta de participação dos litigantes individuais, mas também de negação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor*. Pelas mesmas razões, a falta de intervenção de qualquer legitimado implica, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos do grupo. Note-se que, a não ser assim, não apenas o direito de participar dos litigantes individuais continuará a ser violado, como o incidente *estará retirando do Ministério Público o seu poder-dever de tutelar os direitos individuais homogêneos*.” MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 962, p. 131-151, dez. 2015. p. 136-138. grifos do autor.

¹⁷⁷ Saliente-se que, mesmo diante da legitimidade ativa mais ampla das ações coletivas, há diversos pontos a serem melhorados, a exemplo da restrição à atuação das associações que requer autorização expressa dos associados e a lista nominal de todos acostada na petição inicial. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 573232/SC, Rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14 maio 2014.

¹⁷⁸ MARINONI, op. cit. p. 138.

¹⁷⁹ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 243, p. 333-362, maio 2015. p. 344.

individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou região (art. 982, I, CPC/15). A partir de então os processos suspensos aguardarão o julgamento do IRDR e a definição da tese jurídica, que deverá ser julgado no prazo de um ano (art. 980, CPC/15).

Após o julgamento e a definição da tese jurídica do procedimento incidental de demandas repetitivas, haverá a aplicação a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal e aos casos futuros que versem sobre questão idêntica, que venham a tramitar no território de competência do tribunal (art. 985, I e II, CPC/15)¹⁸⁰.

Em síntese, o incidente de resolução de demandas repetitivas leva a apreciação do tribunal questão jurídica controvertida, que por ocasião do julgamento do caso, também definirá uma tese jurídica aplicável a todos os processos pendentes e futuros que contenham idêntica questão de direito. Assim, a partir de um processo individual haveria a coletivização de entendimento aplicável a outros processos. Estas linhas gerais do procedimento estabelecido pelo CPC/15 permitirão ao final deste capítulo um diálogo com o microsistema de ações coletivas.

3.3 RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

O Código de Processo Civil de 2015 prevê uma técnica especial de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos nos artigos 1.036 a 1.041, sempre que houver multiplicidade de tais recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Tal espécie de julgamento faz parte do microsistema de julgamento de casos repetitivos, ao lado do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 928, CPC/15).

O RE e REsp repetitivos possuem diversos regramentos semelhantes ao do IRDR, por serem próprios do microsistema¹⁸¹, mas também com algumas especificidades que lhes

¹⁸⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 350.

¹⁸¹ Podem ser citadas quatro regras próprias do microsistema de casos repetitivos que não estão previstas simultaneamente na disposição sobre o IRDR e o RE e REsp repetitivos, embora sejam aplicáveis a ambos: a) a regra de que em caso de abandono da causa piloto não impedirá o seguimento para a fixação da tese jurídica, que é somente prevista no IRDR (art. 976, § 1º, CPC/15); b) a possibilidade de o *amicus curiae* recorrer da decisão que julga o IRDR (art. 138, § 3º, CPC/15) também se aplica ao julgamento do RE e REsp repetitivos; c) durante o período de suspensão, o pedido de tutela de urgência deve ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso (art. 982, § 2º, CPC/15), que também se aplica ao RE e REsp repetitivos; e d) a possibilidade de desistência do autor sem o consentimento do réu, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica a resolvida pelo recurso representativo de controvérsia (art. 1.040, § 1º a § 3º, CPC/15).

são inerentes, uma vez que se tratam de recursos, além de serem julgados por Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Os recursos extraordinário e especial repetitivos também adotam a técnica da causa-piloto, em que o presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal seleciona dois ou mais recursos representativos de controvérsia, com abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida, em especial atenção ao conteúdo da discussão objeto de controvérsia dos recursos, com a possibilidade de o relator do Tribunal Superior também selecionar dois ou mais recursos representativos da controvérsia, independente da iniciativa do Tribunal de origem (art. 1.036, §§ 1º, 5º e 6º, CPC/15). Sua finalidade é julgar os recursos representativos selecionados, cuja solução adotada se aplica a todos os casos que estão em trâmite, e gerar precedentes obrigatórios a casos futuros.

Selecionados os recursos representativos da controvérsia, o relator designado no Tribunal Superior proferirá decisão de afetação, em que identificará precisamente a questão objeto da controvérsia a ser submetida a julgamento pelo Tribunal, determinando a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a questão, seja ele individual ou coletivo, à espera da decisão final (art. 1.037, I e II, CPC/15).

Quanto à legitimidade, percebe-se que o tribunal de origem, por meio do presidente ou vice-presidente do Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, pode selecionar os recursos representativos de controvérsia, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes que tramitem no Estado ou região (art. 1.036, CPC/15), sem que tal apuração seja definitiva, pois o relator do Tribunal Superior, tribunal *ad quem*, precisa confirmar a escolha feita pelo tribunal *a quo*, por meio da decisão de afetação (art. 1.037, CPC/15).¹⁸²

Deste modo, a escolha feita pelo tribunal de origem não vinculará o relator do tribunal superior, que tem a liberdade de selecionar outros recursos representativos da controvérsia (art. 1.036, § 4º, CPC/15). Ademais, o relator poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de origem a remessa de um recurso representativo da controvérsia, bem como comunicar o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem, caso não proceda à afetação dos recursos selecionados, para que seja revogada a decisão de suspensão dos processos pendentes (art. 1.037, III e § 1º, CPC/15).

¹⁸² BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; HENRIQUES, Paula Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 258, p. 205-223, ago. 2016. p. 211-212.

Fato é que o RE e REsp repetitivos resolvem casos que se multiplicam no Poder Judiciário, porém, não foi essa a missão constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça pela Constituição da República de 1988. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o STF tem a função de mostrar o sentido da Constituição, de modo que a legislação infraconstitucional com ela seja conforme. O recurso extraordinário repetitivo e o litígio constituiriam apenas meio de o STF atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo, porém, “o que realmente tem relevância para o Supremo é o conteúdo da sua decisão, que não pode deixar de espelhar questão relevante para a sociedade e para o Estado, seja do ponto de vista jurídico, social, econômico ou político”¹⁸³, por isso da exigência de repercussão geral. Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça, embora cuide do direito infraconstitucional e não tenha o mesmo filtro recursal. Assim, “*é equivocado supor que há precedente em casos repetitivos e não em casos não suscetíveis de repetição. O raciocínio não pode ser invertido. Um caso não deve ser resolvido por uma Corte Suprema apenas por ter se multiplicado.*”¹⁸⁴

Desta forma, um caso repetitivo não será levado a julgamento ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça apenas por ser gerador de recursos com a mesma questão de direito objeto de controvérsia. Deve demonstrar a existência de repercussão geral para o reconhecimento do recurso extraordinário a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 1.035, CPC/15) e dependerá da demonstração de violação de tratado ou de lei federal ou, negar-lhe a vigência; julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; ou de divergência entre tribunais acerca da interpretação da lei para que o recurso especial seja julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, CRFB/88).¹⁸⁵

Uma vez julgado e publicado o acórdão paradigma que julgou o RE ou REsp repetitivos resolvendo controvérsia jurídica, pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos RE ou REsp sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a decisão tomada pelo tribunal superior; em caso de o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior, o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o caso;

¹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 962, p. 131-151, dez. 2015. p. 138.

¹⁸⁴ *Ibidem*. p. 139. grifos do autor.

¹⁸⁵ “Na verdade, ao se criar fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos corre-se o risco de esquecer-se da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí. [...] Retenha-se o ponto: *os precedentes formados em recursos extraordinário e especial repetitivos devem ser respeitados por constituírem rationes decidendi elaboradas pelas Cortes Supremas e não por constituírem resoluções de casos de que derivam recursos em massa.*” *Ibidem*. p. 139-140.

por sua vez, os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior (art. 1.040, I a III, CPC/15). Em sendo mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o RE ou REsp repetitivos será remetido ao respectivo tribunal superior (art. 1.041, CPC/15).

O objetivo do legislador foi relacionar a eficácia obrigatória dos precedentes com a resolução de recursos repetitivos, de modo a otimizar a prestação jurisdicional¹⁸⁶. Cumpre questionar se a função constitucional das cortes superiores servem para tal intento ou o Código de Processo Civil 2015 tenha aprofundado a deturpação do sistema constitucional de competências dos tribunais, cuja qual será melhor analisada mais a frente, em correlação ao microsistema de tutela coletiva.

Em suma, os recursos extraordinário e especial repetitivos são um mecanismo processual que busca resolver uma questão jurídica paradigma, com o fim de obstar o grande número de recursos repetitivos envolvendo a mesma temática nos Tribunais Superiores, dando eficácia obrigatória à decisão, com celeridade e segurança jurídica aos jurisdicionados.

3.4 CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM AÇÃO COLETIVA¹⁸⁷

Para a elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, instituiu-se uma Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal, por meio do Ato n. 379 de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado Federal, cuja qual deu origem ao Código de Processo Civil de 2015, aprovado em 16 de março de 2015.

Antes da redação dos dispositivos do novo Código, a Comissão tomou algumas decisões para melhor direcionar os trabalhos. Dentre essas decisões, logo no artigo 1º, denominado de Parte Geral, inciso K, posicionou-se no sentido de “Não incluir no novo Código, o processo coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, bem como os processos e procedimentos previstos em leis especiais.”¹⁸⁸. Houve, assim, expressa intenção de excluir

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 135.

¹⁸⁷ Parcela do conteúdo deste tópico foi publicada em artigo científico por este autor em coautoria com o professor Eduardo Cambi, decorrente dos estudos na sua disciplina “O Processo e a Função Política” ministrada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP. CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/15, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 389-409, maio/ago. 2017.

¹⁸⁸ BRASIL. Senado Federal. Decisões acerca das proposições temáticas. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

disposições diretas sobre o processo coletivo, mais especificamente sobre as ações coletivas, do novo Código.

No entanto, durante a tramitação do processo legislativo, surgiu o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, que passou a integrar o Relatório Final da Comissão Especial da Câmara dos Deputados¹⁸⁹. Apesar disso, mesmo aprovado pelo Congresso Nacional, foi vetado pela Presidência da República.¹⁹⁰

Kazuo Watanabe propôs a técnica de conversão da ação individual em ação coletiva, que foi incorporada ao Projeto do novo Código de Processo Civil, com a exigência de dois pressupostos para sua formação: a) relevância social; e b) dificuldade de formação do litisconsórcio.

A relevância social, por ser um conceito jurídico indeterminado, exigiria considerações valorativas concretas do magistrado, a partir da análise da conjuntura e da abrangência do caso concreto. Nessa interpretação, o magistrado deveria considerar os valores e as normas fundamentais do processo civil, extraídas diretamente da Constituição da República de 1988, tal qual dispõe o artigo 1º do CPC/15.

Um conceito indeterminado possui conteúdo impreciso, mas suas consequências jurídicas podem ser estabelecidas no caso concreto. Eros Roberto Grau, mesmo ao criticar o uso da expressão “conceito jurídico indeterminado”¹⁹¹, em razão do equívoco em definir um “conceito” como vago ou impreciso, afirma que os “conceitos indeterminados” possuem “termos” ambíguos ou imprecisos, especialmente imprecisos, razão pela qual precisam ser preenchidos com dados extraídos da realidade. O parâmetro para tal preenchimento seria as considerações sobre as concepções políticas predominantes, que variam conforme as forças

¹⁸⁹ “Acrescenta-se um novo capítulo, a dispor sobre a conversão da ação individual em ação coletiva. Acolhe-se a proposta de Kazuo Watanabe, no sentido de criar um incidente de transformação de ação pseudoindividuais em ações coletivas. Trata-se de técnica de racionalização da função jurisdicional e de prestígio à isonomia.” BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório Final*. p. 201. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 26 ago. 2016.

¹⁹⁰ Por meio da mensagem n. 56, de 16 de março de 2015, comunicaram-se as razões do veto do artigo 333 e inciso XII do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, que disciplinavam acerca da conversão da ação individual em ação coletiva: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB”. Idem. *Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

¹⁹¹ “A indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados. [...] Assim, a reiteradamente referida indeterminação dos conceitos não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de urna apenas significação” GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196-197.

sociais e o contexto em que está inserido¹⁹². Assim, a expressão jurídica relevância social possui significação determinável.

Aliás, consoante o disposto no artigo 489, § 1º, inciso II, do CPC/15, existe a necessidade de se explicitar o motivo da incidência do conceito jurídico indeterminado no caso concreto, ao se fundamentar qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade.

A materialidade dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser preenchida à luz dos princípios e garantias constitucionais, para ser capaz de produzir resultados de acordo com os direitos fundamentais, sob uma perspectiva positiva¹⁹³. Assim, o Estado-juiz deve levar em consideração: a razoável duração do processo, enquanto respeito à dignidade da pessoa humana, como expressão do acesso à justiça célere e efetiva; a desobstrução dos órgãos judiciais, por meio da diminuição das demandas com pedido idêntico; a garantia de uma racionalização das decisões jurisdicionais, com isonomia dos atores processuais e a extinção de decisões conflitantes; e, enfim, buscar a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

O segundo pressuposto, previsto no artigo 333 do CPC/15, era a dificuldade na formação de litisconsórcio ativo. Referia-se à dificuldade, e não impossibilidade, de um desenvolvimento processual célere e eficiente, sobretudo em razão do número elevado de litigantes reunidos no polo ativo da demanda, o que prejudicaria a participação de todos e a prestação da tutela jurisdicional eficiente.

A numerosidade de litigantes reunidos no processo individual é o mais significativo critério para preenchimento desse segundo pressuposto. Porém, não o único, já que o grande número de litigantes é apenas um indício da inconveniência na constituição do litisconsórcio. Devem-se analisar, também, outras circunstâncias fáticas, tais como: a antieconomicidade das demandas individuais ou da intervenção em processo alheio já instaurado, a dificuldade de identificação ou localização dos membros do grupo que se reuniriam no litisconsórcio ativo e a possibilidade de que a reparação de um ilícito pleiteado possa atingir pessoas no futuro e ainda desconhecidas¹⁹⁴.

Porém, conforme o Enunciado 37 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, seria presumida a relevância social na hipótese do inciso I do artigo 333 do CPC/15, sendo dispensável a verificação da dificuldade de formação do litisconsórcio.

¹⁹² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 240.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 473.

¹⁹⁴ SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 205-255, out. 2014. p. 222-223.

Assim, verificada a presença alternativa¹⁹⁵ dos pressupostos da relevância social e da dificuldade na formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento dos legitimados, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse determinados pedidos. O litígio passaria a ser tratado sob uma estrutura molecular, enquanto fenômeno do processo coletivo, decorrente da natureza comum da lesão aos direitos postos em juízo. Dessa maneira, o instituto previsto no artigo 333 do CPC/15 seria capaz de transpor a estrutura atomista/individualizada e, destarte, minimizar a sobrecarga de serviço no Judiciário¹⁹⁶.

Com efeito, a conversão das ações individuais em coletivas do artigo 333 do CPC/15 se harmonizava com o princípio da máxima amplitude e da atipicidade da tutela jurisdicional coletiva, ao concretizar a melhor efetivação do direito coletivo, independentemente da espécie de tutela pleiteada e do nome dado à ação.

Para melhor ilustrar, imagine o surgimento de uma notícia perante a população de que existiria uma pílula, composta de determinada substância, que combateria o câncer, denominando-se popularmente de “pílula do câncer”. Em razão disso, ajuízam-se milhares de ações individuais pleiteando o fornecimento desse “remédio”, com a possibilidade de surgirem consideráveis decisões judiciais conflitantes.

Poderia neste caso um dos legitimados requerer a conversão da aludida ação individual em ação coletiva? A princípio, sim, pois estariam presentes ambos os pressupostos: a) relevância social, em razão de envolver, dentre outros direitos, o direito fundamental a saúde, de caráter transindividual, especialmente no que toca a possibilidade de cura de uma doença que assola a humanidade; e b) a dificuldade na formação de litisconsórcio, haja vista o grande número de pessoas pleiteando a aludida pílula, localizadas nas mais diversas regiões do país, bem como cada litisconsorte ter a necessidade de comprovar a necessidade de tal tratamento, o que dificultaria um processo judicial célere.¹⁹⁷

Como genuína técnica de processo coletivo, o *caput* do artigo 333 do CPC/15 previa que a conversão da ação individual em ação coletiva poderia ser requerida pelo Ministério

¹⁹⁵ “Enunciado 38 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Os requisitos de relevância social e de dificuldade de formação do litisconsórcio são alternativos.”

¹⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

¹⁹⁷ Cumpre saber que o Congresso Nacional editou a lei 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, “pílula do câncer”; no entanto, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar em ADI suspendendo a eficácia da aludida lei: “É inconstitucional a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *ADI 5501/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19 maio 2016.

Público, pela Defensoria Pública ou por outro legitimado para a condução do processo coletivo.

O § 1º do artigo 333 do CPC/15 mencionava que, além do Ministério Público e da Defensoria Pública, poderiam requerer a conversão os legitimados referidos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (lei 7.347/1985), e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990). Aliás, apesar de não restar expreso no CPC/15, mesmo os autores das demandas individuais poderiam requerer que o juiz intimasse uma dessas instituições para que avaliassem a conveniência e a oportunidade de ajuizarem as ações coletivas.

Ou, ainda, se o juiz verificasse que, por se tratar de tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, os autores individuais não tivessem legitimidade para a propositura de ação de alcance coletivo deveria, ao invés de indeferir a petição inicial por falta de pressuposto processual e resolver o processo sem julgamento de mérito (arts. 330, II, e 485, I e IV, CPC/15), como forma de saneamento do vício (art. 139, IX, CPC/15), oficiar ao Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, aos demais colegitimados para a propositura das ações coletivas (arts. 5º da lei 7.347/85 e 92 do CDC) para avaliarem a oportunidade e a conveniência de prosseguirem no feito e requerem a conversão da ação individual em coletiva, com a possibilidade de aditamento ou de emenda da petição inicial¹⁹⁸. Como o CPC/15 não fixa prazo para a conversão da demanda individual em coletiva, para tal hipótese, poderia ser aplicado, por analogia, o lapso temporal de 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 9º da lei 4.717/65¹⁹⁹.

As finalidades institucionais do Ministério Público estão prevista no artigo 127 da CRFB/88, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda mais, dentre suas funções institucionais previstas no artigo 129 da Constituição da República de 1988, o inciso III lhe atribui a responsabilidade de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, mediante a promoção do inquérito civil e da ação civil pública. Assim, a Constituição da República de 1988 apenas esboçou exemplificativamente um quadro geral das hipóteses de interesse público, porque estão em jogo certos valores reputados essenciais, que

¹⁹⁸ “Enunciado 148 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Nos casos em que o juiz reconhecer a ilegitimidade do autor individual para requerer a tutela de interesse de alcance coletivo, será possível a conversão, como forma de saneamento do vício, no prazo de noventa dias.”

¹⁹⁹ “Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.”

o sistema não quer deixar à margem da tutela oferecida por meio do processo, de tal modo que o inciso IX, do artigo 129 da CRFB/88, permitiu ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade²⁰⁰.

Assim, o vetado artigo 333 do CPC/15, ao fornecer ao Ministério Público outro instrumento processual idôneo à proteção de bens jurídicos transindividuais, tal qual fizeram outras leis infraconstitucionais, a exemplo do artigo 82, inciso I do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º, inciso I da Lei de Ação Civil Pública, estava em consonância com a Constituição da República de 1988. O veto ao artigo 333 do CPC/15 retirou do Ministério Público um importante mecanismo de atuação na proteção dos interesses sociais indisponíveis.

De igual importância, era o reconhecimento, pelo artigo 333 do CPC/15, da legitimidade da Defensoria Pública para o pedido de conversão de ação individual em coletiva. Isso porque tal regra reforçava a sua legitimidade na tutela coletiva, tal qual objetivou a lei 11.448/2007 ao inserir a Defensoria como legitimada a propositura da ação civil pública, não obstante o Superior Tribunal de Justiça já tivesse reconhecido sua legitimidade anteriormente²⁰¹. Tal entendimento ficou ainda mais evidente após a Emenda Constitucional 80/2014, que alterou a redação do artigo 134 da CRFB/88, prevendo expressamente a incumbência da Defensoria Pública para a defesa de direitos individuais e coletivos²⁰².

Ademais, o artigo 333 do CPC/15 previa como legitimados aqueles referidos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que combinados são: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao

²⁰⁰ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102-103.

²⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *REsp 555.111/RJ*, Rel. Ministro Castro Filho, j. 05 set. 2006.

²⁰² “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas.” Idem. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 73343/MG*, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 04 nov. 2015.

patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Tais legitimados deveriam assumir a condição de autores, atuando a parte originária da relação jurídica processual como litisconsorte unitário do então legitimado para a condução do processo coletivo, consoante dispunha o § 6º do artigo 333 e parágrafo único do artigo 18 do CPC/15. Isso significa que a decisão de mérito do processo coletivo atingiria, de maneira uniforme, todos os litisconsortes: aquele que pediu a conversão da ação individual em coletiva, enquanto legitimado extraordinário, e o autor originário da ação individual, enquanto legitimado ordinário. Tal consideração é importante para a compreensão dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva a terceiros não integrantes do processo²⁰³. Tratava-se, portanto, de uma autorização do ordenamento jurídico para que se pleiteasse direito alheio em nome próprio, enquadrando-se como substituição processual.

Cumprido salientar a diferença de legitimidade e consonância com um Estado Democrático da conversão da ação individual em coletiva, ao revés do disposto no IRDR e no RE e REsp repetitivos, que restringem significativamente a participação de atores sociais na construção da decisão que afetará a coletividade. A participação destas instituições na defesa de direitos coletivos foi uma conquista histórica e já tradicional na sistemática processual civil brasileira, cuja qual teve um retrocesso na sua ausência de previsão expressa no microsistema de casos repetitivos.

Em sendo determinada a conversão da ação individual em coletiva e, conseqüentemente, a substituição processual, o legitimado coletivo poderia aditar ou emendar a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva, nos termos do § 4º do artigo 333. Assim, seria possível que os pedidos formulados fossem totalmente reformulados, de modo a abranger a tutela coletiva. Caso o autor originário tivesse cumulado pedido de natureza estritamente individual, o processamento desse pedido dar-se-ia em autos apartados, consoante previa o § 9º do artigo 333 do CPC/15.

O CPC/15 estabelece a regra do dever de consulta do juiz no artigo 10, concretizando o princípio do contraditório em sua dimensão substancial, por meio da oportunidade dada às partes de se manifestarem e de influírem no julgamento, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Nesse sentido, caso houvesse aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz

²⁰³ O conceito de litisconsórcio unitário utilizado pelo CPC/15 é o de Barbosa Moreira, de tal modo que o mesmo entendimento se deve ter sobre a extensão da coisa julgada, devendo a decisão do processo ser estendida aos (potenciais) litisconsortes. MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 142-143.

determinaria a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias, nos termos do § 5º do artigo 333.

É de se destacar que o regime de conversão da ação individual em coletiva respeitava a garantia do contraditório. Isso porque o contraditório não era visto apenas sob uma ótica individualista, mas em um vínculo jurídico entre indivíduos ligados entre si por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base, representados pelo legitimado extraordinário.

Entretanto, cumpre criticar a proibição contida no § 2º, do artigo 333, do CPC/15, de que a conversão não poderia implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. Aqui, verifica-se a influência dos detentores do poder econômico na sistemática processual brasileira quando de sua aprovação. Imagine-se a possibilidade de conversão de uma ação individual, que pleiteia a nulidade de determinada tarifa bancária ou telefônica, em ação coletiva, de forma que a decisão judicial atinja atores externos ao processo. A proteção coletiva desse direito aos consumidores seria positiva, uma vez que poucas ações individuais dessa espécie são propostas, em razão da pequena quantia de dinheiro em litígio. No entanto, possibilitar a conversão da aludida ação seria extremamente desvantajoso às grandes empresas que operam no sistema bancário e no setor telefônico, em razão da iminência de condenações milionárias.

Apesar de tecnicamente injustificável a vedação então contida no § 2º do artigo 333 do CPC/15, tal impossibilidade de conversão de ações individuais, que versassem sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, em ações coletivas poderia ser mitigada pela aplicação do artigo 139, inciso X, do CPC/15. Esta regra processual atribuiu ao juiz o poder-dever de oficiar sobre a existência de demandas individuais repetitivas aos colegitimados para a propositura de ações coletivas (arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor). Além disso, para agilizar a prestação jurisdicional e assegurar isonomia e segurança jurídica, o juiz ou o relator de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública poderiam requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, caso a controvérsia envolvesse questão unicamente de direito (arts. 976 e 977, CPC/15).

Por outro lado, ressalta-se a necessidade de atuação do Ministério Público nas conversões de ações individuais em coletivas. O Ministério Público deveria ser ouvido, como fiscal da ordem jurídica, sobre o pedido de conversão, salvo quando ele próprio houvesse formulado tal pretensão, consoante dispunha o § 10 do artigo 333. Devido à repercussão social das ações coletivas, cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento do direito

como um todo e ter uma atuação protetiva em relação à defesa dos interesses coletivos *lato sensu* no processo civil²⁰⁴.

Assim, poderia o Ministério Público verificar o cumprimento dos pressupostos para a conversão e do regular desenvolvimento do devido processo coletivo, especialmente acerca da efetividade na tutela do direito coletivo pleiteado. Com isso, a atuação do Ministério Público poderia contribuir: para a promoção do acesso a uma justiça célere e efetiva; para a desobstrução dos órgãos judiciais, por meio da diminuição das demandas com pedido idêntico; para assegurar maior racionalização das decisões jurisdicionais, com isonomia dos atores processuais e a extinção de decisões conflitantes; e, enfim, para se buscar uma maior efetividade da tutela jurisdicional. Afinal, de nada adiantaria a conversão de ações individuais em coletivas, se isso fosse prejudicial aos interesses sociais afetados pelos litígios.

O artigo 333 do CPC/15 previa que atendidos os pressupostos de relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, dentre outros legitimados, ouvido o autor, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse pedido que: I - tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

O pedido deduzido pelo autor, em uma ação judicial, define o objeto material sobre o qual o juiz e as partes desenvolverão suas atividades processuais, delimitando os efeitos externos suscetíveis de serem incluídos no dispositivo da sentença²⁰⁵. Na ação individual, o pedido busca tutelar um direito de que o demandante se afirma titular, não sendo possível a tutela de um direito difuso ou coletivo por meio de uma ação individual, em razão da ausência de legitimidade do particular, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico, consoante o artigo 18 do CPC/15.

No entanto, é possível que a tutela de um bem jurídico individual afete, além da esfera jurídica individual, também o âmbito (jurídico) coletivo, que é justamente o que estabelecia o inciso I, do artigo 333. Por exemplo, a demanda ambiental individual (*v.g.*, sobre poluição sonora), em que ao se tutelar um “microbem” individual, indiretamente haveria uma

²⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 41-42.

²⁰⁵ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 120.

melhoria ao “macrobem” ambiental pertencente à coletividade. Seria, pois, um exemplo de ação individual com alcance coletivo a possibilitar a conversão²⁰⁶.

Por sua vez, estabelecia o inciso II, do artigo 333, do CPC/15 que a possibilidade de conversão em ação coletiva de pedido relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, para se assegurar tratamento isonômico para todos os integrantes do grupo. Tal dispositivo tinha por finalidade abranger os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* previstos no artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não se tratava de interesses coletivos, mas de direito individual com vários titulares.

Por exemplo, um condomínio que propusesse uma ação de reintegração de posse para a defesa do bem em condomínio. A relação jurídica plurilateral se refere a um direito indivisível, atinente à relação formada pelos condôminos, titulares do direito à proteção possessória, em face de um sujeito acusado de esbulho. Entretanto, não basta que um direito seja indivisível para se tornar coletivo²⁰⁷. O direito coletivo pertence a um único titular, o grupo. Assim sendo, a questão da proteção dos pedidos relativos a uma relação plurilateral indivisível não deve ser resolvida por meio da técnica do processo coletivo, mas do litisconsórcio facultativo unitário ativo. Logo, o juiz poderia, mesmo de ofício, com fundamento nos artigos 116 e 259, inciso III do CPC/15, bem como do artigo 7º da Lei de Ação Civil Pública, informar os demais cotitulares da pendência de processo para, querendo, atuarem como assistentes litisconsorciais. Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis afirmou no Enunciado 119²⁰⁸.

Ademais, a insistência da utilização do artigo 333 do CPC/15 para a proteção dos pedidos relativos a uma relação plurilateral indivisível, por não terem natureza de direito coletivo, mas apenas de direitos individuais com vários titulares, traria o inconveniente de a coisa julgada atingir a todos, mesmo se a ação fosse julgada improcedente. Com isso, não incidiria as regras dos artigos 103 do Código de Defesa do Consumidor e 13 da Lei de Ação Civil Pública, que trata da coisa julgada *in utilibus*, isto é, baseado no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, as ações coletivas, quando o pedido é julgado procedente, o resultado pode ser transposto para as demandas individuais. Logo, sendo

²⁰⁶ ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Breves comentários do novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 958-959.

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 962.

²⁰⁸ “Enunciado 119 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: Em caso de relação jurídica plurilateral que envolva diversos titulares do mesmo direito, o juiz deve convocar, por edital, os litisconsortes unitários ativos incertos e indeterminados (art. 259, III), cabendo-lhe, na hipótese de dificuldade de formação do litisconsórcio, oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou a outro legitimado para que possa propor a ação coletiva.”

julgado improcedente o pedido da ação coletiva, não restariam prejudicadas as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos.

Além disso, a conversão das ações individuais em coletivas não poderiam ser realizadas a qualquer momento: já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento, haveria uma proibição para tal conversão. Ainda, havendo processo coletivo pendente com o mesmo objeto ou sendo o juízo incompetente para o processo coletivo, não caberia o incidente de coletivização.

Por outro lado, o regime jurídico do artigo 333 do CPC/15 não deixava claro se o autor da ação individual tinha que desistir da ação coletiva. Apenas afirmava que o autor originário da ação individual atuaria como litisconsorte unitário do legitimado para a condução do processo coletivo (art. 333, § 6º, CPC/15) e que ele não seria responsável por nenhuma despesa decorrente da conversão do processo individual em coletivo (art. 333, § 7º, CPC/15). Entretanto, o CPC/15 não poderia compelir o autor da ação individual a desistir da ação coletiva, por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. Tal entendimento está consagrado no sistema processual brasileiro, quando afirma que a ação coletiva não induz litispendência com as ações individuais, embora os autores das demandas individuais somente possam se beneficiar da coisa julgada na ação coletiva se suspenderem as ações individuais, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (arts. 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança e 13, parágrafo único, da Lei do Mandado de Injunção).

Verifica-se, portanto, que a possibilidade de converter uma ação individual em coletiva exerceria grande influência no número de processos em tramitação, bem como na isonomia e segurança jurídica oferecida aos jurisdicionados. Basta imaginar a possibilidade de converter uma ação individual, que postula a nulidade de uma cláusula contratual de um contrato de financiamento de um imóvel do Sistema Financeiro de Habitação, em uma ação coletiva, para conjecturar a abrangência dos efeitos do aludido mecanismo processual, que teria efeitos coletivos e sociais significantes por todo o país.

3.5 DIÁLOGO ENTRE O MICROSSISTEMA DESTINADO À RESOLUÇÃO DE CASOS REPETITIVOS NO CPC/15 E AS AÇÕES COLETIVAS

Diante da abordagem processual coletiva dispensada pelo Código de Processo Civil de 2015 às demandas de massa, com a formação de um microssistema destinado a resolução de casos repetitivos, cumpre analisar as vantagens e desvantagens da adoção de tal sistema,

sobretudo, em comparação com o microsistema das ações coletivas, que não foram tratadas pelo legislador do novo Código.

Ao passo que o CPC/15 se adéqua à tutela coletiva de demandas repetitivas já postuladas em juízo, sob um viés estritamente repressivo, deixa-se de lado o tratamento de questões envolvendo pequenas pretensões quando individualmente consideradas, mas que vistas enquanto coletividade, por afetar um grande número de indivíduos, podem ser garantidas com efetividade pelas ações coletivas.

Por exemplo, se uma instituição financeira acrescenta aos contratos de financiamento uma tarifa indevida ao cliente no valor de dez reais mensais, referente a um serviço não contratado, embora seja possível que parcela dos clientes lesados contate o SAC, procure o PROCON ou eventualmente proponha uma ação judicial, dificilmente um número significativo de consumidores lesados terão seu direito restituído extrajudicialmente ou proponham tal ação individual pleiteando o seu direito, a ponto de ser necessário a formação de um IRDR ou de um RE ou REsp repetitivos. Isto, em razão do pequeno valor envolvido, o desconhecimento da acerca da ilegalidade da cobrança, a demora na prestação jurisdicional, uma vez que provavelmente o tempo necessário para o trâmite do processo será superior ao número de parcelas mensais a serem pagas com a tarifa indevida, dentre as diversas barreiras ao acesso à justiça, já apontadas no primeiro capítulo.

Por outro lado, caso não seja proposta uma ação coletiva para tutelar o direito individual homogêneo da coletividade, haverá uma instabilidade social pela ausência de confiabilidade nas instituições e na prestação jurisdicional ofertada pelo Estado, bem como haverá um enriquecimento sem causa legítima por parte da empresa, com espaço para a reiteração de tal conduta ou de conduta semelhante. Ao saber da ausência de instrumentos efetivos do Estado para coibir tal conduta indevida pode ser inserido na própria política da empresa tais ganhos em detrimento do consumidor, reiterando-se tal prática (o que, aparentemente, já é uma realidade, ante os números expressivos de ações judiciais contra bancos e empresas de telefonia, apontados no primeiro capítulo). Verifica-se aqui a crise do Poder Judiciário em seu vértice instrumental, em virtude da omissão do legislador na ampliação de meios idôneos a tutela efetiva de tais direitos, principalmente em seu aspecto preventivo.

Inicialmente, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil apresentado pelo Senado Federal, atendia, de certo modo, ao caráter preventivo dos litígios em massa ao prever no artigo 895 que identificada uma controvérsia “com potencial” de gerar relevante multiplicação de processos com idêntica questão de direito, o juiz ou relator, de ofício, e as

partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, por petição, poderiam suscitar a instauração do IRDR, a fim de evitar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de decisões conflitantes²⁰⁹. Ocorre que tal previsão foi retirada durante a tramitação do projeto, sendo aprovado sob a exigência de “efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito” (art. 976, I, CPC/15), o que demonstra o caráter não preventivo do IRDR²¹⁰.

Ademais, mesmo que haja um número significativo de processos envolvendo questões jurídicas comuns acerca do tema, a ponto de se formar um IRDR ou um RE ou REsp repetitivo –, em que o microsistema de casos repetitivos atuaria na redução do número de processos em trâmite, em razão da suspensão dos processos que veiculem a mesma questão jurídica; na garantia da segurança jurídica, com a diminuição de decisões conflitantes; e na garantia de isonomia aos jurisdicionados –, tal julgamento não reestabelecerá a ordem jurídica a contento, pois afetará tão somente o grupo de indivíduos que postulou individualmente em juízo, sem nenhum efeito para aqueles que não encontraram razões ou não tiveram meios suficientes para acessar à justiça. Assim, parcela do dano causado e do lucro gerado pela violação aos direitos daqueles consumidores não serão ressarcidos, de modo que a técnica processual coletiva escolhida (IRDR ou RE e REsp repetitivos) funcionará como instrumento da empresa para gerar ganhos à vista do ordenamento jurídico, com o consequente enriquecimento sem causa legítima.

Enquanto isso, ao tratar tal direito da coletividade por meio de uma ação coletiva, acolhido o pleito envolvendo direitos individuais homogêneos, mesmo que as vítimas ou seus sucessores não se habilitem no processo em número compatível com a gravidade dos danos para terem seus direitos ressarcidos, o artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública preveem a possibilidade de liquidação coletiva

²⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: 13 set. 2017. p. 203.

²¹⁰ Não se desconhece as críticas sobre um possível caráter preventivo do IRDR, por isto este estudo se estrutura na convivência harmônica entre as ações coletivas e o microsistema de processos repetitivos. Por todos: “a definição da tese jurídica central e comum às demandas repetitivas, de forma prévia e sem o amadurecimento das discussões em torno dela, apesar de valorizar a garantia constitucional da razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, CF/1988), poderia criar o risco de o julgamento deixar de levar em consideração argumentos capazes de influenciar decisivamente em seu resultado. Com efeito, se a decisão de um incidente é tomada de forma precoce, não se elimina a hipótese de, em curto espaço de tempo, surgirem novos e eficazes questionamentos, sobre os quais não se terá refletido ou examinado. Na hipótese de tais novos argumentos serem capazes de alterar o resultado da tese jurídica definida em um incidente, o precedente por ele formado ficaria superado ou já deveria ser modificado, em prejuízo à própria efetividade do instituto.” CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 243, p. 333-362, maio 2015. p. 339.

residual²¹¹, conhecida como *Fluid Recovery*²¹². Haveria, assim, a destinação dos valores decorrentes de tais danos a um fundo destinado à reconstituição dos bens lesados. Deste modo, ao menos mediatamente, o tratamento de tais direitos coletivos beneficiaria toda a coletividade, diferente do que ocorre com o modelo de casos repetitivos adotado pelo CPC/15.²¹³ Ademais, pode-se perceber nas ações coletivas além de um aspecto repressivo, um aspecto preventivo, diverso do que ocorre com o microsistema destinado à resolução de casos repetitivos.

No que tange a extensão dos efeitos da decisão proferida, revela-se uma diferença substancial entre o microsistema de resolução de demandas repetitivas do CPC/15 e as ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos.

No microsistema de ações coletivas há a extensão subjetiva dos efeitos da coisa julgada da demanda coletiva para alcançar os membros do grupo substituído tão somente na hipótese de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (art. 81, III, CDC).²¹⁴ Em caso de improcedência do pedido na ação coletiva envolvendo direito individual homogêneo surgem duas hipóteses: a) caso o indivíduo tenha integrado o processo como litisconsorte (art. 94, CDC), ele sofrerá os efeitos da coisa julgada material e não poderá propor uma ação individual pelos danos sofridos; b) porém, caso o interessado não tenha intervido no processo como litisconsorte, ele não sofrerá os efeitos da coisa julgada material e poderá propor uma ação individual pelos danos sofridos (art. 103, § 2º CDC)²¹⁵. Isto é o que

²¹¹ “O referido remédio jurídico, que é uma criação da jurisprudência norte-americana na análise das chamadas *class actions*, visa dar efetividade a determinadas ações coletivas que têm por objeto a reparação de danos, cujas sentenças, ou não são liquidadas pelas vítimas, ou, então, quando não há habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano.” POMPÍLIO, Gustavo. Aspectos polêmicos acerca da *fluid recovery* no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 225, p. 277-292, nov. 2013. p. 278.

²¹² “Por *Fluid Recovery*, entende-se como sendo o método de distribuição dos valores que não foram utilizados ou destinados por um dado grupo de pessoas lesadas. Mais comumente, os valores decorrentes do *Fluid Recovery* são utilizados de forma residual a fim de se atingir e reparar, ainda que indiretamente, o maior número possível de lesados.” ROSSI, Fernando Henrique. Coisa julgada na ação coletiva e a administração e destinação dos valores provenientes da execução coletiva de danos individuais homogêneos. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 19. p. 159-177, jul./dez. 2013. p. 172.

²¹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 140.

²¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, p. 191-207, set. 2012. p. 192.

²¹⁵ Cumpre saber que, neste caso, é possível a propositura de outra ação a título individual, porém, não é possível a propositura de nova ação coletiva com o mesmo objeto. “Após o trânsito em julgado de decisão que julga improcedente ação coletiva proposta em defesa de direitos individuais homogêneos, independentemente do motivo que tenha fundamentado a rejeição do pedido, não é possível a propositura de nova demanda com o mesmo objeto por outro legitimado coletivo, ainda que em outro Estado da federação.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *REsp 1.302.596/SP*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 9 dez. 2015.

se denomina coisa julgada *secundum eventum litis*, cuja extensão dos efeitos da ação coletiva dependerá do seu resultado, se procedente ou improcedente.

A adoção dos efeitos *secundum eventum litis* diferem do sistema tradicional do processo civil, em que os efeitos da coisa julgada são *pro et contra*, isto é, independem do resultado do processo. Porém, ao mesmo tempo, deve-se lembrar de que tal sistema foi elaborado para a solução de conflitos de base individual e não para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, que devem ter parâmetros e regras diferenciadas²¹⁶. No microsistema de resolução de demandas repetitivas do CPC/15, mesmo sendo uma espécie de processo coletivo, a solução adotada, independente se procedente ou improcedente, impedirá a discussão da causa em uma ação individual, tal qual o faz o sistema individualista tradicional.

Há pontos positivos e negativos em ambos os sistemas.

A ideia central acerca da possibilidade de se rediscutir em uma ação individual uma questão já decidida em uma ação coletiva, em virtude de ela ter sido julgada improcedente e o indivíduo não ter participado do processo, respeita o princípio do contraditório e a possibilidade do indivíduo interferir efetivamente na tomada de decisão que irá lhe afetar. Sob tais fundamentos, Ada Pellegrini Grinover surge como uma das maiores defensoras de tal efeito, pois o legislador do CDC, ao fazer tal previsão, deu mais valia ao conteúdo dos direitos discutidos no processo, uma vez que se trata de direitos da coletividade, em que sua defesa afeta um grande número de pessoas e seu desrespeito atinge a credibilidade das instituições sociais como um todo.²¹⁷ Contudo, ao mesmo tempo, não diminui o número de demandas que entram no Poder Judiciário, em razão da possibilidade de propositura de uma ação individual com o mesmo objeto da ação coletiva já julgada, sendo, a princípio, prejudicial à administração da justiça²¹⁸.

Por outro lado, a solução adotada pelo microsistema de resolução de demandas repetitivas “é diversa, e consideravelmente mais contundente, na medida em que a decisão proferida neste procedimento quanto à questão jurídica central comum às ações isomórficas

²¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, "collateral estoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". *Revista dos Tribunais*, vol. 608, p. 23-33, jun. 1986. p. 30.

²¹⁷ “Na hipótese de improcedência da ação coletiva, as pessoas lesadas, que não tiverem participado da relação processual como litisconsortes do autor coletivo, ainda poderão propor ação indenizatória a título individual. A decisão desfavorável proferida na ação coletiva constituirá um simples precedente, mais ou menos robusto conforme o caso, mas não será o fenômeno da coisa julgada que impedirá o ajuizamento de ações individuais.” GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo coletivo. v. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

²¹⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 237-274, jun. 2011. p. 246.

produzirá eficácia *pro et contra*.²¹⁹ Isto enfraquecerá a discussão em ação individual sobre o objeto da questão jurídica já decidida, possibilitando ao juiz julgar liminarmente improcedente o pedido, caso haja entendimento firmado em IRDR ou RE ou REsp repetitivos (art. 332, II e III, CPC/15); o impedimento da remessa necessária de sentença fundada em IRDR ou RE ou REsp repetitivos (art. 496, § 4º, II e III, CPC/15); possibilita ao relator negar seguimento a recurso que for contrário ao entendimento firmado em IRDR ou RE ou REsp repetitivos (art. 932, IV, 'b' e 'c', CPC/15) e, depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária ao a entendimento firmado em IRDR ou RE ou REsp repetitivos (art. 932, V, 'b' e 'c', CPC/15); além da possibilidade de utilização da Reclamação (art. 988, II e IV, CPC/15) e a intersecção com o microsistema precedentalista do novo Código.

Porém, não se pode desconsiderar a limitação dos mecanismos processuais das ações repetitivas que, apesar de se adequarem, primordialmente à tutela isonômica dos direitos individuais homogêneos, imprescindivelmente necessitam do efetivo ajuizamento de ações individuais²²⁰, que passarão pelo trâmite do processo de conhecimento e inviabilizam a proteção dos danos de bagatela.²²¹ Enquanto isso, julgada procedente a ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos, a sentença produzirá coisa julgada *erga omnes*, possibilitando à liquidação da sentença e a posterior execução (coletiva ou individual) pela vítima e seus sucessores, bem como pelos legitimados coletivos (art. 97, CDC).²²² Invariavelmente, ambos os casos necessitam de um julgamento posterior, porém, há maior celeridade nas ações coletivas, por adentrarem imediatamente na fase de liquidação e execução de sentença.

A sentença proferida em ação coletiva, de acordo com a redação dada pela lei 9.494/97 ao artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública – em manifesto retrocesso à efetividade das ações coletivas – fará coisa julgada *erga omnes*, limitada a competência territorial do órgão prolator, de modo que seus efeitos não se irradiarão por todo país. Por possibilitar a

²¹⁹ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, p. 191-207, set. 2012. p. 192.

²²⁰ “Ademais, considerando a questão da eficiência na gestão do Poder Judiciário, visto aqui como um serviço público, não é razoável acreditar que o incidente de resolução de demandas repetitivas será a solução para o crescente acúmulo de demandas. Para que determinado sujeito seja beneficiado pela aplicação da tese jurídica fixada no incidente, ele será obrigado a ajuizar uma ação individual.” RUDINI NETO, Rogério. Diálogos entre o novo Código de Processo Civil e o microsistema brasileiro de tutela coletiva. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Procedimento Comum*. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1113.

²²¹ MENDES; RODRIGUES, op. cit. p. 193.

²²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo coletivo. v. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

propositura de ações com o mesmo objeto em diversos Municípios ou Estados, oportuniza a proliferação de decisões contraditórias, violando a segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os cidadãos, além da celeridade processual, por exigir outro processo com o mesmo objeto já decidido.

Em razão disso, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Embargos de Divergência n. 1134957, relatado pela Ministra Laurita Vaz, ao tratar do julgamento do recurso especial repetitivo (representativo de controvérsia) n. 1.243.887/PR, relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, “ao analisar a regra prevista no art. 16 da lei 7.347/85, primeira parte, consignou ser indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão julgante.”²²³, de modo que os Embargos de Divergência foram acolhidos para afastar a limitação territorial prevista no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública.²²⁴

Assim, enquanto no incidente de resolução de demandas repetitivas a decisão estabelece uma tese jurídica comum aplicável ao âmbito territorial do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal (art. 985, II, CPC/15), as ações coletivas, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – que deveria ser o estabelecido pela própria legislação, inclusive com as esperadas alterações no processo coletivo pelo Código de Processo Civil de 2015, que não ocorreram –, garantiria celeridade processual, sem desprezar o princípio do contraditório, bem como isonomia a todos os jurisdicionados.

Destaque-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estenderem os efeitos da tese jurídica geral fixada no IRDR a todo território nacional, por ocasião do julgamento de mérito do recurso extraordinário ou especial (art. 987, § 2º,

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EREsp 1134957/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 24 out. 2016.

²²⁴ Importa transcrever parte do voto do Ministro Luis Felipão Salomão no recurso especial repetitivo: “A bem da verdade, o art. 16 da LACP baralha conceitos heterogêneos - como coisa julgada e competência territorial - e induz a interpretação, para os mais apressados, no sentido de que os "efeitos" ou a "eficácia" da sentença podem ser limitados territorialmente, quando se sabe, a mais não poder, que coisa julgada - a despeito da atecnia do art. 467 do CPC - não é "efeito" ou "eficácia" da sentença, mas qualidade que a ela se agrega de modo a torná-la "imutável e indiscutível". É certo também que a competência territorial limita o exercício da jurisdição e não os efeitos ou a eficácia da sentença, os quais, como é de conhecimento comum, correlacionam-se com os "limites da lide e das questões decididas" (art. 468, CPC) e com as que o poderiam ter sido (art. 474, CPC) - *tantum judicatum, quantum disputatum vel disputari debebat*. A apontada limitação territorial dos efeitos da sentença não ocorre nem no processo singular, e também, como mais razão, não pode ocorrer no processo coletivo, sob pena de desnaturaçãõ desse salutar mecanismo de soluçãõ plural das lides. A prosperar tese contrária, um contrato declarado nulo pela justiça estadual de São Paulo, por exemplo, poderia ser considerado válido no Paraná; a sentença que determina a reintegraçãõ de posse de um imóvel que se estende a território de mais de uma unidade federativa (art. 107, CPC) não teria eficácia em relação a parte dele; ou uma sentença de divórcio proferida em Brasília poderia não valer para o judiciário mineiro, de modo que ali as partes pudessem ser consideradas ainda casadas, soluções, todas elas, teratológicas. A questão principal, portanto, é de alcance objetivo ("o que" se decidiu) e subjetivo (em relação "a quem" se decidiu), mas não de competência territorial.” Idem. *REsp 1243887/PR*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19 out. 2011.

CPC/15).²²⁵ Hipótese excepcional de cabimento de tais recursos, não sendo a regra tal extensão de efeitos por todo o território nacional, principalmente em razão da necessidade de repercussão geral no âmbito do Supremo Tribunal Federal e dos pressupostos legais para o Superior Tribunal de Justiça.

José Maria Tesheiner e Cíntia Teresinha Burhale Mua²²⁶ mencionam que haverá circunstâncias em que tanto poderá ser suscitado o incidente de resolução de demandas repetitivas, quanto ser proposta uma ou mais ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos, inclusive com a possibilidade de o IRDR ser suscitado em uma ação coletiva repetitiva que envolva controvérsia sobre a mesma questão de direito. Assim, poderia uma ação individual ser duplamente suspensa, uma suspensão determinada pela propositura da ação coletiva, conforme entendimento do STJ²²⁷, e outra suspensão por força do IRDR (art. 313, IV, CPC/15) ou RE ou REsp repetitivos (art. 1.036, § 2º, CPC/15).

No que tange a suspensão dos feitos, a fim de que seja julgado o RE ou REsp repetitivos, com posterior aplicação da solução às demandas pendentes, parcela da doutrina sempre discutiu se tal previsão não violaria o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB/88), tendo em vista que em muitos casos os recursos repetitivos demoravam muito a serem julgados, deixando milhares de processos sem andamento. Em atenção a tais críticas, originalmente, o CPC/15 previu que caso o julgamento dos recursos afetados não fossem julgados no prazo de um ano, cessaria a afetação e a suspensão dos processos, que retomaria o seu prazo normal (art. 1.036, § 5º, CPC/15), em atenção à razoável duração do processo, à inafastabilidade da jurisdição e ao devido processo legal.

Ocorre que a lei 13.526, de 04 de fevereiro de 2016 ao reformar o Código de Processo Civil de 2015, revogou o § 5º, do artigo 1.036, do CPC/15, restando a disposição de que os recursos afetados serão julgados no prazo de um ano e terão preferência sobre os

²²⁵ TESHEINER, José Maria; MUA, Cíntia Teresinha Burhale. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos: diálogo integrativo. *Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, p. 1-12, mar. 2017. p. 7. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/publicacoes/index.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

²²⁶ Ibidem. p. 7-8.

²²⁷ “Recurso repetitivo. Processual civil. Recurso especial. Ação coletiva. Macro-lide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade. 1 - Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2 - Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3 - Recurso Especial improvido.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *REsp 1110549/RS*, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28 out. 2009.

demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e pedido de *habeas corpus* (art. 1.036, § 4º, do CPC/15), sem que cesse a afetação e a suspensão, caso não sejam julgados em tal prazo.²²⁸ Seguem, assim, tanto o microsistema de casos repetitivos, quanto o microsistema de ações coletivas sob a crítica de buscar a otimização da prestação jurisdicional, porém, em desatenção a fundamentos constitucionais.

Determinados casos terão maior viabilidade de serem pleiteados em juízo por meio de uma ação coletiva, a exemplo, como já mencionado, dos pequenos danos que afetam numerosas pessoas, mas que reunidos em grupo representam um grande proveito ilícitamente obtido pela parte contrária. Por outro lado, haverá casos em que o incidente de resolução de demandas repetitivas ou os recursos extraordinário e especial repetitivos serão a opção viável para o tratamento célere, isonômico e juridicamente seguro das demandas em massa, a exemplo de ações individuais envolvendo “tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados” (art. 1º, parágrafo único, Lei de Ação Civil Pública), em razão da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, ter limitado o uso de ação civil pública para tais assuntos.

Diante do desenvolvimento do processo coletivo no Brasil, algumas medidas provisórias tentaram atravancar os avanços do acesso à tutela jurisdicional coletiva em matérias que não interessavam ao governo, em manifesto desserviço à garantia fundamental da tutela jurisdicional célere e efetiva, de modo que os Tribunais Superiores, na contramão da restrição do objeto da defesa judicial dos interesses coletivos *lato sensu*, já reconheceram a legitimidade do Ministério Público para ações coletivas relativas à matéria previdenciária²²⁹, a

²²⁸ “Com a revogação do § 5.º do art. 1.037 da Lei 13.105/2015, o sistema judiciário sofreu um enorme retrocesso no que se refere ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Vale notar que não houve alteração do § 4.º, que continua afirmando que os recursos afetados deverão ser julgados em um ano; o que significa nada, tendo em mira que qualquer consequência pelo transcurso do prazo não mais existe. Assim, a novidade que seria trazida pelo CPC/2015 seria de suma importância para o que fosse respeitado tanto o devido processo legal como o amplo acesso à justiça. O que é prejudicial para os litigantes, que não terão garantia alguma de quando seus recursos serão julgados, podendo aguardar “indefinidamente” por uma decisão.” BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; HENRIQUES, Paula Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 258, p. 205-223, ago. 2016. p. 215.

²²⁹ “[...] 6. O reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública em matéria previdenciária mostra-se patente tanto em face do inquestionável interesse social envolvido no assunto, como, também, em razão da inegável economia processual, evitando-se a proliferação de demandas individuais idênticas com resultados divergentes, com o conseqüente acúmulo de feitos nas instâncias do Judiciário, o que, certamente, não contribui para uma prestação jurisdicional eficiente, célere e uniforme. 7. Após nova reflexão sobre o tema em debate, deve ser restabelecida a jurisprudência desta Corte, no sentido de se reconhecer a legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo de ação civil pública destinada à defesa de direitos de natureza previdenciária.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *REsp 1142630/PR*, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07 dez. 2010.

defesa de beneficiários do DPVAT²³⁰ e o STF reconheceu a repercussão geral quanto às ações coletivas envolvendo o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço²³¹.

Ou seja, é como se o governante dissesse assim: como a Constituição e as leis instituíram um sistema para defesa coletiva de direitos, e como esse sistema pode ser usado contra o governo, então impeço o funcionamento do sistema para não ser acionado em ações coletivas, nas quais posso perder tudo de uma só vez. Sim, o fundamento é exatamente esse, pois, se, em vez da ação coletiva tiver de ser usada a ação individual, cada lesado terá de contratar individualmente um advogado para lutar em juízo. Em caso de danos dispersos na coletividade, isso só será bom para o causador do dano, nunca para os lesados, já que, na prática, a grande maioria dos lesados não buscará acesso individual à jurisdição, diante das enormes dificuldades práticas supervenientes (honorários de advogados, despesas processuais, demora, pequeno valor do dano individual, decisões contraditórias etc.). E é com isso que contam os governantes, quando cobram "empréstimos compulsórios" jamais devolvidos, criam contribuições "provisórias" que se tornam definitivas; cobram impostos confiscatórios sobre salários; retêm arbitrariamente as devoluções de impostos cobrados a mais, negam devolução da correção monetária de que se apropriou o Estado nas contas do FGTS.²³²

O retrocesso na defesa dos interesses coletivos por meio da edição de medidas provisórias, restringindo a abrangência das ações coletivas, e a ausência de desenvolvimento dos projetos legislativos as envolvendo, é contingente, em decorrência de determinado momento histórico do país. Aliás, esta suposta superioridade do IRDR e do RE e REsp repetitivos sobre as ações coletivas, por poderem veicular estas matérias vedadas pelo legislador para as ações coletivas, pode se mostrar pernicioso ao Poder Executivo, ante o seu desenvolvimento, sendo muito cedo para a análise de seus resultados concretos e seu âmbito de incidência. A própria ação coletiva já foi meio idôneo à tutela desses direitos, no entanto, “caso o Poder Público sinta que o “IRDR” de fato é uma ferramenta capaz de contrariar seus

²³⁰ Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação coletiva em defesa dos direitos individuais homogêneos dos beneficiários do seguro DPVAT, inclusive com o cancelamento da súmula 470 do STJ. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *REsp 858.056/GO*, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27 maio 2015. Idem. Supremo Tribunal Federal. Plenário. *RE 631.111/GO*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07 ago. 2014.

²³¹ “Processual civil e constitucional. Recurso extraordinário. Ministério público. Ação civil pública. Cabimento para a veiculação pretensão que envolva o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Interpretação do Art. 1º, Parágrafo único, da lei 7.347/85 em face da disposição do art. 129, III, da Constituição Federal. Repercussão geral configurada. 1. Possui repercussão geral a questão relativa à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que veicule pretensão envolvendo o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). 2. Repercussão geral reconhecida.” Idem. Supremo Tribunal Federal. *RG RE 643978/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17 set. 2015.

²³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 814.

interesses (alguns escusos), com absoluta certeza promoverá ataques contra esse instituto, tal como ocorreu com a tutela coletiva.”²³³

A limitação destas matérias a serem tuteláveis pelas ações coletivas tinha como escusa a clara limitação ao acesso coletivo à jurisdição o fato de tais demandas poderem ser pleiteadas em ações individuais, de modo que o acesso à justiça estaria garantido. No entanto, considerando a suspensão obrigatória das ações individuais com a admissão do caso repetitivo no tribunal (art. 313, IV, CPC/15), Hugo Nigro Mazzilli questiona criticamente se o acesso à justiça estaria garantido, pois o indivíduo não tem a opção de não se incluir no resultado do caso repetitivo, como acontece no sistema *opt out* do CPC/15, diverso do que ocorre com o sistema *opt in* das ações coletivas, em que o indivíduo tem o direito de escolha da suspensão ou não da sua ação individual (art. 104, CDC).²³⁴

Além disso, o regime jurídico do microsistema de ações coletivas envolvendo direitos individuais homogêneos objetiva discutir o direito material em si, que porventura venha a se repetir em numerosos processos, sem que sirva ao atendimento de questões processuais repetitivas, que podem se repetir em processos heterogêneos. Isto é, o microsistema de casos repetitivos possui grande importância no tratamento das questões processuais repetitivas, ante sua função de fixar precedentes e vincular a tese jurídica às demais ações repetitivas. Por outro lado, enquanto o microsistema de casos repetitivos se restringe ao julgamento de questões unicamente de direito, o microsistema de ações coletivas também serve para o julgamento de questões fáticas, o que permite uma melhor visualização do caso concreto ao direito aplicável.

Cumprido ressaltar que o microsistema de ações coletivas e o microsistema de casos repetitivos envolvendo direitos individuais homogêneos têm dentre suas finalidades funcionarem como instrumento de resolução da crise do Poder Judiciário, especialmente diante da pulverização de casos repetitivos e suas consequências indesejadas, seja no que tange a administração da justiça, seja quanto à violação da isonomia e segurança jurídica.

²³³ RUDINIKI NETO, Rogério. Diálogos entre o novo Código de Processo Civil e o microsistema brasileiro de tutela coletiva. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Procedimento Comum*. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 1114.

²³⁴ “Enfim, se o CPC de 2015 efetivamente tivesse querido preocupar-se com a tutela coletiva, estaria aí uma das mais importantes questões a tratar: o acesso coletivo à Justiça em questões tributárias, em questões previdenciárias e outras que, embora não interessem aos maus governantes, interessam em muito à justiça social no País. E nem se diga que o incidente de resolução de demandas repetitivas resolveria tais questões, pois teremos que muito discutir para ver se matérias excluídas pelo parágrafo único do art. 1º da LACP podem ser alcançadas por este incidente, haja vista o princípio de que lei geral não revoga lei especial. A melhor possibilidade de fazê-lo seria reconhecer que esse parágrafo é inconstitucional, como o é – o que surpreendentemente os tribunais ainda não disseram.” MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 210.

Cumpra saber que o processo coletivo também pode auxiliar na diminuição do número de processos que envolvam direitos difusos e coletivos *strico sensu*, a exemplo das demandas individuais repetitivas pleiteando o mesmo medicamento de uso contínuo ao Estado. Fato consentâneo a esta realidade ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, em que o Ministério Público ajuizou ação civil pública postulando que fosse mantido remédio em estoque mínimo pelo prazo de dois meses, para pacientes portadores da doença de Gaucher, uma vez que mensalmente ele faltava no estoque da Secretaria de Saúde, prejudicando o tratamento dos pacientes e exigindo uma nova determinação judicial para o seu fornecimento.²³⁵

Quanto aos recursos extraordinário e especial repetitivos surge à dúvida se o intento de julgar demandas em massa é compatível com as funções do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não se desconhece o acúmulo de processos de competência originária dos Tribunais Superiores, nem a numerosidade de recursos pendentes de julgamento, cujo procedimento incidente nestes casos já sofreu inúmeras reformas processuais, a fim de melhorar o funcionamento destas cortes, a exemplo da exigência de reconhecimento de repercussão geral para o julgamento dos recursos extraordinários e a criação das súmulas vinculantes. No entanto, não existe racionalidade em pensar que a numerosidade de recursos possa atrapalhar o serviço prestado pelos Tribunais Superiores, pois estes recursos sequer possuem razão para serem admitidos. Uma vez conhecido o primeiro recurso envolvendo controvérsia de direito, todos os outros contendo questão idêntica não devem ser admitidos, mas deveriam aguardar a espera do julgamento suspensos, o que possibilitaria seu julgamento mais rápido.²³⁶

Segundo Luiz Guilherme Marinoni somente seria possível falar em recurso repetitivo no Superior Tribunal de Justiça, em razão da ausência de filtro recursal, como a repercussão geral, capaz de propiciar a seleção dos casos adequados ao exercício de sua função de desenvolvimento do direito. Porém, no que toca ao Supremo Tribunal Federal é uma anomalia jurídica pensar que ela tem a função de tomar conhecimento e corrigir todas as decisões equivocadas, já que não é esta a sua função.²³⁷ Ademais, neste ponto toca o microsistema precedentalista, cujo quais os Tribunais Superiores exercem importante função de elaborar precedentes e orientar casos futuros, em casos que tenham efetiva relevância econômica,

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. *RE 429903/RJ*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 jun. 2014.

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 142.

²³⁷ *Ibidem*. p. 143-144.

política ou social.²³⁸ Do contrário, estas decisões devem ter fim nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais, porém, para isso há a necessidade de que seja reformulada a estrutura constitucional recursal, a fim de revalorizar os Tribunais Superiores e as próprias decisões dos demais tribunais.

Importante previsão do microssistema de casos repetitivos, ausente no microssistema de ações coletivas, refere-se ao dever de comunicação da tese jurídica fixada ao órgão, ente ou agência reguladora competente para a fiscalização de sua efetiva aplicação, quando o recurso ou o incidente envolver questão relativa à prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização (arts. 985, § 2º e 1.040, IV, CPC/15), uma vez que muitas das questões repetitivas se referem a contratos objeto de fiscalização por entidades reguladoras, tal qual bancos, empresas de telefonia, distribuidoras de água e energia, dentre outras. Tal previsão possibilita um importante diálogo institucional entre o Judiciário e os agentes fiscalizadores, além de comprovar a ciência acerca da decisão e possibilitar eventual responsabilização e tomada de medidas cabíveis, ante a falta de providências.

No mesmo sentido de importância instrumental ao processo coletivo, o dever do Conselho Nacional de Justiça de manter um cadastro nacional de registro eletrônico com os IRDRs e RE e REsp repetitivos instaurados e julgados, a fim de ampliar sua divulgação e publicidade (art. 979, CPC/15). A relevância das informações colhidas, como o objeto das causas, os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos relacionados, permite que vários juízos tenham conhecimento dos casos repetitivos, bem como possibilita uma maior contribuição e interferência do *amicus curiae* nos julgamentos. Um banco nacional de questões envolvendo direitos coletivos *lato sensu* repetitivos teria grande valia às ações coletivas, pois possibilitaria a melhor visualização do problema pelos legitimados à defesa de tais direitos.

²³⁸ Um exemplo das espécies de litígios, sem a repercussão coerente a atuação de um Tribunal Superior, que chegam ao Superior Tribunal de Justiça pode ser encontrada em recente julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ao decidir que *pole dance* não é um esporte e, portanto, não há necessidade do professor estar inscrito no Conselho Regional de Educação Física. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. *AgInt no Recurso Especial n. 1.602.901/RS*, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26 set. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da sociedade capitalista moderna e da globalização, com a distribuição em série de bens e serviços, contribuiu sobremaneira para o aumento tanto da litigiosidade enfrentada pelo Poder Judiciário, quanto da litigiosidade contida nas relações sociais sem a devida garantia pela ordem jurídica justa. Além disso, houve a expansão dos direitos individuais e sociais, em decorrência do Estado Democrático de Direito fundado na Constituição da República de 1988, que, mesmo diante de uma marcha de avanços e recuos em sua estabilidade, ampara situações jurídicas passíveis de repetição, exigentes de uma estrutura processual diferenciada para sua efetividade.

Neste cenário, casos repetitivos se acumulam no Poder Judiciário levando-o a crise, em razão da ausência de mecanismos processuais condizentes as novas espécies de litígios, uma vez que a sistemática processual civil brasileira estava arraigada à resolução de casos individuais. Assim, surge a necessidade de tratamento molecular do litígio, diverso da então estrutura atomista do processo. É claro, o processo coletivo é apresentado como um dos instrumentos de resolução desta crise, embora existam outros fatores inerentes à realidade política, econômica e cultural brasileira, que podem influenciar igualmente ou com maior intensidade na melhoria da prestação jurisdicional.

Atenta a esta realidade e às demais barreiras de acesso à justiça, impeditivas a tutela jurisdicional isonômica e juridicamente segura, aparece o processo coletivo, enquanto técnica processual apta a dar resposta rápida, célere, econômica e eficiente a estas demandas. No entanto, a efetividade encontrada no processo coletivo não é interessante para todos os atores sociais, especialmente para o Estado, os detentores do poder econômico e a própria classe de advogados, uma vez que dá atenção jurídica a demandas até então não asseguradas, bem como maior eficiência na tutela dos casos que até então se repetem em processos interindividuais, o que não é economicamente vantajoso para os litigantes habituais, além de diminuir o número de processos individuais propostos. Desta forma, os avanços do sistema processual coletivo brasileiro encontram empecilhos à superação dos velhos vícios do processo civil clássico.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 não foi diferente, buscou-se melhorar a tutela jurisdicional a ser prestada de forma adequada, efetiva e em tempo razoável, com grandes e elogiáveis avanços quando comparado ao obsoleto Código de Processo Civil de 1973 e sua ausência de sistematicidade, que caminhava distante de um sistema

instrumental coerente. Todavia, o aprimoramento do processo coletivo não foi o esperado pela comunidade jurídica, sem a destinação de um livro próprio à tutela jurisdicional coletiva, em expresso intento da comissão de juristas encarregada da elaboração do novo Código, deixando o tema a um superveniente Código de Processo Coletivo, embora não tenha tido nenhum avanço a respeito nos últimos anos. Aliás, diante da realidade do legislativo atual, composta por políticos representantes das aludidas classes, os progressos na tutela coletiva, até certo ponto, são utópicos, o que não inibe seu estudo e busca por implementação.

Assim, o CPC/15 apenas dialoga esparsamente com o microssistema de ações coletivas, mediante reduzidas remições à legislação extravagante, sem que haja uma evolução efetiva nas técnicas processuais coletivas. A principal inovação na tutela coletiva, prevista originalmente no CPC/15, o instituto da conversão da ação individual em ação coletiva, foi vetado pela Presidência da República, sob o desarrazoado argumento de que o artigo 333 poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa e que o Código já contemplava mecanismos para tratar demandas repetitivas.

Percebe-se, portanto, uma prevalência das técnicas individuais de repercussão coletiva sobre as técnicas coletivas de repercussão individual, expressa no incidente de resolução de demandas repetitivas e nos recursos extraordinário e especial repetitivos, imanescentes a um microssistema de casos repetitivos. Trabalha-se, então, com o processo coletivo e suas espécies: o microssistema de casos repetitivos e o microssistema de ações coletivas.

Embora o IRDR e o RE e REsp repetitivos contribuam para a eficiência da prestação jurisdicional repressiva, quando há efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o CPC/15 poderia ter ido além. Afinal, o julgamento destes casos repetitivos objetiva gerar um precedente judicial a ser aplicado por juízes e tribunais a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, além dos casos futuros que digam respeito à idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território da competência do tribunal.

No entanto, o microssistema de casos repetitivos não se reveste dos benefícios da coisa julgada coletiva e não tutela adequadamente as demandas de bagatela, exigindo a propositura de ações individuais, que se iniciam na fase de conhecimento, diferentemente do que poderia ocorrer com o incidente de coletivização do artigo 333 do CPC/15 e nas próprias ações coletivas. Uma decisão em ação coletiva envolvendo direitos individuais homogêneos permite ao indivíduo postular em juízo diretamente na fase de liquidação e execução, além de

possuir mecanismo para a reparação dos danos residuais não pleiteados, o *Fluid Recovery*, evitando o enriquecimento sem causa legítima e o favorecimento de determinados litigantes, ante as eventuais desigualdades no acesso à justiça. Além disso, atende com maior intensidade o devido processo legal, uma vez que possui um rol mais abrangente de legitimados e tem o contraditório substancialmente mais coerente a um Estado Democrático de Direito.

O veto ao incidente de coletivização, contido no artigo 333 do CPC/15, pela Presidência da República, além de inconsistente, frustrou a expectativa de um mais amplo aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro, pois permitiria a convivência harmônica entre as técnicas individuais de repercussão coletiva e as técnicas coletivas de repercussão individual. Tampouco a conversão das ações individuais em coletivas, aprovada no Congresso Nacional, foi pouco criteriosa, bastando quando muito o veto parcial do artigo 333, II, do CPC/15.

Ademais, perdeu-se a oportunidade de regulamentar a matéria no âmbito do Código de Processo Civil, local apropriado para disciplinar as relações entre o processo individual e coletivo. Portanto, vetar o artigo 333 do CPC/15, sob o argumento de que a conversão das ações individuais em coletivas exigia disciplina própria, em outra lei, foi despropositado e demonstra uma ausência de fundamentos razoáveis para não adotar tal técnica processual já no CPC/15. Ademais, o incidente de conversão certamente também se presta a tutela de direitos individuais homogêneos, diverso do que a redação aprovada pelo Congresso Nacional dispunha.

No entanto, não foi vetado o artigo 139, inciso X, do CPC/15, incumbindo ao juiz o poder-dever, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público (enquanto fiscal da ordem jurídica), quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar ao Ministério Público ou à Defensoria Pública e, na medida do possível, a outros legitimados (nos termos dos arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor) para propor, se for o caso, a ação coletiva respectiva. Tal dever do magistrado também é uma imposição do princípio da colaboração processual, contido no artigo 6º do CPC/15. É claro, isto já era previsto implicitamente no CPC/73, embora fosse pouco utilizado pelos juízes, o que exige uma alteração de perspectiva da própria magistratura sobre a utilização do processo coletivo no Brasil, sob pena de se tornar disposição inútil.

Além disso, não obstante o artigo 139, inciso X, do CPC se tratar de um dever judicial, nada impede que os colegitimados para a ação coletiva, independentemente de comunicação do Poder Judiciário, de ofício, ajam de forma pró-ativa, instaurando procedimentos para apurar a violação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

e, quando não for o caso de resolução extrajudicial dos conflitos, promovam a respectiva demanda coletiva.

Com a propositura da ação coletiva, deverão ser notificados os demandantes individuais para que suspendam o andamento de suas ações e, desta forma, possam ser beneficiados com a coisa julgada do processo coletivo (arts. 104 do CDC, 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 e 13, parágrafo único, da Lei 13.300/2016). A correta aplicação do artigo 139, inciso X, do CPC/15 pode mitigar os efeitos nocivos causados pelo desarrazoado veto ao artigo 333 do CPC/15, tornando-se um fator de promoção da tutela processual coletiva, com a redução de demandas individuais e a mais isonômica e segura proteção dos direitos. Isto porque os colegitimados para a propositura das ações coletivas (arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do CDC), ao serem informados da repetição de demandas individuais repetitivas, podem avaliar a conveniência e a oportunidade do ajuizamento da demanda necessária à tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, a fim de conseguir os benefícios proporcionados pela coisa julgada coletiva.

Do mesmo modo, apesar do veto ao incidente de coletivização, como é dever do juiz determinar o saneamento de vícios processuais (art. 139, IX, CPC/15), o princípio da instrumentalidade recomenda que o magistrado, ao invés de indeferir a petição inicial por falta de pressupostos processuais e resolver o processo sem julgamento de mérito (arts. 330, I, e 485, I, CPC/15), aplique, por analogia o disposto no artigo 9º da Lei 4.717/65, com reforço do artigo 139, X, do CPC/15, e oficie a um dos colegitimados para, querendo, prosseguir no curso da ação, com a possibilidade de aditar ou emendar a petição inicial, a fim de transformar a ação, inicialmente individual, em coletiva.

Assim, realizado este diálogo entre as espécies de processos coletivos, o microsistema de casos repetitivos do CPC/15 e o microsistema de ações coletivas, verifica-se que ambos podem auxiliar na resolução da crise do Poder Judiciário e no acesso à justiça, com maior isonomia processual, garantia de segurança jurídica e celeridade processual.

No entanto, acredita-se que a função preventiva e substancial exercida pelas ações coletivas configura um poderoso instrumento de manutenção do Estado Democrático de Direito, pois atende materialmente os direitos daqueles que não possuem acesso real à ordem jurídica justa. Levam em consideração as inúmeras barreiras mencionadas no primeiro capítulo, no que toca aos danos de bagatela, que não são pleiteados em juízo e permitem que alguns atores econômicos tirem proveito do sistema, diminuindo as vantagens dos litigantes habituais e tornando mais equânime a relação processual, pois respeita as garantias constitucionais processuais do devido processo legal, com uma maior participação social da

própria coletividade civil, uma vez que seus legitimados não se restringem a instituições estatais, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública.

O processo coletivo pode auxiliar em um importante escopo da justiça estatal, a democratização, em que uma maior participação da própria sociedade na resolução dos seus litígios pode auxiliar na conscientização do que é justiça, na internalização das decisões judiciais, bem como na resposta jurídica de acordo com os seus anseios. No entanto, para a ampliação do uso do processo coletivo no Brasil, faz-se necessária a convergência de interesses do Estado com o de seus cidadãos, em busca de uma sociedade mais civilizada e determinada à manutenção da ordem jurídica.

Desta forma, a ação coletiva se revela como importante instrumento desta revolução democrática da justiça, porém, não podem ser fechados os olhos para suas inconsistências, cujas quais podem ser devidamente melhoradas com um Código de Processo Coletivo e o incentivo dos operadores do direito na sua utilização. Infelizmente o legislador do Código de Processo Civil de 2015 deixou de lado a grande possibilidade de um instrumento processual afetar positivamente a desigualdade processual existente no Poder Judiciário brasileiro. Embora utópica a realidade de um Código de Processo Coletivo no Brasil, deve-se lutar por ele, além de depositar esperança na efetividade do processo coletivo enquanto instrumento de resolução da crise do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade contida. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 567-579.

ALMEIDA, João Batista. Ação civil pública revisitada: a reconstrução de um instrumento da cidadania. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 335-348.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 196, p. 237-274, jun. 2011.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. *Revista CEJ*, Brasília, n. 24, p. 64-74, jan./mar. 2004.

BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; HENRIQUES, Paula Valério. Recursos extraordinário e especial repetitivos no CPC/2015: uso e interpretação de acordo com o modelo constitucional de processo. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 258, p. 205-223, ago. 2016.

BATISTA, Lia Carolina. Pressupostos processuais e efetividade do processo civil – uma tentativa de sistematização. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 214, p. 79-119, dez. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos. *A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. Biblioteca digital do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/8688>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

BOTELHO, Marcos César. *A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório final sobre o código de processo civil*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2017: ano-base 2016*. 13. ed. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>>. Acesso em: 24 set. 2017.

_____. _____. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. 12. ed. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. _____. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. *Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. *IV diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em: <<https://www.anadep.org.br/wtksite/downloads/iv-diagnostico-da-defensoria-publica-no-brasil.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. *Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157517&tp=1>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496296>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. _____. *Decisões acerca das proposições temáticas*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1134957/SP*, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 24 out. 2016.

_____. _____. Primeira Turma. *AgInt no Recurso Especial n. 1.602.901/RS*, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 26 set. 2017.

_____. _____. Quinta Turma. *REsp 1142630/PR*, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 07 dez. 2010.

_____. _____. *REsp 1243887/PR*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 19 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *REsp 1110549/RS*, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28 out. 2009.

_____. _____. _____. *REsp 858.056/GO*, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 27 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. *REsp 1.302.596/SP*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09 dez. 2015.

_____. _____. Sexta Turma. *HC 211.888/TO*, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 17 maio 2016.

_____. _____. Terceira Turma. *REsp 555.111/RJ*. Rel. Min. Castro Filho. j. 05 set. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RG RE 643978/DF*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17 set. 2015.

_____. _____. Plenário. *RE 631.111/GO*, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 07 ago. 2014.

_____. _____. _____. *RE 573232/SC*, Rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, j. 14 maio 2014.

_____. _____. _____. *RE 73343/MG*. Rel. Min. Dias Toffoli. j. 04 nov. 2015.

_____. _____. _____. *ADI 5501/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 19 maio 2016.

_____. _____. Primeira Turma. *RE 429903/RJ*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25 jun. 2014.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 201-223, maio 2014.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, maio 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

_____; FOGAÇA, Marcos Vargas. Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/15, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 389-409, maio/ago. 2017.

_____; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 243, p. 333-362, maio 2015. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 62, p. 205-220, abr./jun. 1991.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 65, p. 127-143, jan./mar. 1992.

CARDOSO, Juliana Provedel. *O modelo brasileiro de processo coletivo: as ações coletivas e o julgamento de casos repetitivos*. 2017. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

CARVALHO, José de Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; BORGES, Sabrina Nunes. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas – análise dos aspectos polêmicos à luz dos fundamentos constitucionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 262, p. 315-337, nov. 2016.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 77, p. 224-235, jan./mar. 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar. 2011.

DA ROS, Luciano. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. Newsletter. *Observatório de elites políticas e sociais do Brasil*, NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015.

DAWALIBI, Marcelo. Limites subjetivos da coisa julgada em ação civil pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DELGADO, José Augusto. Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 153, p. 259-270, jul./set. 1983.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 256, p. 209-218, jun. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DUTRA, Quésia Falcão. Novas perspectivas na interpretação da garantia de acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 53, p. 26-30, abr./jun. 2011.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia. In: PANDOLFI, Dulce Chaves. et al. (Org.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 61-76.

FOGAÇA, Mateus Vargas. *Os precedentes judiciais como forma de concretização da segurança jurídica no direito brasileiro*. 2016. 185 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2016.

_____; FOGAÇA, Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 66, p. 509-533, jul./dez. 2015.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito de São Paulo. *Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2016*. Coleções de Direito SP. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/17204>>. Acesso em: 28 jul. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 133-156.

GIOLO JÚNIOR, Cildo. *Morosidade da justiça: a responsabilidade patrimonial do estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

GONÇALVES, Vinícius José. *Tribunais multiportas: pela efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos*. Curitiba: Juruá, 2015.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: _____ et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Processo coletivo. v. II. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Projeção da população do Brasil e das unidades da federação*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 26 set. 2017.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389-402, 1996.

LAURIS, Élide. Entre o social e o político: a luta pela definição do modelo de acesso à justiça em São Paulo. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 87, p. 121-142, dez. 2009.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. *O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional*. 2015. 715 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Coisa julgada, "collateral estoppel" e eficácia preclusiva "secundum eventum litis". *Revista dos Tribunais*, vol. 608, p. 23-33, jun. 1986.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra a dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 962, p. 131-151, dez. 2015.

_____. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: decisão de questão idêntica x precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Alberto Carneiro. *Perspectivas do processo coletivo no movimento de universalização do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 211, p. 191-207, set. 2012.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). *Coleção novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 313-357.

MONFARDINI, Luciano Pasoti. *Efetividade do processo civil: um singelo esboço histórico e uma despreziosa investigação conceitual-doutrinária, à luz das necessidades de sempre e das tendências hodiernas*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32091-37900-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 61, p. 187-200, jan./mar. 1991.

_____. Discurso de posse na academia de letras jurídicas em 7 de abril de 1992. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 67, p. 118-123, jul./set. 1992.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 102, p. 228-238, abr./jun. 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 102, p. 55-67, abr./jun. 2001.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos*. Curitiba: Juruá, 2015.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 29-50, jan./jun. 2007.

POMPÍLIO, Gustavo. Aspectos polêmicos acerca da fluid recovery no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 225, p. 277-292, nov. 2013.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: projeto florença e banco mundial*. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Origens históricas da tutela coletiva: da actio popularis romana às class actions norte-americanas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 188, p. 101-146, out. 2010.

_____. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSSI, Fernando Henrique. Coisa julgada na ação coletiva e a administração e destinação dos valores provenientes da execução coletiva de danos individuais homogêneos. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 19. p. 159-177, jul./dez. 2013.

RUDINIKI NETO, Rogério. Diálogos entre o novo Código de Processo Civil e o microsistema brasileiro de tutela coletiva. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Procedimento Comum*. v. 2. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 55-66, mar./abr./maio 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 10, p. 9-40, dez. 1982.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985.

_____. A universidade do século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade. *Revista Educação, Sociedade & Culturas*, n. 23, p. 137-202, 2005.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 236, p. 205-255, out. 2014.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade no novo CPC. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUSA, José Augusto Garcia de (Org.). *Defensoria Pública*. Coleção Repercussões do novo CPC. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 283-311.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Considerações sobre o direito norte-americano. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, p. 113-133, out./dez. 1979.

TESHEINER, José Maria; MUA, Cíntia Teresinha Burhale. Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva relativa a direitos individuais homogêneos: diálogo integrativo. *Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*, p. 1-12, mar. 2017. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/publicacoes/index.html>. Acesso em: 15 set. 2017.

VIAFORE, Daniela. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo Musterverfahren "incidente de resolução de demandas repetitivas" no PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217. p. 277-279, mar. 2013.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128-135.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.

_____. Capítulo 1 - Disposições Gerais. Comentários dos arts. 81 ao 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 31. n. 139, p. 28-35, set. 2006.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (org.). *Max Weber: sociologia*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1986. p. 128-141.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político do direito processual civil brasileiro no estado democrático constitucional*. 2005, 407. f. Tese. (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em:

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

_____. Três modelos de processo coletivo no direito comparado: class actions, ações associativas/litígios agregados e o “processo coletivo: modelo brasileiro”. *Revista Eletrônica de Processos Coletivos*, Porto Alegre, v. 8, n. 3, jul./set. 2014. Disponível em:

<http://www.processoscoletivos.com.br/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1460-tres-modelos-de-processo-coletivo-no-direito-comparado-class-actions-acoooes-associativas-litigios-agregados-e-o-processo-coletivo-modelo-brasileiro#_ftn3>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: _____; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 23-47.

ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Breves comentários do novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 958-959.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.