

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG
Programa de Pós-Graduação em Direito

**A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA
JULGADA NO PROCESSO COLETIVO:**

**ANÁLISE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE PROCEDÊNCIA DE
SENTENÇA COLETIVA EM AÇÃO INDIVIDUAL IMPROCEDENTE
NÃO SUSPensa E TRANSITADA EM JULGADO**

Raimundo Cândido Júnior

Belo Horizonte
2015

Raimundo Cândido Júnior

**A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA COISA
JULGADA NO PROCESSO COLETIVO:**

**ANÁLISE DA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE PROCEDÊNCIA DE
SENTENÇA COLETIVA EM AÇÃO INDIVIDUAL IMPROCEDENTE
NÃO SUSPensa E TRANSITADA EM JULGADO**

Tese de Doutorado sob a orientação da Professora Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau como requisito para obtenção do título de Doutor em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

**Belo Horizonte
Faculdade de Direito da UFMG
2015**

JUNIOR, Raimundo Cândido.

Xxxxxxx

A extensão dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo: análise da extensão dos efeitos de procedência de sentença coletiva em ação individual improcedente não suspensa e transitada em julgado/ Raimundo Cândido Júnior. – 2015.

Orientadora: Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau

Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Bibliografia: xxxxxxxx

1. Direito 2. xxxxxxxxxxxxxxxx 3. xxxxxxxx. Título

CDD: xxx



Universidade Federal de Minas Gerais
Programa de Pós-graduação em Direito
Faculdade de Direito

Tese intitulada “A extensão dos efeitos da coisa julgada no processo coletivo: análise da extensão dos efeitos de procedência de sentença coletiva em ação individual improcedente não suspensa e transitada em julgado”, de autoria do doutorando Raimundo Cândido Júnior, aprovada pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Belo Horizonte, 28 de setembro de 2015.

Prof^ª. Dr^ª. Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau (Orientadora) - UFMG

Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme - UFMG

Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos – UFMG

Prof. Dr. Luís Carlos Balbino Gambogi – Universidade FUMEC

Prof^ª. Dr^ª Renata Christiana Vieira Maia - UFOP

À memória do Cândido Raymundo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, professora doutora Tereza Thibau, pela compreensão e pelas valiosas lições e a todos os familiares, pelo auxílio na caminhada.

Agradeço a Deus, razão da nossa existência.

RESUMO

O artigo 104 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – dispõe que as ações coletivas, previstas no seu art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais e que os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, a que se refere aquela Lei, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão dos processos individuais, no prazo de trinta dias, a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva. O presente trabalho sustenta a tese de que a sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva deve estender os efeitos da coisa julgada coletiva, *erga omnes* ou *ultra partes*, também à ação individual anteriormente ajuizada, com pedido julgado improcedente, por sentença transitada em julgado, cujo processo não tenha sido suspenso. Nesta hipótese, defende-se a flexibilização da coisa julgada que se abateu sobre a sentença de improcedência do pedido, na ação individual. Assim, afasta-se a contradição entre os julgados de improcedência do pedido na ação individual e de procedência do mesmo pedido, com base na mesma causa de pedir, na ação coletiva, em prol da segurança jurídica e da primazia que deve ser dada à coisa julgada coletiva, *erga omnes* ou *ultra partes*. Também como fundamento da tese sustentada, invoca-se o princípio da igualdade de todos que sejam titulares dos mesmos direitos, com prevalência da isonomia sobre a coisa julgada, instituto que deve ser respeitado para a segurança e não para a insegurança das relações jurídicas. Por isso, o trabalho, com apoio em jurisprudência, também defende a suspensão obrigatória do curso das ações individuais, na pendência das ações coletivas, independentemente da vontade dos interessados, nos moldes do que já ocorre no julgamento de recursos repetitivos, conforme artigos 543-B, § 1º e 543-C, § 1º do Código de Processo Civil. Assim, evitar-se-á o risco de decisões conflitantes e, também, diminuir-se-á o exagerado número de processos a cargo do Judiciário, uma das metas do processo coletivo. Para tanto, a tese sustenta a necessidade de alteração do texto do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, para adequá-lo aos fins da boa realização da justiça.

Palavras-chave: Processo Coletivo. Prioridade da Coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*. Suspensão Compulsória da Ação Individual. Nova Redação do Artigo 104 do CDC.

ABSTRACT

Article 104 of Law 8.078/90 – Consumer Protection Code – sets out that class actions, under its Article 81, do not produce *lis alibi pendens* for private actions and that the *erga omnes* or *ultra partes* *res judicata* effect, to which that Law refers, will not benefit the plaintiff of private actions unless private lawsuits are suspended within thirty days, counted as from when the class action was filed. This paper holds that judgment for plaintiff in the class action should also extend the effects of the collective matter adjudged, *erga omnes* or *ultra partes*, to private actions previously filed and denied by an unappealable judgment, where the process has not been suspended. Therefore, we argue for the flexibility of the matter adjudged (*res judicata*), which led to the denial of the claim in the private action. Thus, we avoid the contradiction of judgement for the defendant in private actions and judgement for the plaintiff in class lawsuits with the same claim based on the same cause of action, for the benefit of legal certainty and the priority that should be given to collective *res judicata*, *erga omnes* or *ultra partes*. Also as grounds for this argument, we invoke the principle of equal rights for all, with prevalence of equal protection of the law of the matter adjudged, which should be respected in the interest of certainty rather than uncertainty in legal relationships. Therefore, this paper, supported by jurisprudence, also advocates compulsory suspension of the course of private actions whilst class actions are being adjudged, regardless of the wishes of the interested parties, in the same way as occurs in judgement of repetitive appeals, according to Articles 543-B, first paragraph and 543-C, first paragraph of the Code of Civil Procedure. Thus, we avoid the risk of conflicting judgments and, further, we reduce the huge number of lawsuits before the Judiciary, which is one of the goals of class action lawsuits. For this purpose, this dissertation supports the need for alteration of the text of Article 104 of the Consumer Protection Code to adapt it for the benefit of good legal practice.

Key-words: Class Action – Priority of *Res judicata erga omnes* or *ultra partes* – Compulsory Suspension of Private Action – Alteration of the Article 104 of the Consumer Protection Code.

RÉSUMÉ

L'article 104 de la Loi 8.078/90 – Code de la Défense du Consommateur – dispose que les actions collectives, prévues dans son article 81, n'induisent pas litispendance par rapport aux actions individuelles et que les effets de la chose jugée *erga omnes* ou *ultra partes*, selon cette Loi, ne bénéficieront pas les auteurs des actions individuelles si la suspension des procès individuels n'est pas demandée dans le délai de trente jours, à partir de la connaissance, dans le dossier, des poursuites intentées par l'action collective. Ce travail soutient la thèse selon laquelle le jugement de provenance (?) de la demande formulé dans l'action collective doit élargir les effets de la chose jugée collective *erga omnes* ou *ultra partes* à l'action individuelle antérieurement appréciée, dont le recours a été rejeté par arrêt passé en force de chose jugée et dont la procédure n'a pas été suspendue. Dans ce cas, nous défendons la flexibilisation de la chose jugée qui a porté sur le rejet de la demande, dans l'action individuelle. La contradiction entre le refus de la demande dans l'action individuelle et de l'acceptation de la même demande, fondée sur la même cause, dans l'action collective, est ainsi éliminée en faveur de la sécurité juridique et de la priorité accordée à la chose jugée collective, *erga omnes* ou *ultra partes*. La thèse ici soutenue se fonde également sur le principe de l'égalité de tous ceux qui sont titulaires des mêmes droits, compte tenu de la prévalence de l'isonomie sur la chose jugée, institut qui doit être respecté en faveur de la sécurité et non de l'insécurité des relations juridiques. Dans cette perspective, et appuyé sur la jurisprudence, ce travail défend également la suspension obligatoire des actions individuelles en cours, dans l'attente des actions collectives, indépendamment de la volonté des intéressés, selon le modèle de ce qui arrive déjà dans le jugement des recours répétitifs, en conformité avec les articles 543-B, § 1° e 543-C, § 1 du Code de Procédure Civile. Le risque de décisions contradictoires sera par conséquent évité et le nombre exagéré des procès auprès du Judiciaire considérablement diminué. Dans ce but, la thèse soutient la nécessité de modification du texte de l'art. 104 du Code de Défense du consommateur a fin de l'adapter aux finalités de la bonne administration de la justice.

Mots-clé: Procès collective – Primauté de la chose jugée *erga omnes* ou *ultra partes* - Suspension obligatoire de l'action individuelle - Modification du texte de l'art. 104 du Code de Défense du consommateur

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	10
2.	A LIDE	12
3.	MEIOS DE SOLUÇÃO DAS LIDES	15
3.1	A autotutela ou autodefesa.....	15
3.2	A autocomposição	16
3.3	A mediação	17
3.4	A arbitragem.....	18
3.5	O processo	19
3.5.1	<i>A trilogia estrutural do Direito Processual.....</i>	<i>19</i>
3.5.1.1	A jurisdição	20
3.5.1.2	A ação	21
3.5.1.2.1	Natureza jurídica da ação.....	23
3.5.1.2.1.1	Teoria civilista.....	23
3.5.1.2.1.2	Teoria de Muther.....	24
3.5.1.2.1.3	Teoria do direito concreto à tutela	26
3.5.1.2.1.4	Teoria da ação como direito potestativo	27
3.5.1.2.1.5	Teoria da ação no sentido abstrato	27
3.5.1.3	O processo	28
3.5.1.3.1	Natureza jurídica do processo.....	28
3.5.1.3.1.1	O processo como contrato.....	29
3.5.1.3.1.2	O processo como quase-contrato	29
3.5.1.3.1.3	O processo como relação jurídica	30
3.5.1.3.1.4	O processo como situação jurídica.....	30
3.5.1.3.1.5	Teoria constitucionalista do processo	31
3.5.1.3.1.6	Teoria do processo como instituição.....	32
3.5.1.3.1.7	O processo como procedimento em contraditório	32
3.5.1.3.1.8	Teoria neo-institucionalista do processo.....	34
4.	A LITIGIOSIDADE EXCESSIVA	35
4.1	Causas.....	35
4.1.1	<i>O livre acesso à justiça e as demandas reprimidas.....</i>	<i>35</i>

4.1.2	<i>Os demandistas contumazes</i>	35
4.2	Efeitos da litigiosidade excessiva	37
4.2.1	<i>Ineficiência da máquina estatal</i>	37
4.2.2	<i>A “justiça de assessores”:</i> <i>indevida delegação da função</i> <i>jurisdicional</i>	37
4.2.3	<i>Legislações casuísticas: desvio das funções dos Poderes Públicos</i>	38
4.2.4	<i>Limitação do tamanho das peças processuais</i>	39
4.2.5	<i>O processo eletrônico</i>	42
4.2.6	<i>Falta de fundamentação dos julgados: a chamada “jurisprudência</i> <i>defensiva”</i>	42
5.	PROCESSO INDIVIDUAL E PROCESSO COLETIVO	45
5.1	Noções introdutórias. Retrospecto	45
5.2	As ondas renovatórias de acesso à justiça	46
5.2.1	<i>A primeira onda – A assistência judiciária gratuita</i>	47
5.2.2	<i>A segunda onda – A representação dos interesses difusos</i>	49
5.2.3	<i>A terceira onda – A efetividade do processo</i>	51
5.3	O processo coletivo	53
5.4	O processo coletivo no Brasil	56
5.4.1	<i>Notas introdutórias</i>	56
5.4.2	<i>A legislação brasileira</i>	57
5.4.3	<i>Breve retrospecto histórico</i>	59
5.4.4	<i>Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na</i> <i>legislação brasileira</i>	59
5.4.5	<i>As “ondas” de Zavascki</i>	61
5.4.6	<i>O processo coletivo no novo CPC/2015</i>	63
5.4.6.1	<i>A elaboração do novo CPC/2015</i>	63
5.4.6.2	<i>Os art. 139, X e 333 do novo CPC/2015</i>	64
5.4.6.3	<i>O veto ao art. 333 do CPC/2015</i>	66
5.4.7	<i>Propostas de um Código Brasileiro de Processo Coletivo</i>	66
6.	A IDENTIDADE DE AÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	68
7.	PROBLEMATIZAÇÃO: CONFLITO DE “COISAS JULGADAS”	70
7.1	Interpretação gramatical do art. 104 do CDC	73
7.2	A tese defendida: prevalência da coisa julgada coletiva	74

7.3	Fundamentação teórica.....	75
7.4	Fundamento do art. 104 do CDC: o acesso à justiça.....	77
7.5	O princípio da isonomia.....	78
7.6	A isonomia nos processos coletivos.....	82
7.7	Outros direitos e garantias fundamentais e sua imperativa aplicação nos processos.....	83
7.8	A relativização da coisa julgada material em face de outras regras e princípios.....	86
7.9	Ponderação de valores e o postulado da proporcionalidade.....	88
7.10	A relativização da coisa julgada e o art. 104 do CDC.....	89
7.11	A prevalência do processo coletivo sobre o individual.....	90
7.12	A consequente prevalência da coisa julgada coletiva sobre a individual.....	92
7.13	A sentença como norma jurídica e sua revogabilidade.....	93
7.14	A ação rescisória por ofensa à coisa julgada.....	96
7.15	Choque do art. 104 com o § 3º do art. 103 do CDC.....	98
7.16	O risco de decisões contraditórias.....	98
7.17	Para afastar o risco de decisões contraditórias.....	100
7.18	Suspensão compulsória do processo individual.....	101
7.19	Precedentes legislativos.....	104
7.20	Precedentes jurisprudenciais.....	105
7.21	O Projeto Poupança do TJRS.....	106
7.22	A posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a suspensão do processo individual na pendência do coletivo.....	107
7.23	Posição pela facultatividade da suspensão do processo individual.....	108
7.24	Posição admitindo a suspensão compulsória do processo individual.....	111
8.	CONCLUSÃO.....	117
	REFERÊNCIAS.....	120

1. INTRODUÇÃO

A solução dos conflitos de interesses entre os indivíduos deve ser buscada, ordinariamente, através do processo, já que, de um lado, o ordenamento jurídico repele, de regra, o uso da força, através da autotutela, enquanto que, de outro lado, nem sempre é exitosa, a desejável autocomposição, mediante a livre manifestação de vontade dos interessados.

Para a solução dos conflitos individuais, adotam-se as regras do processo tradicional ou clássico, enfeixadas, basicamente, no Código de Processo Civil, que nem sempre tem se mostrado eficaz para a solução dos conflitos de massa, que, com características próprias, crescem aceleradamente nas relações sociais.

Por isso, ao lado dessa técnica processual clássica, de origem romano-germânica, vai se formando um microsistema de processo coletivo, de origem anglo-saxã, através de normas, postas em legislações esparsas, na busca de melhor equacionamento de questões peculiares às demandas de massa.

No Brasil, o Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, trouxe, nos artigos 81 a 104, regras específicas para a defesa do consumidor em juízo, nelas regulando, de forma diferenciada, dentre outros institutos, a matéria sobre a litispendência e os efeitos da coisa julgada nos processos coletivos.

A conjugação desses dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, notadamente dos art. 103 e 104 com o art. 81 e seu parágrafo único, tem gerado sérias dúvidas interpretativas, na doutrina e na jurisprudência, a respeito da litispendência e da coisa julgada, sobretudo em face da imprecisão terminológica do artigo 104 do CDC.

Para a defesa de direitos ou interesses metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos –, este artigo 104 do CDC admite a simultaneidade da ação individual com a ação coletiva, afastando a ocorrência de litispendência, ainda que tenham o mesmo objeto.

Porém, o dispositivo impõe, na sua parte final, que os autores requeiram a suspensão dos seus processos individuais, no prazo de trinta dias, a contar da ciência do ajuizamento da ação coletiva, como condição para se beneficiarem dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do art. 103 daquele CDC.

A norma prevê, portanto, o direito de exclusão dos autores individuais dos efeitos da coisa julgada coletiva – *right to opt out* do sistema das *class actions*, fazendo com que, nessa

hipótese de não requerimento da suspensão do processo individual, só se beneficiem dos efeitos da coisa julgada individual.

Neste trabalho, procuramos sustentar a tese da inoperância dessa disposição em face do princípio constitucional da isonomia de direitos entre todos, e em face da prevalência dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* do processo coletivo em relação à coisa julgada do processo individual, ainda que esta seja precedente.

Para que a tese defendida não possa levar à inutilidade do processo individual, na hipótese de procedência de ambos os pedidos, coletivo e individual, propomos a suspensão compulsória – e não facultativa – do processo individual, em benefício da duração razoável do processo, evitando sobrecarga de tarefas inúteis ao Judiciário, contribuindo, assim, para a efetividade do processo e o restabelecimento da justiça social, que faça reinar a paz.

2. A LIDE

Desde a sua criação, o ser humano tem sido flagrado em constante conflito com os seus semelhantes, ora com menos, ora com mais intensidade. Fossem respeitados os mandamentos da Lei de Deus, por todos que, como nós, nela acreditamos, não haveria conflitos e a vida seria, por certo, um paraíso. Ou fossem observados os princípios de direito, externados por Ulpiano, nos anos 200 d.C. – *juris praecepta sunt haec; honeste vivere, alterum no laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não ofender ninguém dar a cada um o que lhe pertence) –, estariam minimizados os conflitos de interesses entre as pessoas. Mas, se para os pecados, Deus dá o perdão aos arrependidos, hoje, infelizmente, quase nunca os transgressores da lei que rege os seres humanos, deles obtêm complacência.

Raymundo Cândido, o pai, já aconselhava seus afilhados na Faculdade de Direito da UFMG, Turma de 1965, no discurso de paraninfo proferido em dezembro daquele ano:

Confiai no trabalho honesto e perseverante; e esperai, com paciência, que se madureçam os frutos da vitória. Não vos entusiasmeis com êxitos fáceis, obtidos ao sacrifício dos princípios. Não importa que uma certa filosofia do sucesso, alimentada por grosseiro materialismo, meça os homens pelos bens que acumulou, ou pelo prestígio social conquistado a qualquer preço. São vitórias transitórias. Ninguém pode construir, impunemente, sua felicidade sobre os escombros do direito e da dor alheios.¹

O direito procura regular a convivência humana. Ocorre, porém, que o ser humano é movido por necessidades ilimitadas, enquanto que os bens que satisfazem essas necessidades são limitados. Na busca da realização dos seus anseios, o ser humano muitas vezes se coloca em conflito com seu semelhante, daí surgindo os conflitos de interesses, que colocam em risco a paz social.

Para que seja alcançada a paz, o ser humano, infelizmente, não se tem dado conta de que é necessário, cada vez mais, exercitar a paciência, que, etimologicamente, significa, exatamente, a ciência da paz². A impaciência e a intolerância, por isso mesmo, têm gerado um número ilimitado de demandas. Há uma litigiosidade excessiva sem precedentes, nos dias atuais, problemática que deve ser enfrentada, apurando-se as suas causas e procurando resolver, se não minimizar as suas graves consequências.

¹ CÂNDIDO, Raymundo. *Mensagem aos Moços*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

² Para o Cardeal Arcebispo Emérito de Belo Horizonte, Dom Serafim Fernandes de Araújo, em homilias, é preciso paciência três vezes: para com Deus, *fé*; para consigo mesmo, *esperança*; para com o próximo, *caridade, amor*.

Como observa Moacyr Amaral Santos, os conflitos de interesses se resolvem, de ordinário, pela subordinação de seus sujeitos às ordens abstratas da lei que os regula. É bastante o respeito à lei, às normas de direito objetivo, para que os interessados se componham. Comumente, porém, as partes em conflito não acomodam espontaneamente seus interesses, de acordo com o ordenamento jurídico, daí podendo surgir a manifestação de vontade de um dos sujeitos, de exigir a subordinação do interesse do outro ao seu próprio, vontade a que se dá o nome de pretensão³.

Daí se extraem dois elementos conceituais: interesse e pretensão. Para Carnelutti, interesse é a “posição favorável para a satisfação de uma necessidade, assumida por uma das partes” e pretensão, “a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio”, conceituando lide como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro, ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁴.

Observa Calamandrei⁵, o conceito de lide deve seu tratamento técnico a Carnelutti, o qual, ele próprio, disse do penoso e delicado trabalho de dissecar a lide, isolando seus elementos para melhor estudá-la, noticiando, inclusive, os problemas gerados pela incorreta tradução da palavra alemã *anspruch* por razão, quando, na verdade, *pretensão* seria sua tradução mais adequada. Fadda e Bensa⁶, por exemplo, traduzindo *Windscheid* para o italiano, fizeram corresponder ao termo alemão *anspruch* a palavra italiana *ragione* (razão).

Segundo Buzaid, “até o aparecimento da obra carnelutiana, o vocábulo lide não tinha um significado científico preciso”⁷. Ernane Fidélis dos Santos⁸ destaca que “a teoria originalíssima de Carnelutti é de muita importância no Direito brasileiro”, mas reformulada por Liebman, que aceita o conceito de lide: “conflito de interesses, qualificado pela pretensão de um e resistência de outro”, mas não a tem como fenômeno exterior ao processo, como se fosse simples transferência de contenda da vida social para o processo. Pondera o autor que a parte não apresenta apenas uma denúncia, mas formula pedido concreto e, neste pedido, é que

³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 9

⁴ *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 37 ed. Forense, Rio, 2001, p. 31

⁵ CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. In: *Rivista di diritto processuale*, vol. V, parte I, 1928, p. 3.

⁶ WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*. Ed. Unione Tipografico Editrice Torinese, 1925, nova reedição, tradução de FADDA e BENSA, vol. I, p. 443-454, *apud* CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Limites Objetivos da Coisa Julgada*. 2 ed. Rio de Janeiro, Aide Editora, 1988.

⁷ BUZOID, Alfredo. *Agravo de Petição*, São Paulo: Saraiva, 2 ed., 1956, p. 103.

⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.50/51

se configura a lide. Não há lide nem processo parcial e integral. A lide será sempre a que se informa pelo pedido.

3. MEIOS DE SOLUÇÃO DAS LIDES

É fora de dúvida que as lides geram o desequilíbrio social e colocam em risco a paz almejada. A pressa move o mundo contemporâneo e não permite o exercício da paciência, ciência da paz. Ignoram os seres humanos que “tudo tem o seu tempo determinado e há tempo para todo o propósito debaixo do céu”⁹. Esta regra de direito natural, consubstanciada na Bíblia, é respeitada pelos animais não humanos, assim como pelos vegetais, mas é muitas vezes violada pelos seres humanos, já que estamos sempre correndo.

Por exemplo: lutamos por uma jornada de trabalho de oito horas diárias, no máximo, mas, conquistado o direito, passamos a trabalhar duas jornadas de oito horas por dia! “Quem sabe faz a hora, não espera acontecer”, cantou Geraldo Vandré¹⁰. Mas Paulinho da Viola observou que “Só o tempo ensina a gente a viver”¹¹.

Avolumam-se, pois, os conflitos de interesses entre os humanos: de um lado, pela sua intolerância, pois que não sabem esperar; de outro lado, pela sua impaciência, de não aprender com o tempo.

3.1 A autotutela ou autodefesa

Em priscas eras, antes do monopólio estatal da justiça, o exercício da autotutela ou da autodefesa era o meio de que dispunham os animais para fazer prevalecer os seus direitos, tivessem ou não razão, predominando o uso da força, a vontade do mais forte sobre o mais fraco. Para os irracionais, como chamados os animais não humanos, sempre foi instintivo fazer prevalecer a sobrevivência da espécie pelo uso da força.

De sua vez, com o desenvolvimento da inteligência, o ser humano se organizou em sociedade por meio do respeito às leis naturais e da elaboração de outras normas cogentes, para permitir, na medida do possível, a sua convivência harmoniosa e pacífica, consciente de que o uso da força não é a melhor solução e pode levar a graves injustiças.

Desde o advento da lei, marco de separação de bárbaros e civilizados, a regra é a vedação à justiça com as próprias mãos. O exercício arbitrário das próprias razões é crime definido no art. 345 do Código Penal brasileiro.

⁹ Bíblia Sagrada, Livro do Eclesiastes 3, versículo 1.

¹⁰ Canção “Pra não dizer que eu não falei das flores”, de autoria de Geraldo Vandré.

¹¹ Canção “Só o tempo”, de autoria de Paulinho da Viola.

Só em casos excepcionais, os conflitos de interesses podem ser resolvidos através da autotutela, justificando-se o uso da força, para evitar que o perigo da demora possa tornar irreversível a situação ou inviabilizar o exercício do direito.

A lei penal pátria, no art. 23, inciso II, do Código Penal, exclui a ilicitude da ação em princípio delituosa, dispondo que não há crime quando o agente pratica o ato em legítima defesa, definida no art. 25 daquele códex. O direito de greve, exercido pelo empregado, para forçar o patrão a reconhecer-lhe direitos trabalhistas, é assegurado pelo art. 9º da Constituição da República, clássico exemplo do exercício da autotutela. O desforço incontinenti é assegurado ao possuidor, para manter-se ou restituir-se na posse, de acordo com o § 1º do art. 1.210 do Código Civil brasileiro.

Mesmo nos casos excepcionalmente autorizados por lei, não se aconselha ao indivíduo o exercício da força para pretender fazer valer o direito. Arriscada, e nem sempre exitosa, é a legítima defesa (hoje, por exemplo, as próprias forças policiais, encarregadas da segurança aconselham a vítima a não reagir). Muitas greves terminam em quebradeira e corre-corre, gerando novos conflitos. O desforço incontinenti quase sempre resulta em sangrentos confrontos, com mortandade de pessoas, que acabam herdando não mais do que sete palmos da terra pela qual em vão lutaram.

3.2 A autocomposição

O ideal é que não existam litígios, mas como há, é melhor que os próprios interessados se componham, fazendo prevalecer a vontade livremente manifestada por ambos os partícipes da relação conflituosa, pacificando-se. Pela autocomposição, pode haver a desistência ou a renúncia, quando o titular do interesse em conflito dele desiste ou a ele renuncia; pode haver a submissão, quando o que opõe resistência à pretensão reconhece o direito do adversário, submetendo-se voluntariamente a ele; enfim, os interessados, mediante concessões recíprocas, podem chegar a um acordo, realizando uma transação, colocando fim à lide.

No entanto, nos tempos atuais, de uma ganância irrefletida e desenfreada, em que vem predominando o império do ter sobre o ser, o entendimento não tem prevalecido, com cada qual pretendendo levar vantagem em tudo. Embora se diga ser preferível um mau acordo a uma boa demanda, muitos têm procurado se valer da morosidade do Judiciário como moratória para o cumprimento de suas obrigações, do que chegar a um entendimento que restabeleça, mais rápido, a paz e a harmonia sociais.

A legislação brasileira tem estimulado a conciliação. O ainda vigente CPC/1973 incentiva o entendimento, estabelecendo, no art. 125, IV, como um dos deveres do juiz, tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes, estando previstas tentativas de conciliação em audiência, como, por exemplo, nos art. 277 e § 1º e 331 e § 1º do CPC/1973.

Este é um dos princípios norteadores do novo CPC/2015, que entrará em vigor em 16 de março de 2016. No § 2º do seu art. 3º, dentre as normas fundamentais que o regem, o CPC/2015 impõe ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. No procedimento comum, o novo CPC/2015 incluiu, no inciso VII do art. 319, dentre os requisitos da petição inicial, “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”, estabelecendo o dever das partes, se for o caso, de manifestar, expressamente, o seu desinteresse na autocomposição. Segundo o § 5º, do art. 334 do novo CPC, o autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência de conciliação ou mediação de que trata aquele dispositivo. O § 8º desse art. 334 considera ato atentatório à dignidade da justiça o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação, sancionando-o com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

3.3 A mediação

Além da conciliação, outros meios alternativos de solução dos conflitos têm sido estimulados pela legislação, dentre eles a mediação, em que terceiros, estranhos ou não ao corpo do Judiciário, intervêm entre os litigantes, com ponderações, para fazer com que eles mesmos se componham.

No Brasil, acaba de ser promulgada a Lei nº 13.140, de 26.06.2015, com período de *vacatio legis* de cento e oitenta dias (art. 47 da Lei), dispondo, em seu art. 1º, sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, definindo, no parágrafo único, que:

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, esta Lei deixa claro, no § 2º do art. 2º, que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, prevendo, no seu art. 3º, que podem ser objeto da mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

A Lei da Mediação prevê mediadores judiciais ou extrajudiciais, podendo favorecer a solução pacífica de conflitos, atribuindo ao instituto, por óbvio, o status de legalidade que antes não havia, trazendo, pois, maior segurança jurídica, contribuindo, quiçá, para a redução do número elevadíssimo de processos.

3.4 A arbitragem

Antes de ter editado a Lei da Mediação, o Governo brasileiro também sancionou a nova Lei da Arbitragem, Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2016 para vigorar sessenta dias após sua publicação oficial, introduzindo consideráveis modificações na anterior Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, tendo sido vetados, porém, dispositivos que permitiam a utilização do instituto para discutir conflitos trabalhistas e decorrentes de relações de consumo.

Na arbitragem, as partes capazes de contratar, de comum acordo, poderão submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (art. 3º da Lei 9.307/96, dando-se a solução extrajudicialmente, mas valendo a sentença como título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, inciso IV, do CPC/73 ou art. 515, VII do CPC/2015).

Como anota José Rogério Cruz e Tucci, dentre as novidades trazidas pela Lei nº 9.307/96, destaca-se a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial, conforme seu art. 31 e, a despeito de instituído por meio de instrumento negocial de cunho privado (convenção arbitral), o desenrolar do processo é tão jurisdicional quanto aquele que tramita perante a justiça estatal¹².

A despeito dos esforços do legislador em favor da estipulação da arbitragem, numa tentativa de desafogar o Judiciário da quantidade infinda de processos, percebemos, no entanto, uma cultura brasileira de judicialização das questões, notando-se casos em que acaba sendo discutida em juízo a própria solução arbitral, como, a propósito, continua permitindo a nova redação do art. 33 e §§, trazida pela novel Lei nº 13.129/2016, certamente em respeito à

¹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 136.

norma constitucional da inafastabilidade da jurisdição – art. 5º, XXXV da Constituição da República.

3.5 O processo

Vedando o exercício da autotutela ou autodefesa e constatando a impossibilidade da solução dos conflitos através da autocomposição, (aqui incluindo a conciliação, a mediação e a arbitragem), O Estado chamou a si a tarefa de fazer justiça, resolvendo as lides. E o instrumento idealizado para este nobre fim foi exatamente o processo, derivado do verbo latino *procedere*, que significa marchar adiante. O processo se constitui de um conjunto de atos, ordenados e sucessivos, tendentes ao ato final – sentença –, em que a vontade concreta da lei para o caso *sub judice* será declarada, com força imperativa.

3.5.1 A trilogia estrutural do Direito Processual

Paulo Roberto de Gouvêa Medina assinala que o processo rege o exercício da jurisdição, a qual tem por objeto, fundamentalmente, a composição da lide, qualquer que seja a sua natureza. Na essência, portanto, aduz Gouvêa Medina, processo e jurisdição, assim como a ação, que lhes dá origem e movimenta-os, têm conceitos unívocos¹³.

Sem dúvida, para que se preserve a imparcialidade que se exige do julgador, impõe-se a inércia inicial da jurisdição – *ne procedat iudex ex officio ou nemo iudex sine actore* –, regra que se vê no art. 2º do CPC/1973 ou no art. 2º do CPC/2015. É necessário que o interessado provoque o Judiciário, para que, agindo a partir daí, por impulso oficial, desempenhe o seu papel de dizer o direito – *jus dicere*.

A provocação da jurisdição se dá pelo exercício do direito de ação, direito de pedir ao Estado, representado, de regra, por seus juízes e tribunais a solução da lide, que se dará através do processo, instrumento criado com esse deliberado intuito de solver as lides,

Toda a teoria geral do processo se assenta nesses três institutos fundamentais, quais sejam, a ação, que provoca a jurisdição, que atua através do processo, compondo, no conhecido dizer de Ramiro Podetti, a trilogia estrutural da ciência do processo civil. Para Podetti, os três elementos fundamentam uma teoria unitária do direito processual – *porque*

¹³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 15.

ninguno de los três puede tener existência Independiente – porque a ideia de cada um desses termos constitui pressuposto lógico do entendimento que se deva formar acerca do outro¹⁴.

3.5.1.1 A jurisdição

Sustenta Cândido R. Dinamarco que:

Observar o sistema processual a partir do instituto da ação é um hábito metodológico mantido pelos juristas latinos em geral, em continuação ao privatismo dominante durante milênios do sincretismo hoje superado. Quando se via no processo um dos meios de exercício dos direitos, ali então era coerente acreditar que ele fosse feito para o autor e a jurisdição, exercida para a prestação de tutela a ele. Depois de proclamada formalmente a autonomia do direito processual, mas não assimilada ainda a ideia por inteiro, da visão dominante não destoava o pensamento de que a ação fosse ‘direito à tutela jurídica’ (*rechtsschutzanspruch*) e se situasse ao centro da constelação de institutos que compõem o direito processual.¹⁵

Dinamarco pondera que, “por ser individualista e restrita ao processo civil, desmerece apoio a tendência a colocar a ação ao centro da constelação dos institutos de direito processual”,¹⁶ apontando, pois, dois motivos para não colocar a *ação* como elemento central da trilogia estrutural do direito processual. Primeiro, assevera tratar-se de uma postura individualista, “num sistema jurídico-político marcado pelo publicismo”. Segundo, por ser restrita ao processo civil, pois não faz sentido supor, em processo penal, como “instrumento de proteção ao indivíduo: lá, essa proteção é dada pelo sistema em si próprio (que se antepõe ao exercício arbitrário do poder: *nulla poena sine iudicio*”.¹⁷

Para o citado autor, “nem o processo merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanção e alvo de convergência das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”.¹⁸

Para ele, a jurisdição, sim, como poder, há de ser colocada ao centro da teoria processual:

Não obstante se diga *teoria geral do processo* e se continue sempre a dizer *direito processual*, tem-se no fundo e essencialmente a disciplina do *poder* e do seu exercício imperativo do poder estatal, com destaque

¹⁴ PODETTI, Ramiro. *Teoria y Técnica del Proceso Civil y Trilogia Estructural de la Ciencia de Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963, p. 338/339, nº 2.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, Editora Revista dos Tribunais, 1987, São Paulo, p. 104/105.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 107

¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

ao que há de substancial, ou seja: o *compromisso* do Estado a prestar o seu serviço, mais as *limitações* impostas pela ordem político-jurídica à extensão e intensidade dos meios pelos quais essa função é exercida. O *compromisso* reside fundamentalmente na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, perante a qual são ilegítimas as restrições à faculdade de lamentar situações desfavoráveis e ao poder de exigir solução.¹⁹

O termo *jurisdição* é derivado da expressão latina *juris + dictio* e significa “o ato de dizer o direito”. Dentre as principais funções atribuídas ao Estado, ao lado da função legislativa e da função administrativa, coloca-se a jurisdição. A jurisdição é manifestação de um Poder e, por isso, impõe-se imperativamente, aplicando o direito a situações concretas que são submetidas ao órgão jurisdicional.

Fredie Didier Jr. a define como “a função atribuída a terceiro imparcial de realizar o Direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo/efetivando/protégendo/situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível”, esmiuçando, no conceito, todas as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos²⁰.

A lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, dita o art. 5º, XXXV da CR/88. Todos têm, em tese, o direito de acionar este Poder, para levá-lo a exercer a jurisdição, resolvendo os conflitos.

3.5.1.2 A ação

Para retirar a jurisdição da *inércia*, legalmente prevista, como garantidora da imparcialidade dos juízes e tribunais, cabe ao interessado exercer o direito de acionar o aparelho estatal organizado, a fim de que, de regra, o Judiciário entre em cena e aplique a lei ao caso concreto, procurando fazer justiça. Esse direito de pedir a jurisdição é o segundo elemento da trilogia estrutural do direito processual: a *ação*.

Para Liebman²¹, a ação é o direito, o poder jurídico que a parte tem para pedir tutela jurisdicional, isto é, o julgamento do pedido formulado. Direito abstrato, pois, ao decidir sobre o pedido, julgando o mérito, o juiz não se compromete a tê-lo por procedente,

¹⁹ *Idem*, p. 108-109

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. 1, p. 65

²¹ LIEBMAN. *Apud* SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p.50/51

cumprindo sua função simplesmente julgando o pedido, sem importar o resultado, pois que a ação não é o direito à sentença favorável, mas à sentença de mérito.

Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isto destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. É por isso que o processo em si próprio, como conjunto ou modelo de atos, traz profunda e indisfarçável marca de formalismo. A ideia de *procedimento* é inseparável do conceito de processo.²²

Modernamente, Fazzalari, negando ser o processo uma relação jurídica, vê a ação de uma posição subjetiva, revelada por quem possa ser destinatário de determinado provimento. Para chegar a esse provimento, todos os destinatários participam da formação do processo, e todas as faculdades, poderes e deveres que se cumprem e se exercitam constituem ação, que não seria, em consequência, apenas direito de quem promove o processo, mas de todos os que pelo provimento serão afetados e que daquele poderão participar.²³

Como observa Ernane Fidélis dos Santos:

O conceito de ação, em tais termos, embora não adotado pela lei, poderá, sem feri-la, justificar determinadas consequências processuais mormente quando se trata de estabelecer os limites subjetivos de um provimento judicial, com a consequência de resguardo ao direito à jurisdição e ao processo como técnica de realização e defesa do próprio direito material. Explica-se, assim, o direito do réu à sentença e à prática de atos na formação do processo, bem como a participação, voluntária ou provocada, dos chamados terceiros interessados, com poderes e faculdades que, na realidade prática, confundem-se com o que se chama *direito de ação*”²⁴

Proibindo seus súditos de fazer justiça com as próprias mãos, assumindo, pois, para si, o monopólio da justiça, o Estado se encarregou da tutela jurídica dos direitos subjetivos privados, e também coletivos, como se obrigou a prestá-la sempre que regularmente invocada, estabelecendo, pois, em favor do interessado, a faculdade de requerer sua intervenção, sempre que se julgue lesado em seus direitos.²⁵

Como conceitua Humberto Theodoro Júnior, do monopólio estatal da justiça decorreu, de um lado, a obrigação do Estado de prestar a tutela jurídica aos cidadãos; e, de outro lado,

²² *Idem*, p. 108

²³ *Apud* SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 50/51

²⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 13 ed. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 51

²⁵ ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1943, v. I, p.36.

um verdadeiro e distinto direito subjetivo – o direito de ação – oponível ao Estado-juiz, que se pode definir como o *direito à jurisdição*.²⁶

3.5.1.2.1 Natureza jurídica da ação

Quanto à natureza jurídica da ação, no dizer de Moacyr Amaral Santos, é problema dos mais complexos e tema dos mais inquietantes do direito processual, tantas teorias e subteorias foram desenvolvidas, todas movidas pela preocupação científica de desbravar o fenômeno, mas sob o impulso de orientação metodológica diversa, sob a influência de diferentes exigências práticas ou sistemáticas, quando não de tendências sociais, culturais e políticas inconciliáveis.²⁷

3.5.1.2.1.1 Teoria civilista

Como disse Giuseppe Chiovenda, o tema da lesão dos direitos está em estreita conexão com o tema da ação, no sentido de que a ação é *um* dos direitos que podem fluir da lesão de um direito, apresentando-se, na maioria dos casos, como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, é obtida a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo. Lembrou Chiovenda, essa conexão, “conquanto estreita, foi, em certo tempo, exagerada ao ponto de se resolver numa *confusão* dos dois conceitos, a lesão dos direitos e a ação”, salientando que a ação era encarada como um elemento do próprio direito deduzido em juízo.²⁸

A respeito, Savigny conceituava a ação como o direito novo oriundo da violação do direito e tendo por conteúdo a obrigação do adversário de fazer cessar a violação, merecendo a crítica de Chiovenda, “pois que, também aí, se confundia a ação com aquele direito a uma nova prestação que, tal como averiguamos, pode decorrer da lesão do direito, mas que, exatamente porque tende, também, a uma prestação, pode ser satisfeito pelo devedor; enquanto a ação é um poder de realização da vontade concreta da lei, que prescinde da vontade e da prestação do réu”.²⁹

²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 49.

²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 143

²⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, 1º v, 20/21

²⁹ Idem, p. 21.

Para essa doutrina civilista, encampada por Savigny, a ação era o próprio direito subjetivo material a reagir contra a ameaça ou violação. Anota Amaral Santos, o que caracteriza essa teoria civilista da ação, não obstante variáveis imprimidas por seus adeptos, é que a ação se prende indissolavelmente ao direito que por ela se tutela.

Direito ou qualidade deste. Direito em movimento como consequência de sua violação, como diz Savigny, direito em seu exercício, no dizer de Vinnius, direito em pé de guerra, reagindo contra sua ameaça ou violação, segundo Unger, direito elevado à segunda potência, conforme Mattiolo, uma posição do direito, como disse Filomusi Guelfi, propriedade, virtude, qualidade, elemento, função, anexo do direito, a ação não é outra coisa senão o próprio direito subjetivo material, donde segundo essa teoria, três consequências inevitáveis: não há ação sem direito, não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.³⁰

Segundo Paula Batista, para a teoria civilista, em outras palavras, a ação era “o direito de demandar perante os tribunais o que nos pertence, ou nos é devido”.³¹

3.5.1.2.1.2 Teoria de Muther

Como o direito europeu tinha sólidas raízes no direito romano, esta teoria civilista da ação deixou os doutrinadores da época, intrincados com a conceituação romana, de Celso, segundo a qual a ação era o direito de pedir em juízo o que nos é devido – *nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, in iudicio persequendi*. Este conceito romano suscitava indagações sobre a verdadeira natureza do *ius actionis*, a que se entregaram os juristas dominados pela ideia de que a ação, como o processo, eram simples capítulos do direito privado, ou mais declaradamente, do direito civil.³²

Em 1856, Bernhard Windscheid publicou obra que viria constituir-se um dos mais importantes marcos no estudo do conceito de ação e mesmo para o próprio direito processual civil, apesar de se tratar de livro de direito civil (*Die Actio des römischen Zivilrechts, von Standpunkte des heutigen Rechts – A actio do direito civil romano do ponto de vista do direito moderno*, Düsseldorf).³³

³⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 144

³¹ PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002, p. 10.

³² SANTOS *op. cit.*, 143

³³ GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 96

Afirmou Windscheid que a *actio* não era um meio de defesa de um direito, mas o próprio direito. O cidadão romano não era titular de um direito *contra* alguém, mas sim de uma *actio*, ou seja, do poder de agir contra outrem, poder que não lhe advinha de um direito, mas de concessão do Pretor, como vigorava tanto no período romano das *legis actiones*, como no período *per formulas*, a partir do qual o Pretor passou a elaborar, ele próprio, as regras através das quais distribuiria a justiça, não se afastando, nem se prendendo de todo ao direito vigente. Como anota Fábio Gomes, para Windscheid, do ordenamento jurídico romano não se extrai a afirmação de que alguém possuía um direito ou de que cabia uma ação, no mesmo sentido em que é afirmado atualmente.³⁴

Windscheid denominou *anspruch* a pretensão ao que brota do direito. Mas a pretensão existe, quer o direito haja sido violado ou não. Logicamente transparece com muito mais vigor quando ofendido o direito. E o que transparece é a *anspruch* (pretensão).

Actio, segue Windscheid, era o termo utilizado pelos romanos para designar o que alguém pode exigir de outrem. Não se pode dizer, contudo, tenha sido a *actio* a moderna *anspruch*, pois do conceito dessa exclui-se o elemento e perseguibilidade judicial imanente à primeira, diferença, aliás, decorrente de motivos históricos. Hoje, tomar-se perseguição judicial por pretensão jurídica implicaria falar nos efeitos antes da própria causa. Por outro lado, enquanto imaginamos a ação como o primeiro ato processual de quem faz valer uma pretensão, os romanos entendiam por *actio* toda a atividade do autor desenvolvida até a sentença, conclui Windscheid.³⁵

Com apenas trinta anos de idade, Theodor Muther publicou a obra *Zur Lehre von römischen Actio, dem heutigen Klagrecht, der Litiscontestation und der Singularsuccesion in Obligationen – Eine Kritik des windscheid'schen Buches* (Sobre a doutrina da *actio* romana, do direito de acionar atual, da litiscontestação e da sucessão singular nas obrigações – Crítica ao livro de Windscheid, 1857),³⁶ não qual, fazendo críticas mordazes ao trabalho de Windscheid, com mais idade.

Estabeleceu-se, então, na Alemanha, na metade do século XIX, uma polêmica, que se tornou famosa, entre Windscheid e Muther, sobre a *actio* romana no seu desenvolvimento até a ação no direito contemporâneo.

Muther distinguia a ação do direito, defendendo a teoria de que a ação consiste no direito à tutela do Estado, e que compete a quem seja ofendido no seu direito. É um direito contra o Estado para invocar sua tutela jurisdicional, tratando-se, pois, de um direito público

³⁴ Idem, p. 97

³⁵ GOMES e SILVA, *op. cit.*, p. 97.

³⁶ Idem, p. 97/98

subjetivo, distinto do direito cuja tutela se pede, mas tendo, por pressupostos necessários, este direito e sua violação. Distinguiu-se, assim, o direito subjetivo material, a ser tutelado, do direito de ação, que era direito público subjetivo.³⁷

Essa polêmica acabou deixando clara a existência de duas realidades distintas, o direito lesado e a ação, pois esta cria, a par do direito subjetivo material da parte prejudicada, dois outros direitos públicos, quais sejam: um para o ofendido, que é o direito à tutela jurisdicional, dirigido contra o Estado; outro para o próprio Estado, que é o direito de eliminar a lesão jurídica, e que se volta contra a parte que a causou.³⁸

Daí surgiu, no consenso quase unânime da doutrina europeia, a concepção de *autonomia* do direito de ação³⁹, a qual foi evoluindo e sendo aperfeiçoada ao longo do tempo.

3.5.1.2.1.3 Teoria do direito concreto à tutela

Adolph Wach, um dos fundadores da processualística contemporânea, demonstra uma das características do direito de ação, o da sua autonomia. Para ele, a ação é um direito autônomo, no sentido de que não tem, necessariamente, por base um direito subjetivo, ameaçado ou violado, porque a ação pode ser exercida para obter uma simples declaração da existência ou da inexistência de uma relação jurídica, o que ocorre com as chamadas ações meramente declaratórias.⁴⁰

Para Wach, a ação, direito autônomo, com base no direito subjetivo material ou num interesse, é dirigida contra o Estado e contra o adversário, visando à tutela jurisdicional. Direito subjetivo público contra o Estado, como obrigado à prestação da tutela jurisdicional. Entretanto, a tutela jurisdicional deverá conter-se numa sentença favorável, o que quer dizer que o direito de ação depende da concorrência de requisitos de direito material, as chamadas condições da ação, e de direito formal, os chamados pressupostos processuais, sem os quais não se concebe uma sentença e não haverá ação. Daí a denominação de *teoria do direito concreto à tutela jurídica*.⁴¹

³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1, p. 144.

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 52.

³⁹ COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, p. 63. In THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 52

⁴⁰ SANTOS *op. cit.*, p. 144/145.

⁴¹ *Idem, ibidem*.

3.5.1.2.1.4 Teoria da ação como direito potestativo

Segundo Chiovenda, a ação é um direito autônomo, como proclamando por Wach, de quem se dizia discípulo, mas, diversamente do pensamento de Wach, a ação não se dirige contra o Estado, mas contra o adversário: é o direito de provocar a atividade jurisdicional contra o adversário, ou mais precisamente, em relação ao adversário. Para Chiovenda, não há, pois, um direito de ação contra o Estado. Segundo conclui a teoria chiovendiana, ação é o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei.⁴²

3.5.1.2.1.5 Teoria da ação no sentido abstrato

Para a teoria da ação como direito concreto à tutela jurisdicional, este direito público subjetivo, embora diverso do direito material lesado, só existe quando também exista o próprio direito material a tutelar. A ação seria, então, aponta Humberto Theodoro Júnior, o direito à sentença favorável, destacando, dentre seus defensores, Wach, Bülow, Hellwig e Chiovenda.⁴³

Em contraposição à teoria da ação como direito concreto, a partir de Degenkolb e Plósz, a doutrina dominante passou a ver na ação um *direito abstrato* de agir em juízo, independentemente da efetiva existência do direito material da parte que provoca a atuação jurisdicional do Estado. Mesmo quando julgado improcedente o pedido, não deixa de ter havido ação e composição da lide. Daí a conclusão de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, de que, modernamente, prevalece o conceito de ação como um *direito público subjetivo* exercitável pela parte, para exigir do Estado a obrigação da tutela jurisdicional, pouco importando seja esta de amparo ou desamparo à pretensão de que a exerce.

É, por isso, *abstrato*. E, ainda, *autônomo*, porque pode ser exercitado sem sequer relacionar-se com a existência de um direito subjetivo material, em casos como o da ação declaratória negativa. É, finalmente, *instrumental*, porque se refere sempre à decisão a uma pretensão ligada ao direito material (positiva ou negativa).⁴⁴

⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, 1º v, p. 20/29.

⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 52.

⁴⁴ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999 p. 250/253.

3.5.1.3 O processo

É punido por lei o exercício da autotutela ou autodefesa, fora dos casos excepcionalmente previstos em lei, nos termos do art. 345 do Código Penal brasileiro,⁴⁵ que define o crime de exercício arbitrário das próprias razões.

Lado outro, a autocomposição, a mediação e a arbitragem dependem da expressa manifestação de vontade dos interessados e, a despeito dos esforços ingentes do legislador ou mesmo dos operadores do direito, que neles vem investindo, esses meios de pacificação ainda não se têm mostrado eficazes para a composição amigável das lides.

Assim, não sendo possível, pela autotutela ou autodefesa, ou não sendo querida, pela autocomposição, mediação ou arbitragem, a solução dos conflitos, meios estes parciais, no sentido de dependência de atitude e vontade das partes, querendo ver resolvida a lide, restará aos interessados provocar o Estado-Juiz para fazê-lo, pois que, ao ter vedado, por razões óbvias – nem sempre o mais forte tem razão –, o exercício arbitrário das próprias razões, atraiu para si o papel de resolver, de forma imparcial, os conflitos de interesses.

Como destaca Fábio Gomes, é inimaginável um Estado onde o exercício do direito fosse privado, onde a realização do direito fosse privada. A ausência da atividade jurisdicional, concomitantemente à vedação da justiça de mão própria, resultaria na supressão dos direitos individuais. Por isso, ao proibir a realização privada dos interesses juridicamente protegidos, o Estado tornou-se *ipso facto* devedor de uma prestação que consistirá nos meios através dos quais essa realização viabilizar-se-á.⁴⁶

E é o *processo* o instrumento de que vai se utilizar o Estado, de regra por intermédio do Poder Judiciário, para exercer a *jurisdição*, ou seja, para exercer a função de aplicar a lei aos casos concretos, resolvendo as lides e procurando trazer a desejada pacificação.

3.5.1.3.1 Natureza jurídica do processo

⁴⁵ Art. 345 do Cód. Penal: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

⁴⁶ GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90/91.

Ao longo do tempo, de acordo com as situações da época ou com o pensamento dos doutrinadores, foram desenvolvidas várias teorias para explicar a natureza do processo, a seguir examinadas as principais, na sua essência.

3.5.1.3.1.1 O processo como contrato

Pothier, idealizador da teoria, inspirou-se em Ulpiano e desenvolveu-a, sustentando que o processo é um contrato. Como registra Carreira Alvim:

Na fase remota do direito processual romano, o Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução, capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigantes. Procurava-se, por isto, uma justificação pela qual a sentença pudesse ser coercitivamente imposta aos contendores. Isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, em virtude da qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *iudex* ou *arbiter*.⁴⁷

Através da *litiscontestatio* havia um acordo prévio dos contendores de comparecer em juízo e aceitar a decisão, favorável ou desfavorável, muito semelhante ao que se dá com a arbitragem, nos dias de hoje. É evidente que, atualmente, o processo não pode ser encarado como “um verdadeiro negócio jurídico de direito privado”⁴⁸, pelo contrário, o Estado é o detentor da jurisdição. Ademais, as partes, observados os trâmites legais, estarão obrigatoriamente vinculadas às consequências advindas do processo moderno.

3.5.1.3.1.2 O processo como quase-contrato

Arnault de Guényvau idealizou essa teoria, sustentando que o processo não era, de fato, um contrato e, se delito não podia ser, seria um *quase-contrato*. Essa doutrina partiu do erro metodológico de tentar enquadrar o processo, a todo custo, nas categorias do direito privado, observando-se que o próprio Código Napoleônico indicava a lei como outra fonte das obrigações, omitida por Guényvau.⁴⁹

Rosemiro Pereira Leal, comentando essa teoria, explica que “a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexó entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide”.⁵⁰

⁴⁷ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 150.

⁴⁸ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 15 ed. Malheiros Editores, p. 277.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. São Paulo: Síntese, 2008, p. 78.

3.5.1.3.1.3 O processo como relação jurídica

Oskar Von Bülow, em 1868, escreveu a obra *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*, considerada a primeira obra científica sobre direito processual e que abriu os horizontes para o nascimento desse novo ramo do direito e para o surgimento de uma verdadeira *escola sistemática* do direito processual civil. Segundo essa teoria, há no processo uma relação jurídica que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida. Na verdade, antes dele, outros autores já haviam acenado com a ideia, inclusive presente em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est act trium personarum: iudicis, actoris et rei*.⁵¹

O mérito atribuído a Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas, dando ênfase à existência de dois planos de relações: de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela. Como anotam Cintra, Grinover e Dinamarco, Bülow observou que a relação jurídica processual se distingue da relação de direito material por três aspectos: a) pelos seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); b) pelo seu objeto (a prestação jurisdicional); c) pelos seus pressupostos (os pressupostos processuais).⁵²

A teoria de Bülow é a que encontra o maior número de adeptos, adotada pela esmagadora maioria de processualistas, tendo sido aprimorada por Chiovenda, Carnelluti, Calamandrei e Liebman.

3.5.1.3.1.4 O processo como situação jurídica

Em 1925, Goldschmidt se contrapôs à teoria atribuída a Bülow, não admitindo que o processo fosse relação jurídica, porque não concebia a existência de relação (nexo) entre as partes e o juiz e nem entre as próprias partes⁵³, sustentando que o processo seria uma *situação jurídica*. Para ele, não há a relação porque o juiz atua por um dever funcional, de

⁵¹ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. Malheiros Editores, p. 278.

⁵² Idem.

⁵³ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 158.

caráter administrativo e as partes simplesmente se sujeitam à sua autoridade. Sob esse enfoque, não haveria relação entre os sujeitos, nem entre as partes.

Para Goldschmidt, o importante são as situações jurídicas regradas por normas que manterão as partes e o juiz no processo. “As normas possuem dupla natureza, sendo assim, representam imperativos (jurídicos) dirigidos aos particulares e são medidas (regras) para o julgamento do juiz, ou seja, critérios de acordo com os quais o juiz julga a conduta dos particulares”.⁵⁴ Além de negar o processo como relação jurídica, Goldschmidt refere-se aos direitos subjetivos que são convertidos no processo em meras expectativas:

Aquilo que, numa visão estática, era um direito subjetivo, agora se degrada de meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento), perspectivas (de uma sentença desfavorável), e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse, para evitar a sentença desfavorável).⁵⁵

Cintra, Grinover e Dinamarco, dentre as críticas à teoria, apontam a equivocada transformação de direitos subjetivos em meras *chances*, expressão utilizada por Goldschmidt para englobar todas as possibilidades, expectativas, perspectivas e ônus. Mas acentuam:

[...] foi muito, contudo, o que ficou da doutrina de Goldschmidt, a qual esclareceu uma série de conceitos antes mal compreendidos e envolvidos em dúvidas e enganos. Assim, por exemplo, as ideias de *ônus, sujeição e da relação funcional do juiz com o Estado*, de natureza administrativa, sem que haja obrigações da pessoa física do magistrado com as partes.⁵⁶

3.5.1.3.1.5 Teoria constitucionalista do processo

Deve-se a José Alfredo de Oliveira Baracho a ideia de que o processo deve ser visualizado como uma *instituição constitucionalizada*, sendo informado por princípios constitucionais e, portanto, uma garantia fundamental⁵⁷. Ítalo Andolina, em seus estudos, aponta:

Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que, pela principiologia constitucional do devido processo, que compreende os

⁵⁴ Cf. ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 158.

⁵⁵ CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 15 ed. Malheiros Editores, p. 279.

⁵⁶ *Idem*, p. 280.

⁵⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 84.

princípios de reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia.⁵⁸

Visto como instituição constitucionalizada, o processo nada mais é do que um *direito-garantia*, que se efetiva através “dos princípios que inspiram sua perfeita realização”.⁵⁹

3.5.1.3.1.6 Teoria do processo como instituição

Principal adepto dessa teoria, Guasp buscou sua fonte fora do direito, adotando o conceito de *instituição* criado e consolidado no âmbito dos direitos sociais. Carreira Alvim define *instituições* como formas padronizadas de comportamento relativamente a determinadas necessidades. Segundo ele, “são modos de agir, sentir e pensar o homem em sociedade e que se reputam tão importantes que qualquer procedimento contrário a eles resulta numa sanção específica”⁶⁰.

Essa teoria deve ser vista *a latere*, dada a sua imprecisão científica no conceito de instituição. Da padronização voltada para as necessidades de uma determinada sociedade, surge quase que intrinsecamente o processo, como instituição importante para a garantia da estabilidade da paz jurídica e do próprio ordenamento jurídico. O defeito da teoria está no impreciso conceito de instituição, pois tudo pode ser reduzido ao esquema institucional, uma vez que tão elástico e impreciso é o significado de instituição, não havendo razão para substituir-se a noção de relação processual por aquela de instituição⁶¹.

3.5.1.3.1.7 O processo como procedimento em contraditório

Mais recentemente, Elio Fazzalari trouxe a lume novo pensamento para explicar a natureza jurídica do processo, repudiando a inserção da *relação jurídica processual* no conceito de processo. Dispõe ele sobre o *módulo processual* representado pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, passe a ser considerado como

⁵⁸ ANDOLINA, Ítalo, *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos, 7ª edição Forense, Rio de Janeiro, 2008, Idem. p. 84-85.

⁵⁹ COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. *Lições de Teoria Geral do Processo*. 4 ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 1999, p. 44

⁶⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 155.

⁶¹ *Idem*, p. 157

elemento do processo essa abertura à participação, constitucionalmente garantida. Como explicam Cintra, Grinover e Dinamarco:

Na realidade, a presença da relação jurídico processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade; o que ficou dito no fim do tópico precedente (direitos e garantias constitucionais como sinal da exigência de que o processo contenha uma relação jurídica entre os seus sujeitos) é a confirmação de que os preceitos político-liberais ditados a nível constitucional necessitam de instrumentação jurídica na técnica do processo.

É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório. Ao garantir a observância do contraditório a todos os ‘litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral’, está a Constituição (art. 5º, inc. LV) formulando a solene exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual.⁶²

Para Rosemiro Pereira Leal, dentro dessa concepção, o processo não pode ser definido “pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade”. Para o autor, o procedimento corresponde “a uma estrutura técnica construída pelas partes”⁶³.

De acordo com a observação de Aroldo Plínio Gonçalves, o procedimento, para Fazzalari, não significa “conceito particular de uma disciplina, mas um conceito geral do Direito. E deve ser colhido, extraído, de um complexo de normas”⁶⁴.

A propósito da adoção, no Brasil, dessa exigência de um *procedimento em contraditório*, o Novo CPC/2015, dispôs, no seu art. 7º, *textualmente*:

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁶² CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. Teoria Geral do Processo, 15 ed. Malheiros Editores.

⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros Estudos, 2. ed. São Paulo: Síntese, 1999, p. 83.

⁶⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1992, p. 109.

3.5.1.3.1.8 Teoria neo-institucionalista do processo

Rosemiro Pereira Leal, criador da chamada *teoria neo-institucionalista do processo*, esclarece que, nesta teoria, o conceito de instituição deve ser tido como o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar o exercício dos direitos criados e expressos no texto constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais. Sustenta o autor que um importante elemento para na formulação da sua teoria é a *cidadania*, como uma garantia e um direito fundamental⁶⁵.

Segundo ele, no pós-modernismo, não pode haver “hierarquia de instituições jurídicas ou a prevalência de uma sobre a outra no bojo constitucional”, pois a constituição, sem sombra de dúvida, uma fonte jurídico-institucional, não representa um Estado instrumental, pontuando:

Pode-se definir o processo como sendo uma conjunção de princípios (contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e à gratuidade judicial), que é referente lógico-jurídico de procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O Processo é concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda a criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos.⁶⁶

Na ótica de Rosemiro Leal, só podemos conceber o processo como *teoria da lei democrática*, título que inclusive dá nome a uma de suas mais recentes obras. Para ele, não haverá processo, nos procedimentos, quando o mesmo “não estiver antes institucionalmente definido e constitucionalizado, pelos fundamentos normativos do contraditório, da ampla defesa, do direito ao advogado e da isonomia”⁶⁷.

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010. p. 18-276.

⁶⁶ *Idem, ibidem.*

⁶⁷ *Idem, ibidem.*

4. A LITIGIOSIDADE EXCESSIVA

4.1 Causas

4.1.1 *O livre acesso à justiça e as demandas reprimidas*

No Brasil, as restrições às liberdades democráticas, impostas por regimes autoritários do passado, criaram um represamento de demandas, que explodiu com o advento da vigente Constituição, também gerando uma onda demandista sem precedentes. É garantia constitucional o livre acesso à justiça. A lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito; é garantia fundamental inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta Maior.

Muito embora, nos dias atuais, pareça extremamente óbvio esse princípio da inafastabilidade da jurisdição, verdadeira garantia da cidadania, sua inserção, no texto constitucional se mostrou imprescindível, principalmente considerado o momento histórico vivido pelo Brasil no período de 1960 a 1980, no qual muitos direitos fundamentais foram tolhidos da sociedade, imposto, pelo Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, verdadeiro Estado de exceção no País.

Nunca se demandou tanto no país como agora. Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam cerca de cem milhões de processos em andamento⁶⁸, num país com aproximadamente duzentos milhões de habitantes. Calamitosa é a situação. Como, numa relação processual, há dois lados parciais, autor e réu, numa conclusão equivocada, originada de falsa premissa, poderia ser intuído que praticamente todos os brasileiros estariam em juízo.

4.1.2 *Os demandistas contumazes*

Mas não é assim. Há, na verdade, demandistas contumazes, que se sujeitam a demandas para fazer moratória de seus débitos incontestes, tirando proveito indevido da morosidade do Judiciário.

⁶⁸ CNJ – Justiça em Números. In: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros>, acesso em 05.09.15, p. 1.

Dentre esses renitentes demandistas, coloca-se, em posição de vanguarda, a Fazenda Pública, que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, participa de cerca de 60% (sessenta por cento) dos processos⁶⁹, valendo-se ainda, ao final, da letargia no pagamento dos precatórios, postergado por reformas constitucionais reconhecidamente inconstitucionais⁷⁰.

Luís Carlos Balbino Gambogi rotula o fenômeno de *esquizofrenia estatal*, sustentando que “não é racional admitir que o setor público, que arca com os gastos do Judiciário, continue a produzir um volume absurdo de demandas que ele mesmo suporta sob a óptica financeira, enquanto a sociedade brasileira, especialmente os mais humildes, assistem a este cenário inexplicável: o Estado consumindo energia e dinheiro para resolver litígios gerados por ele mesmo”.⁷¹

Num exemplo de que não é de hoje o grave problema da litigiosidade excessiva, curiosamente, em 1943, o juiz Elmano Cruz, substituto da 1ª Vara da Fazenda do Distrito Federal, à época, no Rio de Janeiro, resolveu pagar do próprio bolso o irrisório valor cobrado pelo Fazenda Nacional. Confira-se o teor da decisão:⁷²

Por causa dos 5 cruzeiros, que eram mil réis ao tempo do fato, há sete anos debatem o fisco e a executada, com grande massada, esforço, canseiras e trabalho na Procuradoria, Recebedoria, Ministério do Trabalho e Juízo. Não estamos mais em condições de perder tempo em questões de nonada. Assim como seja mais precioso meu tempo, que deve ser ultimamente empregado na decisão de numerosos pleitos – determino que vão os autos ao contador, para o cálculo das custas devidas, expedindo-se a seguir a guia, que de meu bolso me prontifico a pagar à Fazenda Nacional, os famosos Cr\$5,00. Ao contador.

De outro lado, dados estatísticos também apontam uma presença constante de prestadores de serviços e de fornecedores nas relações processuais, como os bancos, as empresas de telefonia e as seguradoras, que também apostam na morosidade da justiça, cientes de que, mesmo perdendo, vão acabar ganhando, pois que, com a correção dos índices inflacionários mais favoráveis nos processos, vão pagar menos.

⁶⁹ *Idem, ibidem.*

⁷⁰ STF, Adin 4357 – DF. In DJe de 16.4.13

⁷¹ GAMBOSI, Luís Carlos Balbino. A Esquizofrenia Estatal. In: *Jornal Estado de Minas*. Caderno Direito e Justiça, 20.02.15, p. 1.

⁷² A NOITE, Jornal, notícia sob o título *Preferiu pagar do próprio bolso*. Rio de Janeiro: edição de 12 de fevereiro de 1943, p. 3.

4.2 Efeitos da litigiosidade excessiva

4.2.1 *Ineficiência da máquina estatal*

Para a solução desses infindáveis conflitos de interesses, o Judiciário tem-se mostrado ineficiente, não dando conta da tarefa, em claro desrespeito à garantia fundamental da razoável duração dos processos, estampada no art. 5º, LXXVIII da CR/88. Segundo dados do Ministério da Justiça, no portal Atlas de Acesso à Justiça, que apresenta o INAJ – Índice de Acesso à Justiça,⁷³ é proporcionalmente muito pequeno o número de juízes para o sem-número de processos, uma média de 10 juízes para cada 100.000 habitantes. Para uma justa composição do litígio, é inimaginável que um magistrado vá dar conta de analisar, em tempo razoável, dez mil processos, em média.

4.2.2 *A “justiça de assessores”: indevida delegação da função jurisdicional*

Por isso, numa clara e inconstitucional delegação da atividade judicante, atua, no Brasil, com raras exceções, uma verdadeira *justiça de assessores*, que não pode ser negada. Basta fazer as contas: levando-se em consideração o número de processos julgados por cada magistrado ou tribunal, considerado o tempo de trabalho de cada um, vai se chegar à conclusão de que pouquíssimos minutos foram despendidos para a análise de cada um dos processos, o que não daria tempo sequer para a leitura da petição inicial⁷⁴.

Dada a realidade material da justiça brasileira, mal organizada e às voltas com graves limitações orçamentárias, não há como dispensar o papel relevante que os assessores vêm desempenhando, usurpando, porém, muitas vezes, o exercício da função judicante, decidindo no lugar dos juízes, que assinam sentenças e acórdãos que não prepararam e cujo conteúdo, não raro, sequer conhecem e às vezes dos quais até mesmo discordam.

De acordo com o princípio da investidura, a jurisdição só será exercida por quem tenha sido regularmente investido na autoridade de juiz. E, pela indelegabilidade, em primeiro

⁷³ Ministério da Justiça. Disponível em: <[HTTP://www.compromissoeatitude.org;br;atlas-de-acesso-a-justica/](http://www.compromissoeatitude.org;br;atlas-de-acesso-a-justica/)> Acesso em: 31.ago. 2015.

⁷⁴ *Idem. Ibidem.*

lugar expresso através do princípio constitucional que veda a qualquer dos Poderes delegar atribuições, não pode a lei, nem pode muito menos alguma deliberação dos próprios membros do Judiciário, alterar a distribuição de suas atividades judicantes. No âmbito do próprio Judiciário, não pode juiz algum, segundo seu próprio critério e talvez atendendo à sua própria conveniência, delegar funções a outro órgão, porque, exercendo a função jurisdicional, o magistrado não o faz em nome próprio e muito menos por um direito próprio, mas como um agente do Estado, em cujo nome deve agir.⁷⁵

Para observância desses princípios de índole constitucional, o art. 1º do CPC/1973 e o art. 16 do CPC/2015 preveem que a jurisdição seja exercida pelos juízes e tribunais em todo o território nacional. Mas o elevado número de processos e a exigência constitucional da razoável duração dos processos têm feito o Conselho Nacional de Justiça impor aos magistrados, através de um sistema de metas e sob ameaça de sanções, a apresentação de elevados índices de produtividade, com o fito de melhorar a imagem do Judiciário perante a opinião pública, daí ocasionando, repita-se, a delegação indevida da função jurisdicional a assessores, sem sempre concursados ou devidamente preparados para o mister de auxiliar os magistrados na ministração da justiça.

4.2.3 *Legislações casuísticas: desvio das funções dos Poderes Públicos*

Algumas soluções paliativas têm sido buscadas para aliviar o excessivo trabalho a cargo do Judiciário: ora da parte do Legislativo, com edição de novas leis para enfrentar o grave problema, sabido que justiça tardia é sinônima de injustiça; ora de iniciativa do próprio Judiciário, num ativismo judicial sem precedentes. No vácuo do Legislativo, o Judiciário vai formando uma jurisprudência, que passa a ser aplicada como fonte do direito, como se lei fosse. Por exemplo, para admitir, pacificamente, a arguição de matérias de ordem pública, nos processos executórios, independentemente ou mesmo fora do prazo dos embargos do devedor, admite o Judiciário a chamada *exceção de pré-executividade*, idealizada por Pontes de Miranda⁷⁶. Diante da inércia do Executivo na realização de políticas públicas essenciais, também tem agido o Judiciário, como, *verbi gratia*, ao deferir uma série de medidas de

⁷⁵ CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 135/137.

⁷⁶ SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2, p. 208-247..

internação hospitalar a pacientes ou de liberação de medicamentos a doentes, num movimento que tem sido rotulado de *judicialização da saúde*.⁷⁷

Algumas iniciativas legislativas, de constitucionalidade duvidosa, vêm prevendo, de certa forma, a possibilidade de delegação dessa função de julgar, como o faz a Lei nº 9.099/95, criando, no seu art. 7º, a figura do *juiz leigo*, com poderes de dirigir a instrução nos juizados especiais, ainda que sob a supervisão do juiz togado – art. 37 –, atribuindo ao juiz leigo, que tiver dirigido a instrução, poderes de proferir sua decisão, a ser submetida ao juiz togado, que poderá homologá-la, como, na prática, tem acontecido com alguma frequência – art. 40, primeira parte.

Também no afã de desafogar o Judiciário, algumas leis têm sido editadas, prevendo a possibilidade da tramitação de feitos em cartórios de notas, de forma extrajudicial, portanto, como se dá, em certas hipóteses, com o inventário e partilha de bens, nos termos do art. 982, segunda parte, do CPC/1973, com a redação dada pela Lei nº 11.441/07, norma repetida no § 1º do art. 610. Também a separação e o divórcio consensuais, nos termos do art. 1.124-A do CPC/73, nele inserido pela mesma Lei nº 11.441/07, disposição repetida no art. 733 do CPC/2015, que estende essa possibilidade à extinção consensual da união estável. Também merece registro o disposto no art. 1.071 do CPC/2015, que acrescenta à Lei nº 6.015/73 – Lei dos Registros Públicos –, o artigo 216-A e 10 parágrafos, dispondo sobre a possibilidade do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião imobiliária, a ser processado no cartório do registro imobiliário da comarca de situação do imóvel.

4.2.4 *Limitação do tamanho das peças processuais*

Por outro lado, nos dias atuais, alguns órgãos do Judiciário têm forçado a elaboração de peças processuais em número menor de páginas. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, lançou, em 19 de dezembro de 2013, o Projeto “Petição 10, Sentença 10”, proposta idealizada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que se propõe a limitar a extensão de petições e sentenças a dez páginas, para proporcionar maior rapidez processual e incentivar a consciência ecológica. Segundo o desembargador José Renato Nalini, além de dar maior celeridade ao Judiciário, a proposta busca diminuir o impacto ambiental no uso do papel:

⁷⁷ VENTURA, Miriam; SIMAS, Luciana; PEPE, Vera Lúcia Edais; FERMIN, Roland Schramm. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *In*: Physis: Revista de Saúde Coletiva, vol. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2010, p. 1-12.

Precisamos de concisão. Simplificar não só as petições, mas as contrarrazões, sentenças e acórdãos, pois o Judiciário talvez seja o Poder mais antiecológico do País.

Não é a complexidade do direito que justifica petições com dezenas, às vezes centenas de laudas. Se o direito é límpido, poucos parágrafos bastam para convencer o juiz.⁷⁸

Em Santa Catarina, o juiz Jaime Luiz Vicari chegou a determinar a um advogado reduzir a petição inicial de 162 páginas para cinco laudas, argumentando:

Um documento de 162 laudas é dissertação de mestrado, tese de doutorado, opúsculo sobre um determinado assunto legal. É uma demasia, foge da proporcionalidade, seja qual for o ângulo em que se examine a questão.⁷⁹

Na comarca de Patu, no Rio Grande do Norte, o juiz Valdir Flávio Lobo mandou o advogado da parte refazer a peça inicial, reduzindo-a de 49 folhas para uma versão mais objetiva, sustentando que a prolixidade fere os princípios da celeridade e da lealdade, prejudicando a produtividade do Judiciário, asseverando que quem busca agilidade nas decisões, não perde tempo com dezenas de laudas desnecessárias.⁸⁰

Também no direito estrangeiro constatam-se iniciativas no sentido de restringir o número de laudas nas peças processuais. Antônio Pessoa Cardoso noticia o caso de um juiz do Tribunal federal de Manhattan, Nova York, que, em demanda judicial envolvendo duas empresas, entendeu que as petições das partes estavam muito longas: 175 parágrafos, com mais de 1.400 folhas de documentos, que a outra parte respondeu com 1.020 parágrafos, com 12 reconvenções, em 210 páginas. Em despacho, o magistrado classificou-as de “beemonte”, animal avantajado em tamanho, descrito na Bíblia e determinou que os advogados refizessem os requerimentos, obedecendo a “Regra 8”, que manda as partes se manifestarem em petições curtas e simples. Segundo o juiz William Pauley III, essa tendência preocupante de

⁷⁸ NALINI, José Renato. *TJ/SP pretende limitar extensão de petições e sentenças a dez páginas*. In Migalhas, 20.12.2013, p. 1. Disponível em: www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92694-TJ+SP Acesso em 20 dez.13.

⁷⁹ CONJUR – *Juiz manda advogado adequar petição inicial em SC*. Disponível em: <http://conjur.com.br/2001-mai-31>, p. 1-3. Acesso em: 19 jul. 15.

⁸⁰ CARDOSO, Antônio Pessoa. *Juiz manda advogado refazer petição*. Disponível em: <http://www.antoniopessoacardoso.com.br/2015/03/juiz-manda-adv> Acesso em: 19 jul. 15, p. 2-4.

prolixidade nas petições está infestando os tribunais. Como informa Antônio Pessoa Cardoso, o advogado da parte ré com voltou com petição ainda maior, o que forçou um segundo encontro do juiz com os advogados, igualmente inexitoso, pelo que, ao invés de focar no mérito, a demanda está debatendo sobre o tamanho das petições!⁸¹

Na Argentina, a Acordada nº 4/2007, editada pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación* traça regras para o equivalente argentino do recurso extraordinário brasileiro, limitando a 40 folhas o número de páginas, com letra do tamanho 12 e, se negado o recurso, o novo questionamento não pode ultrapassar a dez páginas.

No Brasil, evidentemente inconstitucionais se afiguram essas providências que impõem limitação ao número de laudas nas petições e arrazoados, ofensivas, de um lado, da ampla defesa – art. 5º, LV da CR/88 e, de outro lado, do princípio da legalidade, conjugado com o devido processo legal – art. 5º, II e LIV da CR/88. Mas elas evidenciam o desespero que tem tomado conta dos magistrados, premidos, de um lado, pelo excesso de serviço e pelas precárias condições de trabalho e, de outro lado, pela necessidade de atender a garantia da razoável duração do processo – art. 5º, LXXVIII da CR/88.

Hão de ser ponderados, porém, os princípios da simplicidade, da economia e da celeridade, que norteiam o processo moderno. A Lei nº 9.099, de 26.9.95, dos Juizados Especiais, por exemplo, estabelece que os processos de que cuida devem se orientar pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. O novo CPC/2015, dentre os princípios que o informam, repetindo, em parte, o mandamento constitucional do art. 5º, LXXVIII, dispõe, no seu art. 6º, que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. Oportuna, a respeito, a máxima de La Rochefoucauld: os processos não demorariam tanto se a culpa estivesse apenas de um dos lados.

O poder de síntese é tido como atributo da inteligência, sendo conhecida a máxima latina: *esto brevis et placebis* – sê breve e agradarás. Ou o ditado popular: “quem fala demais dá bom dia a cavalo”. Certamente que a concisão é elogiável e mais eficaz, sobretudo em se tratando da realização da justiça. Uma peça por demais extensa pode obnubilar o direito da parte e acabar por prejudica-la, da mesma forma que um julgado desnecessariamente longo, pode ser mal compreendido, apresentando contradições na sua fundamentação que gerem embargos de declaração.

⁸¹ *Idem, ibidem*

Um magistrado sente-se mais disposto a apreciar de logo uma petição concisa do que uma peça muito extensa, que bem poderia ser resumida em poucas laudas. Lembre-se, contudo, que, no Brasil, com a entrada em vigor, em 16.03.16, do CPC/2015, os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, de acordo com o art. 12 do novel Código.

O processo eletrônico

A mídia já noticia casos de juízes atendendo advogados das partes por meio de *smartphones*, com aplicativos como o *WhatsApp*. São os novos tempos da era eletrônica, paulatinamente implantada no Brasil. Embora ainda despreparada, a comunidade jurídica passa a absorver a nova técnica, que não deixa de ter as suas vantagens, como diminuição de papéis, eliminação de espaços para armazenamento dos autos do processo e eliminação de etapas mortas nos procedimentos.

A Lei nº 11.419, de 19.12.2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial e dispõe sobre o processo eletrônico, tendo sido baixadas resoluções pelos tribunais do País, no afã de regulamentar o seu uso. Assim, por exemplo, há a Resolução nº 427, de 20.04.2010, do STF e a Resolução nº 14, de 28.6.2013, do STJ, tratando da matéria no âmbito daquelas Cortes.

Mas, como alerta Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias⁸², sem a devida implantação desse sistema e sem o devido treinamento dos operadores do direito, a comunidade jurídica vai acabar sabendo, mais depressa, que o processo está parado.

4.2.5 *Falta de fundamentação dos julgados: a chamada “jurisprudência defensiva”*

Advirta-se que a necessidade de fundamentação de um julgado, como exigida pelo art. 93, IX da CR/88 e bem detalhada nos §§ do art. 489 do CPC/2015, não poderá ser aceita como desculpa ou mesmo como justificativa para adiar a vigência da novel legislação processual civil, com aumento do seu período de *vacatio legis*.

Não se pode tolerar a jurisprudência hoje consolidada, tanto no STF como no STJ, de que não é nula por falta de fundamentação a decisão que, sem responder todas as alegações das partes, apresente motivo suficiente para justificar sua conclusão. São julgados que fazem

⁸² DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Palestra no Auditório da OABMG, em junho de 2010.

parte da chamada *jurisprudência defensiva*, como tal se considerando o conjunto de decisões judiciais que permite reduzir o número de demandas passíveis de análise pelos tribunais superiores e pelo STF. De nossa parte, preferimos chamar essa lamentável iniciativa, de *jurisprudência ofensiva*, por contrariar as garantias constitucionais de livre acesso à justiça, da ampla defesa e da exigência de motivação dos atos decisórios.

Com efeito, é adotado, no Brasil, *ex vi legis*, o sistema da substanciação, copiado dos direitos alemão e austríaco, segundo o qual o pedido deve ser apreciado de acordo com a causa de pedir, requisitos da petição inicial, exigidos pelos incisos III e IV do art. 282 do CPC/1973 – assim como pelos incisos III e IV do art. 319 do CPC/2015. De conseguinte, para dar a tutela jurisdicional plena a que o interessado faz jus, nos termos do art. 5º, XXXV da CR/88, o julgador deve apreciar o pedido com base em todos os fundamentos apresentados para justificar o *petitum*.

A propósito, Cândido Dinamarco assevera que vige no sistema processual brasileiro o sistema da substanciação, pelo qual os fatos narrados influem na delimitação objetiva da demanda e conseqüentemente da sentença (art. 128), mas os fundamentos jurídicos não, pois que se trata de elemento puramente jurídico, nada tendo de concreto relativamente ao conflito e à demanda⁸³. Não obstante a liberdade conferida ao juiz para qualificar juridicamente, como bem lhe aprouver, a pretensão narrada pelo autor, deve fazê-lo nos limites expressos do pedido e da causa de pedir, ante o princípio dispositivo que também vigora no Brasil – art. 128 e 460 do CPC/73 e art. 141 e 492 do CPC/2015.

A respeito do tema, Celso Barbi pondera que a lide, mesmo no sentido sociológico com que a configura Carnelutti, apresenta-se, no processo, nos limites fixados pelas partes. Nesses casos, a vedação da atividade do juiz, no que se refere ao autor, não se restringe, porém, ao pedido, mas também à causa de pedir. O juiz deve decidir a pretensão do autor com base nos fatos jurídicos por ele alegados.⁸⁴

Logo, uma decisão judicial que deixar de apreciar todos os pedidos em relação a todas as causas de pedir expostas na petição inicial ou na eventual reconvenção, sem análise e sem resposta aos pedidos das partes, em face de todos os fundamentos apresentados, por consequência, não estará resolvendo a *litiscontestatio*, negando aos jurisdicionados, por isso

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45 de 8.12.04 (DOU de 31.12.04) e com um estudo sistemático de Reforma do Judiciário (na Apresentação da 5 ed.). v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁸⁴BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed.: Forense, 2008, p. 403.

mesmo, a tutela jurisdicional a que os interessados fazem jus, nos termos do art. 5º, XXXV da CR/88.

Por isso que, a exemplo do disposto no art. 458, II, c/c o art. 165 do CPC/1973, o novel CPC/2015, a entrar em vigor em 16 de março de 2016, também previu, no seu art. 489, inciso II, como elemento essencial da sentença, “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, tendo sido didático, nos seis incisos de seu § 1º, a respeito do que se deve entender por devida fundamentação:

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I- se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Não restam dúvidas de que o dispositivo foi editado para combater a jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de inexistência de nulidade do julgamento se a fundamentação, embora concisa, for suficiente para a solução da demanda⁸⁵

Há notícia de um movimento de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal no sentido de obter do Congresso Nacional a prorrogação do período de *vacatio legis* do Novo CPC/2015, para postergar a aplicação dessa norma, que iria, supostamente, retardar ainda mais o andamento dos processos. Essa atitude só revela a gravidade da situação gerada pela litigiosidade excessiva, que, por óbvio, não é causada pela exigência constitucional de fundamentação plena das decisões judiciais.

⁸⁵ STJ. AgRg no REsp 984.367/RJ, 2ª Turma, Rel. Min; Herman Benjamin, DJe 19.3.2009.

5. PROCESSO INDIVIDUAL E PROCESSO COLETIVO

5.1 Noções introdutórias. Retrospecto

A evolução da ciência processual caminha conjuntamente com a interpretação da Constituição Brasileira, no que se refere à maneira como é aplicada no caso concreto e como fundamento principiológico das demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

No Século XIX, predominava uma visão teórica imanentista ou sincretista do processo, compreendido como um simples apêndice do direito material, sendo deste indissociável. Não havia distinção entre direito substancial e o processual, no qual o método interpretativo era unicamente o exegético⁸⁶.

O desenvolvimento da teoria abstrata do direito de ação iniciou a segunda fase da ciência processual, reconhecendo a autonomia dos institutos de Direito Processual, em que a relação jurídica processual dissociou-se da relação de direito substancial. Foi delimitada a existência de dois planos autônomos: plano material ou substancial e o plano processual do ordenamento jurídico, reconhecendo a técnica processual como ciência eminentemente independente do direito material.

A terceira fase caracteriza-se pela passagem do clímax da exacerbação da técnica processual dissociada do direito material para uma compreensão desta técnica como instrumento para realização do direito material, aponta Leonel⁸⁷:

Estamos assistindo ao lento, mas seguro declínio de uma concepção individualista do processo e da justiça. Todos os princípios, conceitos, estruturas, que eram radicadas nesta concepção, aparecem sempre mais insuficientes a dar uma resposta aceitável ao problema de assegurar a necessária tutela aos novos interesses difusos e de grupo, transformados como vitais para a sociedade moderna. Estamos assistindo, do outro lado, à aurora, seja, todavia fatigosa, de um novo pluralismo, que no lugar da superada suprema divisão [*summa divisio*] entre público e privado, carrega também no processo formas novas e múltiplas de combinações e integrações de iniciativas públicas e privadas, sobretudo à salvaguarda dos interesses metaindividuais.⁸⁸

⁸⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 18.

⁸⁷ *Idem*, p.20-23.

⁸⁸ Tradução livre: “Stiamo assistendo al lento, ma sicuro declino di una concezione individualistica del processo e della giustizia. Tutti i principi, concetti, strutture, che erano radicati in quella concezione, appaiono sempre più insufficiente a dare un’accettabile risposta al problema di assicurare la necessaria tutela ai nuovi interessi diffusi e di gruppo, divenuti vitali per le società moderne. Siamo assistendo, dall’altro lato, all’aurora sia pur faticosa, di un nuovo pluralismo, che al posto della superata *summa divisio* tra pubblico e privato, porta anche nel processo forme nuove e molteplici di combinazione ed integrazione di pubbliche e private iniziative, intese alla

Essa última fase é caracterizada como fase instrumentalista, no qual o Direito Processual é caracterizado por sua finalidade teleológica, ou seja, pela aplicação prática do processo por meio da prestação jurisdicional.

Portanto, a consciência da utilidade do processo no alcance dos resultados (satisfação de um interesse material), também se manifesta nas recentes legislações brasileiras de acesso à justiça, ao incluir novos indivíduos e grupos sociais como legitimados a agir na busca da tutela jurisdicional.

Dentre os motivos que impõem a necessidade de o processo coletivo substituir o processo individual na solução dos conflitos de massa, está, em primeiro lugar, por óbvio, a natureza dessas relações de massa, que dizem respeito a uma gama indeterminada e, muitas vezes, imensa, de pessoas, fenômeno presente, com frequência, na atual aldeia, que se diz global, a exigir uma regulamentação adequada para a eficiente solução desses litígios.

Lado outro, esse incontrolável crescimento de conflitos tem levado o Judiciário à falência, sem condições adequadas de processar, em tempo razoável, as inúmeras demandas submetidas à sua apreciação. Há uma litigiosidade descontrolada, que precisa receber, dos Poderes Públicos, a devida atenção, para que se lhe dê a resposta almejada.

5.2 As ondas renovatórias de acesso à justiça

Segundo Bobbio, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político⁸⁹.

Nessa perspectiva de proteção e efetivação dos direitos, Mauro Cappelletti organizou um profundo estudo sobre as diversas tentativas feitas em vários países de se atribuir o acesso à justiça à população e, juntamente com Bryant Garth, na festejada obra *Acesso à justiça*,⁹⁰ foram estabelecidos, em três ondas, os principais movimentos renovatórios de acesso à justiça nos tempos contemporâneos.

salvaguardia di interessi meta-individuali.” (CAPPELLETTI, 1985 *apud* LEONEL, 2002. p. 36, nota de página nº. 33).

⁸⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 31-73.

5.2.1 *A primeira onda – A assistência judiciária gratuita*

A *primeira onda* buscou o *fortalecimento da assistência judiciária aos pobres*, relacionada, pois, com o obstáculo econômico de acesso à justiça. A respeito, o inciso LXXIV do art. 5º da nossa Constituição da República impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Mas, como lembra Suzana Gastaldi⁹¹, desde o seu advento, em 5 de fevereiro de 1950, já dispôs a Lei nº 1.060, em seu art. 1º, que, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, os poderes públicos federal e estadual concederão assistência judiciária aos necessitados, tendo definido no seu art. 4º, que a parte gozará dessa assistência judiciária mediante simples afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Por meio da Lei Complementar 80, de 12 de janeiro de 1994, foi instituída a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e, no artigo 134 da CR/88, a Defensoria Pública foi consagrada como “instituição essencial à função jurisdicional do Estado”, que, por ser uma garantia institucional, não pode ser suprimida do ordenamento jurídico, destaca Paulo Bonavides.⁹²

A respeito dessa *primeira onda*, merecem referência os chamados *Juizados de Pequenas Causas*, inicialmente regidos pela Lei nº 7.244, de 7.11.84, revogada expressamente pelo art. 97 da Lei nº 9.099/95, Juizados que buscavam promover a conciliação e a solução mais rápida e barata, de modo informal, dos pequenos conflitos, que, no mais das vezes, interessam às pessoas necessitadas da população. Suas normas foram substituídas pela Lei dos Juizados Especiais – Lei 9.099/95, que, de forma criticável, no seu art. 9º, na suposição de que a norma poderia facilitar o acesso dos mais necessitados à justiça, tornou dispensável a representação do interessado por advogado, em primeira instância, nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, como se a presença do advogado fosse um empecilho ao acesso à justiça.

⁹¹ GASTALDI, Suzana. *As ondas renovatórias de acesso à justiça sob o enfoque dos interesses metaindividuais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26413>> Acesso em 20 jul. 15 e em <http://jus.com.br/artigos/26143/ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais#ixzz3ktRGYIGT>, acesso em 05.09.15.

⁹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Já de acordo com o art. 10 da Lei nº 10.259, de 12.7.01, nos juizados federais, “as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”, dispositivo ao qual o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deu interpretação conforme, para excluir, do âmbito da sua incidência, apenas os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal, reconhecendo a não obrigatoriedade da participação do advogado nos feitos, de valor até 60 salários mínimos, que lá podem se processar, de acordo com a competência definida no art. 3º da Lei.⁹³

Estas normas, a nosso ver, são de manifesta inconstitucionalidade, por ofenderem, em primeiro lugar, o art. 133 da Carta Maior, que impõe a indispensabilidade do advogado à administração da justiça; em segundo lugar, por ofensa ao princípio da isonomia consagrado no art. 5º, *caput* e inciso I da CR/88, de que decorre a paridade de armas nos confrontos em juízo⁹⁴. Em terceiro lugar, por ofensa à ampla defesa, com todos os meios e recursos inerentes, consagrada no art. 5º, LV da CR/88, pois exigem, no recurso inominado, previsto no art. 41 da Lei 9.099/95 (também aplicável aos juizados federais, *ex vi* do disposto no art. 1º da Lei nº 10.259/01, que as partes sejam, “obrigatoriamente representadas por advogado”, sendo certo que, sem conhecimento técnico específico, nessas pequenas causas, se vencida, exercendo, ela própria, a capacidade postulatória, a parte acaba não recorrendo ou recorrendo de forma deficiente e ineficaz, por presumido desconhecimento de causa. Em quarto lugar, os dispositivos em comento também ofendem o art. 5º, LXXIV da CR/88, que impõe ao Estado o dever da prestação de assistência jurídica gratuita integral aos carentes. Na verdade, a intenção do legislador, à época, foi a de fazer economia para os cofres públicos, permitindo à própria parte, nas pequenas causas, o exercício do *ius postulandi*, livrando o Estado da obrigação legal de custear a defesa dos carentes, nessas pequenas causas, através das Defensorias Públicas (com estruturação ainda carente no País), ou de remunerar os advogados dativos, onde não existam defensores públicos. O Supremo Tribunal Federal, porém, não reconheceu essa inconstitucionalidade⁹⁵.

De acordo com Boaventura de Souza Santos, dados estatísticos indicam que os brasileiros menos favorecidos economicamente, mesmo quando creem ter direito a algo,

⁹³ STF, Pleno, ADI 3.168, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 3.8.07.

⁹⁴ A experiência demonstra que geralmente só os necessitados costumam comparecer sem a representação por advogados, nessas pequenas causas, nos Juizados, enfrentando, muitas vezes, poderosos fornecedores ou prestadores de serviço, representados por renomadas bancas de advocacia.

⁹⁵ “Não é inconstitucional a faculdade à parte para demandar ou defender-se pessoalmente em juízo, sem assistência de advogado, prevista no art. 9º da Lei nº 9.099/95” (STF, Pleno, ADI 1.539-7, relator Min. Maurício Corrêa, DJU 5.12.03).

mostram-se arredios e desconfiados e, em decorrência, não procuram a assistência jurídica gratuita, nem buscam a solução do conflito por meio dos juizados especiais. Para ele, “experiências anteriores com a justiça, de que resultou uma alienação em relação ao mundo jurídico (uma reação compreensível à luz dos estudos que revelam ser grande a diferença de qualidade entre os serviços advocatícios prestados às classes de maiores recursos e os prestados às classes de menores recursos), por outro lado, uma situação geral de dependência e de insegurança que produz o temor de represálias se se recorrer aos tribunais”⁹⁶.

A propósito da pertinência dessa última razão encontrada por Boaventura de Souza Santos, lembramos que não há pagamento de despesas nos juizados especiais (art. 54), mas, segundo o disposto no art. 42, § 1º da Lei nº 9.099/95, na hipótese de interposição do recurso inominado do art. 41, a parte vencida deve fazer o respectivo preparo, pagando “todas as despesas processuais, inclusive aquelas dispensadas em primeiro grau de jurisdição, ressalvada a hipótese de assistência judiciária gratuita” (parágrafo único do art. 54), “sob pena de deserção” (§ 1º do art. 42). Em outras palavras, como se a lei, de fato, estivesse a ameaçar o litigante: Nos juizados, você não paga nada, mas, se recorrer da decisão desfavorável, deverá pagar todas as despesas e, mesmo que provido o recurso, não há previsão legal do respectivo reembolso.

5.2.2 *A segunda onda – A representação dos interesses difusos*

A *segunda onda* renovatória de acesso à justiça cuida do acesso à justiça nos conflitos de massa, em relação aos quais não são suficientes as regras aplicáveis ao tradicional processo individual. No que tange aos interesses metaindividuais, procurou-se desenvolver um sistema de regras processuais que possibilitassem a alguns entes que, “dispondo de maiores recursos e gozando dos benefícios da organização”,⁹⁷ pudessem enfrentar, em melhores condições, temidos adversários, abrindo-se as portas para a “participação popular judicial”, na expressão de Herman Benjamin. Para ele, fez-se mister, portanto, a criação de normas próprias de um

⁹⁶ SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo, *Direito e justiça*, São Paulo, Ática, 1989, p. 48/49

⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil (temas de direito processual). 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p. 9

processo de massa, de modo a operar uma verdadeira “insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico”.⁹⁸

Cappelletti e Ghart assim justificaram essa *segunda onda* renovatória de acesso à justiça:

Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer em juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.⁹⁹

Dentro dessa *segunda onda*, algumas normas do processo civil tradicional não seriam adequadas ao processo de massa, como as relativas ao: a) *princípio dispositivo*, que prevê a definição dos limites da lide pelas partes, ficando a sorte do processo, em certos aspectos, de acordo com a vontade dos litigantes (art. 128 c/c 460 do CPC/1973; art. 141 c/c492 do CPC/2015); b) *princípio da demanda*: invocação da tutela de cunho individual, para o resguardo dos interesses em conflito, da livre iniciativa do sujeito-titular, vedada, salvo em casos extremos, a atuação *ex officio* do juiz (art. 2º do CPC/1973; art. 2º do CPC/2015); c) *princípio da isonomia*: paridade processual, tratamento igualitário às partes pelo juiz (art. 125, I do CPC/1973; art. 139, I do CPC/2015); d) *princípio do nul ne plaide par procureur*, pelo qual ninguém pode pleitear em nome próprio direito alheio, ressalvadas algumas exceções (art. 6º do CPC/1973; art. 18 do CPC/2015); e) *princípio da autoridade limitada da coisa julgada*, de acordo com o qual a decisão judicial, como regra, só atinge as partes processualmente representadas, não afetando terceiros, estranhos ao processo (art. 472 do CPC/1973; art. 506 do CPC/2015).¹⁰⁰

A respeito do *princípio do nul ne plaide par procureur*, há séria resistência no Direito Francês às ações coletivas, exatamente por conta da rejeição à representação dos interessados

⁹⁸ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo coletivo clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 50.

¹⁰⁰ BENJAMIN, *op. cit.*, *ibidem*.

por pessoas legitimadas. Em discurso pronunciado como Primeiro Presidente da Corte de Cassação francesa, Guy Canivet, num colóquio organizado e realizado em 10 de novembro de 2005, enfatizou ser este um dos graves obstáculos jurídicos à ação coletiva. Na conclusão do seu pronunciamento, fazendo coro com Caballero, proclamou: “*Plaidons par procureur!*”, buscando quebrar a resistência à representação dos interessados por entes legitimados.¹⁰¹

5.2.3 A terceira onda – A efetividade do processo

Atualmente, em matéria de direito processual, a palavra da moda, pode-se dizer, é a *efetividade*, e é ela que os juristas buscam alcançar a todo o momento. José Rogério Cruz e Tucci¹⁰² discorre:

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até bem pouco tempo, os processualistas passaram a se preocupar com um valor fundamental, ínsito à tutela do direito, qual seja, a imprescindibilidade da *efetividade* do processo, enquanto instrumento de realização da justiça.

Esta terceira onda renovatória do acesso à justiça, por sua vez, é ampla e, buscando a efetividade do processo, leva em consideração o papel do magistrado na sua condução, propondo um ativismo judicial, direcionado a contornar obstáculos impostos pelo formalismo em excesso do processo, que impede, muitas vezes, a efetividade da tutela jurisdicional.

A terceira onda propõe que o juiz abandone o tradicional papel de mero espectador e passe a ter uma postura ativa na condução dos processos. Fritz Baür, no direito alemão, frisa que o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ausente da pesquisa da verdade material. Segundo ele, o juiz “fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em caso de necessidade, a colher de ofício as provas existentes”.¹⁰³

Comentando a lição de Fritz Baür, Humberto Theodoro Júnior assinala:

¹⁰¹ CANIVET, Guy. *Des Obstacles juridiques à l'action de groupe*. In:

https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_publications

¹⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, p. 234.

¹⁰³ BAÜR, Fritz. Transformações do Processo Civil em nosso tempo. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. VII, p. 58-59, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, op. cit., p. 452-453.

Essa *ativização* do juiz visa não apenas a propiciar a rápida solução do litígio e o encontro da verdade real, mas também a prestar às partes uma ‘assistência judicial’. No entender do professor tedesco, “não devem reverter em prejuízo destas o desconhecimento do direito, a incorreta avaliação da situação de fato, a carência em matéria probatória; cabe ao juiz sugerir-lhes que requeiram as providências necessárias e ministrem material de fato suplementar, bem como introduzir no processo as provas que as partes desconhecem ou lhes sejam inacessíveis”.¹⁰⁴

A legislação processual civil brasileira dispõe que ao juiz é dada iniciativa probatória, podendo, não só a requerimento da parte, mas também de ofício, determinar as provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC/1973) ou ao julgamento do mérito (art. 370 do CPC/2015), norma também prevista nos procedimentos de jurisdição voluntária (art. 1.107 do CPC/1973).

Dentro da linha proposta por esta terceira onda, o Ministro Nélson Jobim, em discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 03.06.2004, já demonstrava preocupação com a reforma do Judiciário:

A questão judiciária passou a ser tema urgente da nação. O tema foi arrancado do restrito círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não mais se trata de discutir e resolver o conflito entre esses atores. Não mais se trata do espaço de cada um nesse Poder da República. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável.¹⁰⁵

É fato que, naquele ano, em 31.12.2004, veio a lume a Emenda Constitucional nº 45, com o objetivo de “Reforma do Judiciário”, que, além de ter extinguido os Tribunais de Alçada, incorporando-os aos Tribunais de Justiça, criou, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), incumbido este último do controle das ações administrativas e financeiras e do cumprimento dos deveres funcionais dos membros da Magistratura (a propósito da organização e da competência do CNJ, art. 103-B da CR/88). O CNJ tem estabelecido metas a serem cumpridas pelos integrantes da magistratura, mas até aqui têm sido pífios os resultados alcançados, dada a equivocada

¹⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil,, op. cit., p. 452-453.

¹⁰⁵ JOBIM, Nélson. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Discurso proferido durante a cerimônia de posse à presidência. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicação/InstitucionalPossePresidencial/anexo/Plaqueta_dePosse_Ministro_Nelson_Jobim-na_Presidencia Acesso em: 15 jun. 2004.

estruturação do Poder Judiciário no País e a restrição de verbas orçamentárias destinadas a fazer funcionar a Justiça no Brasil.

5.3 O processo coletivo

Embora não tão novas no ordenamento jurídico pátrio, muitos operadores do direito ainda ignoram a existência das ações coletivas, cuja importância vem crescendo na prática, dada a litigiosidade excessiva, sobretudo, destaque-se, nas relações de consumo. O que é uma ação coletiva? O que é um processo coletivo? Essas indagações são feitas com alguma frequência.

O legislador percebeu que há ações em que os interesses discutidos em juízo vão além da simples pessoa que bate às portas do Judiciário clamando por justiça. Há ações em que o interesse a tutelar vai além da pessoa do autor e diz respeito à generalidade dos indivíduos ou mesmo de um determinado grupo de pessoas.

O processo coletivo se insere numa nova fase instrumentalista do Direito Processual, uma vez que se utiliza do processo como finalidade de satisfazer o direito material de cunho coletivo, pois que a finalidade do Direito Processual consiste em tornar acessível a justiça para as situações em que ocorra lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV, CR/88).

A visão contemporânea do Direito Processual se utiliza de todos os instrumentos da ciência processual adequando-os às novas exigências da sociedade, notadamente na existência dos conflitos de massa. Essa adaptação, para alguns, não tem por finalidade a criação de uma nova ciência processual, mas tão somente adequar as técnicas processuais atuais para a satisfação das necessidades identificadas no plano do direito substancial:

[...] em uma sociedade por essência conflitiva, os embates se multiplicam. O processo judicial contencioso clássico não é o bastante para abastecer as controvérsias carregadas de matizes sociais que afetam a grupos, categorias ou classes, bem como a situações patrimoniais singulares. É então quando entram em crise as explicações e as técnicas imaginadas para outros fenômenos e impotentes para regular, sem adequações incisivas, uma realidade complexa e distinta. As ações de classe ou coletivas, a legitimação de agir, os efeitos subjetivos da coisa julgada, a perda da neutralidade do juiz com a consequente 'responsabilidade social' do resultado eficaz do serviço, quando é já mais que o mediador que se contenta com a verdade formal dos atos que os propõem as partes, porque deve integralmente fazer mais de si para alcançar o profundo e real conhecimento, sem o qual não poderá derivar na justa solução, são as

retas que desafiam o jurista e o instiga a imaginar o razoavelmente possível em caminhos e adequações que trazem, com perentoriedade, os cada vez mais intensos reclamos das novas tutelas”.^{106 107}

O surgimento dessas novas demandas sociais, de massa ou coletivas, fazem retomar a questão do acesso à justiça, descrito pela sucessão de “ondas renovatórias” a garantir o acesso à tutela jurisdicional, em que se incluem as demandas metaindividuais, exigindo-se uma crescente garantia jurisdicional por parte do Poder Judiciário.¹⁰⁸

O mundo civilizado é regido por normas maiores, que organizam o estado de direito, repartindo, de regra, entre os Poderes constituídos, as três funções estatais: legislativa, executiva (ou administrativa) e jurisdicional. O Legislativo cria as normas que, observadas, permitem, na medida do possível, a convivência harmônica dos indivíduos em sociedade; o Executivo administra a máquina estatal de acordo com essas normas; e, quando não respeitadas, o Judiciário pode ser acionado, para fazer impor aos jurisdicionados, essa vontade concreta da lei, aplicando as normas aos casos concretos, na solução dos conflitos existentes entre as pessoas, na satisfação de direitos reconhecidos num título executivo e na determinação de medidas acauteladoras e conservativas.

Pode-se dizer, com Marcos Destefenni¹⁰⁹, que o mundo jurídico é composto de duas grandes espécies de normas: as materiais e as processuais, formando-se, pois, duas espécies de relações jurídicas – a relação jurídica material e a relação jurídica processual.

¹⁰⁶ Morello, 1983, p. 217, *apud* Leonel, 2002, p. 26, nota de página nº 15.

¹⁰⁷ Tradução livre: “[...] en una sociedad por esencia conflictiva, las fricciones se multiplican. El proceso judicial contencioso clásico no es bastante para abastecer controversias cargadas de matices sociales que afectan a grupos, categorías o clases, más que a situaciones patrimoniales singulares. Es entonces cuando hacen crisis explicaciones y técnicas imaginadas para otros fenómenos e impotentes para regular, sin incisivas adecuaciones, una realidad compleja y distinta. Las acciones de clase o colectivas, la legitimación de obrar, los efectos subjetivos de la cosa juzgada, la pérdida de neutralidad del juez con la consecuente ‘responsabilidad social’ del resultado eficaz del Servicio, cuando es ya más que el mediador que se contenta con la verdad formal de los hechos que se proponen las partes, porque debe integrativamente hacer mucho de sí para arribar al profundo y real convencimiento, sin lo cual no podrá derivarse en la justa solución, son retos que desafían al jurista y lo espolean a imaginar lo razonablemente posible en cambios y adecuaciones que traen, con perentoriedad, los cada vez más intensos reclamos de nuevas tutelas.” (MORELLO, Augusto Mario. Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio). *RePro* 31/210-220, jul.-set./1983, ano VIII, p. 217, *apud* LEONEL, 2002, p. 26, nota de página nº. 15).

¹⁰⁸ As deficiências na prestação jurisdicional podem ser verificadas, por exemplo, pela quantificação de processos: “O Supremo Tribunal Federal recebeu, no ano de 1970, 6.367 processos; em 1980, foram 9.555; dez anos depois, 18.564; no ano de 1998 o número atingiu o montante de 52.636 processos recebidos; e até o dia 30.06.1999 já haviam entrado 26.187 feitos. Cabe lembrar que o STF, na essência, é a Corte Constitucional brasileira composta de apenas 11 Ministros. Órgãos semelhantes no cenário internacional, apresentam realidade completamente diversa. A Suprema Corte Americana, 1994, julgou 300 processos. Em Portugal, foram julgados 900.” (MENDES, 2002, p. 27, nota de página nº. 1).

¹⁰⁹ DESTEFENNI, Marcos. Manual de processo Civil Individual e Coletivo, p. 39.

Ao lado da relação jurídica de direito material, a respeito dos bens da vida postos à disposição das pessoas, coloca-se, em relevante grau de importância, a relação jurídica processual, sem a qual aquela, de direito material, não terá proteção, restando impossível fazer valer os direitos dela decorrentes.

Com o aumento da complexidade das relações sociais, com o incremento e a proteção das relações de consumo e, também, com a economia globalizada, surgiram novos direitos, chamados da terceira geração, direitos ditos da solidariedade, caracterizados por sua transindividualidade, pertencendo não mais apenas ao indivíduo como tal considerado, mas a toda uma coletividade.

Por se destinar o processo civil à solução dos conflitos surgidos no convívio social, “é extremamente importante que o operador do direito tome consciência de que o direito atual se divide em individual e coletivo, sendo correto dizer que está superada a dicotomia tradicional, que dividia o direito material em ‘direito público’ e ‘direito privado’”, alerta Destefenni. Lembra ele que o próprio Direito Civil, considerado o grande ramo do direito privado, passou pela constitucionalização de suas normas fundamentais, adquirindo aspectos cogentes, imperativos. E, mais, indaga Destefenni a qual ramo do direito, à luz da classificação clássica (público ou privado), pertenceriam os direitos difusos? A lesão a um bem jurídico difuso, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, produz repercussões não só ao meio ambiente propriamente dito, mas também em relação aos particulares que sofrem danos decorrentes de uma poluição, por exemplo.¹¹⁰

Lembra Fernando Gajardoni, o processo coletivo nasceu na terceira fase metodológica do direito processual civil, na segunda onda renovatória de Cappelletti e Garth. O autor divide os direitos fundamentais em gerações:

(a) *1ª geração: direitos civis e políticos* (séculos XVII a XX): direito a voto, herança, propriedade, etc. São as chamadas *liberdades negativas*, pois impõem ao Estado uma abstenção. Coincide com o pensamento liberal e o Estado de Direito.

(b) *2ª geração: direitos sociais, econômicos e culturais* (final do século XIX e XX). São as chamadas *liberdades positivas*, pois impõem ao Estado uma intervenção.

¹¹⁰ DESTEFANNI, Marcos. Manual, *op. cit.*, p. 40.

(c) 3ª geração: *direitos difusos e coletivos*: o homem passa a ser visto em grupo e surgem direitos ao meio ambiente, saneamento básico, direitos de categorias profissionais. Surgem os sindicatos de classe”¹¹¹

Portanto, como conclui Gajardoni, “o processo coletivo surge na *terceira geração de direitos fundamentais*”.¹¹²

5.4 O processo coletivo no Brasil

5.4.1 *Notas introdutórias*

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,¹¹³ é preciso, para bem operar com as ações coletivas, desvestir-se de velhos preconceitos, evitando recorrer a raciocínios aplicáveis amplamente à tutela individual, para solucionar questões atinentes à tutela coletiva, a qual não é e não pode ser pensada sob a perspectiva da teoria da “ação individual”, pois que muitos institutos que presidem a ação individual são incompatíveis e inaplicáveis à tutela coletiva, simplesmente porque foram concebidos para operar em outro ambiente.

Segundo Marinoni, esse é o grande mal enfrentado pela tutela coletiva no direito brasileiro. Embora munidos de suficientes instrumentos para a tutela dos direitos coletivos, o despreparo do legislador e do aplicador do direito para o trato com esses novos mecanismos vem minando o sistema. Para impedir essa visão míope da figura, bem como para permitir a adequada aplicação do instituto, é necessário não se afastar do norte fundamental: os direitos coletivos não se confundem com o direito individual e o direito individual de massa (embora individual)) exige uma tutela coletiva¹¹⁴.

A propósito, Gregório Assagra de Almeida defende que

[...] a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A *summa divisio* constitucionalizada no País é Direito Coletivo e Direito Individual.¹¹⁵

¹¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos. In: *Saberes do direito*. Saraiva, 2011, p. 2-3

¹¹² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Idem. Ibidem*

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015, p. 681.

¹¹⁴ *Idem, ibidem*

¹¹⁵ ASSAGRA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 11.

Gregório Assagra, ao enfrentar a polêmica sobre a existência ou não da categoria do *direito coletivo subjetivo*, pondera, à luz do texto constitucional, a inutilidade da discussão:

Dentro dessa nova perspectiva, que divide os direitos em individuais e coletivos, torna-se necessária uma revisão radical de algumas regras do processo civil clássico, como a legitimidade ativa, o litisconsórcio, a coisa julgada, a liquidação de sentença e as despesas com o processo, de maneira a adequá-las à representação em juízo dos interesses de massa e a estimular a participação popular judicial. Em se tratando de direitos transindividuais relacionados à vida, ao meio ambiente, ao consumidor, ao idoso, à criança e ao adolescente, enfim, à dignidade da pessoa humana, a condenação em pecúnia deve ser algo analisado subsidiariamente, pois, na atual ‘sociedade de risco’,¹¹⁶ onde impera a ‘irresponsabilidade organizada’,¹¹⁷ indubitavelmente são mais importantes a precaução e a prevenção, bem como a existência de mecanismos e técnicas processuais adequados à consecução dessas finalidades.¹¹⁸

5.4.2 A legislação brasileira

A respeito do tratamento das ações coletivas e dos interesses de massa, o Brasil, no contexto internacional, tem uma legislação considerada avançada, exercendo uma posição de vanguarda, estando, neste quesito, muito à frente de inúmeros países mais desenvolvidos¹¹⁹.

No dizer de Luís Roberto Barroso, o Brasil vive, desde a Constituição de 1988, sob um Estado democrático de direito, em que vigoram as liberdades públicas e a alternância do poder. Quase duas décadas de estabilidade institucional vêm desenvolvendo um sentimento constitucional no povo em geral, apto a superar uma história acidentada, marcada por golpes, governos militares e recaídas autoritárias. A despeito das dificuldades sociais de um país que ainda não percorreu todos os ciclos do desenvolvimento, o Brasil figura entre as doze maiores economias do mundo, a ordem jurídica brasileira se assenta “sobre uma legislação de razoável técnica, com doutrina de qualidade e boa jurisprudência”. Segundo Barroso, nosso sistema jurídico, filiado à tradição romano-germânica, com predominante influência da cultura da

¹¹⁶ Cf. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.p. 06-135; e AYALA, Patrick de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: editora Forense Universitária, 2002, p. 171-200, *In* GASTALDI, Suzana, obra citada, p. 2

¹¹⁷ *Idem, ibidem*

¹¹⁸ GASTALDI, Suzana. *op. cit.*, p. 2

¹¹⁹ SANT’ANA, Antônio Rodrigo, *Litispêndência nas Ações Coletivas*. Disponível em <http://www.zbslaw.com.br/artigos-07.html>. P. 7.

Europa continental, notadamente da França e da Itália, tem incorporado ideias e doutrinas originárias do direito alemão, sendo digna de nota sua aproximação com o direito costumeiro dos países do *common law* e os precedentes aqui têm merecido destaque.¹²⁰

Essa mudança, com o surgimento de nova categoria de direitos, está exigindo a adaptação do direito processual, sabido que muitos dos atuais institutos não são hábeis a solucionar adequadamente os chamados conflitos de massa. No dizer de Mauro Cappelletti:

Com efeito, a complexidade da sociedade moderna, com o intrincado desenvolvimento das relações sociais e econômicas, dá ensejo a situações nas quais determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de um grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados às demandas individuais.¹²¹

Como o Processo Civil é voltado à solução dos conflitos surgidos no convívio social, por meio da aplicação do direito material, objetivando a tutela dos direitos afirmados em juízo, é importante tomar consciência de que o direito atual se divide em individual e coletivo, “sendo correto dizer que está superada a dicotomia tradicional, que dividia o direito material em “direito público” e “direito privado”, sustenta Destefenni.¹²²

Pondera o citado autor que o Direito Civil, considerado o grande ramo do direito privado, em face da constitucionalização de várias de suas normas, também adquiriu aspectos cogentes, indisponíveis, que põem em dúvida essa classificação. E, a título de provocação, indaga Destefenni: “a qual ramo do direito, à luz da classificação clássica (público e privado), pertencem os direitos difusos?”¹²³

A dificuldade, responde ele, está no fato de que a lesão a um bem jurídico difuso, como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, produz repercussões não só ao meio ambiente propriamente dito, pois particulares também sofrem danos decorrentes de uma poluição, por exemplo”, trazendo a lume o disposto no § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, que prevê a obrigação do poluidor, independentemente da existência de culpa, de “indenizar ou reparar os danos causados *ao meio ambiente e a terceiros*, afetados por sua atividade”.¹²⁴

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Proteção coletiva dos Direitos no Brasil e alguns aspectos da *class action* norte americana. In: DE JURE – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, p. 34-35

¹²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 42

¹²² DESTEFENNI, Marcos. Manual de Processo Civil Individual e Coletivo. 2 ed. Saraiva, 2013, São Paulo, p. 40.

¹²³ *Idem, ibidem*.

¹²⁴ *Idem*, p. 41.

Segundo Destefenni, a classificação dos bens jurídicos do Código Civil brasileiro em públicos e privados está superada, pela inexistência de uma terceira categoria de bens, quais sejam, os *transindividuais*. Por isso, conclui, “temos que assumir, portanto, que o direito deve ser dividido, na atualidade, em dois grandes ramos: direitos individuais e direitos coletivos”.

O texto constitucional vigente no Brasil, no introyto do art. 5º da CR/88, onde arrolados os direitos fundamentais, refere-se à tutela dos direitos individuais e coletivos *lato sensu*, pelo que direitos fundamentais, constitucionalmente falando, são individuais e coletivos.

5.4.3 *Breve retrospecto histórico*

No Brasil, para enfrentar essas situações novas geradas por esses conflitos de massa, com base nas *class actions* surgidas no direito medieval inglês (em especial a *bill of peace*), foi concebida a ação coletiva, para proteger esses interesses transindividuais, bem como os interesses individuais lesados em massa, contando com características próprias, que as tornam radicalmente distintas das ações individuais, até mesmo porque diversa é toda a filosofia que as inspira.

Para alguns, pois, o direito brasileiro abeberou-se em fontes de tradição norte-americana, como as *class actions*, para introduzir no nosso ordenamento jurídico, as ações coletivas. Fazendo uma digressão sobre a verdadeira origem da legislação processual coletiva brasileira atual, Antônio Gidi ressalva que não deixa de ser verdade que as demandas coletivas brasileiras, criadas com a Lei da Ação Civil Pública (LACP) e com o Código de Defesa do Consumidor (CDC), foram baseadas nas *class actions* norte-americanas, mas somente de uma forma indireta. Segundo ele, uma análise superficial da literatura brasileira à época demonstra claramente que os autores brasileiros não conheciam o direito processual norte-americano nem as *class actions*, tendo se baseado na doutrina italiana, a qual, sim, as estudou¹²⁵.

5.4.4 *Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos na legislação brasileira*

¹²⁵ GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2008.

Tomou corpo, pois, entre nós, o chamado processo coletivo, para tutelar esses interesses que dizem respeito à generalidade ou a grupos específicos de pessoas. A nossa Constituição da República, no inciso III do artigo 129, fez referência aos direitos difusos e coletivos, mas coube ao nosso Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11.9.90, no *caput* de seu artigo 81, dispor que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo, estabelecendo, em seu parágrafo único, quando a defesa coletiva poderá ser exercida, definindo as três categorias de direitos coletivos:

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

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

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

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Como pontua Felipe Peixoto Braga Netto, nessa sistemática do CDC, é importante distinguir os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os difusos e coletivos têm, ontologicamente, uma natureza coletivista, isto é, são essencialmente indivisíveis, enquanto que os individuais homogêneos são interesses individuais, cujo tratamento uniformizado se dá em razão da origem comum, consubstanciada em uma multiplicidade de sujeitos¹²⁶. Para Kazuo Watanabe, quem vai atuar na área de processo coletivo, tem que dominar a distinção entre interesse difuso, interesse coletivo, interesse individual homogêneo, salientando que a dificuldade não é tanto na área do direito e sim na solução do fato que pode ser muito complexa¹²⁷.

Os exemplos dizem mais do que as palavras. Se uma indústria polui o ar, ela estará ofendendo toda a coletividade, há, no caso, interesses transindividuais, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por essa circunstância de fato. Se o Poder Público promove execução de uma exação fiscal contra os advogados, com

¹²⁶ BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor. De acordo com o novo CPC. À luz da jurisprudência do STJ*. 10ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2015, p. 445-448.

¹²⁷ WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 14.

base numa lei, ofensiva da Constituição, há, na hipótese, interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que titular a classe dos advogados, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, que, no caso, é o Estatuto da Advocacia e da OAB. Se o rompimento de uma barragem causa danos a moradores ribeirinhos, há, no caso, interesses ou direitos individuais homogêneos, mas decorrentes dessa mesma origem, que foi o rompimento da barragem, fazendo jus a uma indenização, cujo valor vai variar de caso a caso.

O CDC passou a permitir a proteção aos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. Como assinala Rizzatto Nunes¹²⁸, aos poucos, começa-se a descobrir a importância desse tipo de ação ‘nos ajuizamentos feitos pelo Ministério Público ou por associações de defesa do consumidor.

5.4.5 *As “ondas” de Zavascki*

Como observa Teori Albino Zavascki, o sistema adotado pelo CPC/1973 foi moldado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos subjetivos individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Como, de regra, art. 6º do CPC/1973, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, não foram previstos, naquele Código, instrumentos para a tutela coletiva desses direitos, salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, parágrafo único do CPC/1973). Não foram previstos instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados “interesses difusos e coletivos”.¹²⁹

Zavascki sustenta, porém, que muitas modificações legislativas, ocorridas a partir de 1985, alteraram de modo substancial não apenas o Código de Processo, mas o próprio sistema processual nele consagrado:

Novos instrumentos processuais foram criados e importantes reformas foram aprovadas, a tal ponto que, do exame sistemático do conjunto da legislação processual, impõe-se, hoje, concluir que o processo civil já não se limita à prestação da tutela jurisdicional nas modalidades clássicas ao início referidas nem se restringe a solucionar conflitos de

¹²⁸ RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.45

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.13.

interesses individualizados e concretizados. O sistema processual é, atualmente, mais rico e mais sofisticado”.¹³⁰

Zavascki aponta duas “ondas” bem distintas de modificações operadas no sistema processual civil pátrio. Uma primeira, a partir de 1985, caracterizada pela introdução, no sistema, de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, destinados (a) a dar curso a demandas de natureza coletiva, b) a tutelar direitos e interesses transindividuais, e c) a tutelar, com mais amplitude, a própria ordem jurídica abstratamente considerada. E uma segunda onda, a partir de 1994, com o objetivo de aperfeiçoar ou de ampliar os mecanismos já existentes no Código de Processo, para adaptá-lo às exigências dos novos tempos.¹³¹

Dentre as modificações trazidas pela primeira “onda” a que se refere o autor, e que interessam mais de perto aos objetivos deste trabalho, acham-se as leis regulamentadoras das chamadas “ações civis públicas”, a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985, que disciplinou “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 aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral. Seguiram-se outras leis, dispondo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.1989); de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.1990, o conhecido ECA); de consumidores (Lei 8.078, de 11.09.1990); da probidade na administração pública (Lei 8.429, de 02.06.1992); da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.1994) e dos interesses das pessoas idosas (Lei 10.741, de 01.10.2003).

Já no que se refere à segunda “onda” referida por Zavascki, são apontadas as diversas leis que introduziram modificações no vigente CPC/1973, nos movimentos que foram denominados de “reforma do CPC” e “reforma da reforma do CPC”. Segundo ele, “não mudou apenas o Código de Processo: mudou o sistema processual. A estrutura original do Código de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil”¹³²

Hoje, em decorrência dessa primeira fase de reformas, Zavascki classifica 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

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*, p. 14.

¹³¹ *Idem, ibidem.*

¹³² *Idem*, p. 20.

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); 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.¹³³

5.4.6 *O processo coletivo no novo CPC/2015*

5.4.6.1 A elaboração do novo CPC/2015

Segundo um ditado popular, “remende o pano para que dure mais um ano e quando o ano acabar, torne a remendar”. Mas a passagem bíblica, ao revés, aconselha que se ponham remendos novos em panos novos, para que o tecido não se rompa e não se perca. A propósito, como está no Relatório do Senador Valter Pereira, que apresentou o Projeto do novo CPC quando de sua remessa à Câmara dos Deputados, esta foi uma das causas determinantes da elaboração de um outro Código de Processo Civil: a busca de uma melhor sistematização.

Para a elaboração desse novo Código de Processo Civil, foi organizada, pelo Senado da República, uma comissão de juristas, sob a presidência do Ministro Luiz Fux (à época, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, hoje, sabidamente, do Supremo Tribunal Federal). Em menos de um ano, depois de percorrer o território nacional e de obter sugestões dos operadores do direito, inclusive com a realização de audiências públicas, a Comissão elaborou um anteprojeto, que foi entregue ao Senado e lá transformado no Projeto de Lei do Senado - PLS 166/2010, que veio a ser também rapidamente aprovado.

Em face do sistema bicameral vigente no Brasil, o PLS 166/2010 foi remetido à Câmara dos Deputados, onde foi identificado como Projeto de Lei 8.046 (PL 8.046/2010), aglutinado a outros projetos sobre o mesmo tema. Na Câmara, o PL 8046 esteve, primeiro, sob a relatoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro, da Bahia, que se viu afastado do Parlamento porque, suplente, o titular reassumiu o respectivo mandato. Novo relator, foi nomeado o Deputado paulista Paulo Teixeira. Na Câmara, o Projeto tramitou por cerca de quatro anos, até que foi finalmente aprovado, no final do primeiro semestre do 2014. Dadas as

¹³³ *Idem*, p. 21.

inúmeras modificações feitas no trabalho do Senado, para lá foi ele de novo remetido, tendo sido finalmente aprovado no final do ano de 2014 e só no início de 2015, depois de revisto, foi enviado à sanção presidencial, que se deu no dia 16.03.2015, para entrar em vigor um ano após a sua promulgação, portanto, a partir de 16.03.2016, eis que nele previsto como de um ano *vacatio legis*.

Este novo CPC insistiu na uniformização de jurisprudência, conclamando os tribunais a que a mantenham *estável, íntegra e coerente*”, devendo editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, impondo respeito aos precedentes judiciais, dispondo sobre incidentes de resolução de demandas repetitivas, para atenuar, sobretudo, o serviço do STJ e do STF.

5.4.6.2 Os art. 139, X e 333 do novo CPC/2015

O novo CPC/2015, no seu art. 333, previu a possibilidade da conversão da ação individual em ação coletiva, fazendo-o, porém, de forma tímida, no dizer do Ministro Teori Zavascki, que alertou:

Não acredito que a simples mudança na lei processual possa representar uma mudança significativa em termos de duração do processo. O que precisa ocorrer é uma redução no número de litígios, criar mecanismos judiciais que tornem desnecessário repetir tantas vezes o mesmo julgamento. Isso sim reduz o tempo da prestação jurisdicional e inibe a judicialização demasiada que ocorre hoje”. Segundo ele, embora o projeto atenda em parte essa necessidade de redução dos litígios, seria necessário avançar mais: “não dá para pensar em processo atualmente sem considerar as ações coletivas”, concluiu.¹³⁴

O novo CPC/2015, promulgado em 16.03.2015, tratou da matéria processo coletivo, no *artigo 333 e parágrafos*, aqui literalmente transcritos:

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, pela sua

¹³⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *op. cit.*

natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º O requerimento de conversão poderá ser formulado por outro legitimado a que se referem os arts. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.

Verifica-se, pois, que o novo CPC/2015 cuidou do instituto da conversão da ação individual em ação coletiva, no afã, aqui já destacado, de reduzir o número de demandas a cargo do Judiciário. Como lembra Humberto Dalla Bernardina Pinho, este instituto não constava da redação original do Anteprojeto e nem no Substitutivo ao PLS 166/10, aprovado no Senado.¹³⁵ O que existia, desde a primeira versão e continua mantido no texto que aguarda sanção, é a norma constante do inciso X do art. 139, onde elencados os poderes e deveres do juiz, no processo, *verbis*:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

[...]

X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro

¹³⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto*. Disponível em <https://www.processoscoletivos.net/.../1459-incidente-de-conversao->, p. 1-11.

de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

A respeito do art. 333 do CPC/2015, o deputado Paulo Teixeira¹³⁶, autor do relatório do PL 8.046, na Câmara, que criou esse mecanismo de conversão da ação individual em coletiva, exemplificou: se uma pessoa ajuizar uma ação reclamando do nível de poluição, barulho ou danos ambientais, essa ação pode se transformar em ação coletiva. “Aquela poluição não atinge uma pessoa só, mas toda a coletividade, portanto, essa ação poderá ser convertida em ação coletiva”.

5.4.6.3 O veto ao art. 333 do CPC/2015

No entanto, a Presidência da República vetou¹³⁷ o art. 333 do CPC/2015, pelo que não será possível, pela nova lei, a conversão de ações individuais em ação coletiva, embora tivesse sido mantida a regra posta no inciso X do art. 139 do CPC/2015, pela qual o juiz, quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem os arts. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

5.4.7 *Propostas de um Código Brasileiro de Processo Coletivo*

É certo que, na legislação pátria, os direitos ou interesses passíveis de proteção através dos processos coletivos, ressentem-se de um tratamento legislativo específico, como seria recomendável, para efeito de uma melhor sistematização da matéria.

Ainda não temos, entre nós, um Código de Processo Civil Coletivo, embora iniciativas legislativas já tenham sido tomadas nesse sentido. Conforme listados por Antônio Gidi, há quatro anteprojetos já publicados nos últimos anos: o primeiro, de autoria dele, iniciado em 1993 e terminado em 2007 (Anteprojeto Original); o segundo foi o Código Modelo de

¹³⁶ TEIXEIRA, Paulo. Relator do PL 8.046/2010 na Câmara dos Deputados da República Federativa do Brasil, em palestra no Congresso Estadual dos Advogados Mineiros, em Montes Claros - MG, em 10.04.2015.

¹³⁷ "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."

Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, iniciado em 2003 e aprovado em 2005, que teve como relatores, além do próprio Antônio Gidi, Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Código Modelo Ibero-Americano); o terceiro foi o Código Brasileiro de Processos Coletivos da USP, iniciado no fim de 2003 e terminado em 2006, liderado por Ada Pellegrini Grinover (Anteprojeto USP); e o quarto, o Código Brasileiro de Processos Coletivos da UERJ/Unesa, iniciado em 2005 e terminado no mesmo ano, liderado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (Anteprojeto UERJ/Unesa).¹³⁸

O ainda vigente CPC não trata das ações coletivas em nenhum de seus dispositivos, sendo certo que a matéria é versada em leis especiais, como na Lei da Ação Popular – Lei 4.717, de 29.6.65 –; na Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347, de 24.7.85; no Código de Defesa do Consumidor – art. 81 a 104 da Lei 8.078, de 11.9.90; na Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, de 2.6.92; e na Lei do Mandado de Segurança – Lei 12.016, de 7.8.09, dentre outras. As regras básicas do processo coletivo e de seu procedimento se acham nos citados dispositivos do Código do Consumidor. Lembre-se, de novo, que o CPC/2015 propôs uma nova ferramenta para o tratamento de ações idênticas ou repetitivas – a conversão da ação individual em coletiva -, no seu vetado art. 333, mas não cuidou da tutela coletiva.¹³⁹

No Congresso Nacional, não têm sido exitosas as proposições legislativas que intentaram criar uma legislação específica para o processo coletivo. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos não vingou; o PL 5.139/09 foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 2010 e, finalmente, o PLS 282/13 foi excluído do relatório final no Senado Federal, em março de 2014.

¹³⁸ GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2008.

¹³⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto*. Disponível em <https://www.processoscoletivos.net/.../1459-incidente-de-conversao->, p. 1-11.

6. A IDENTIDADE DE AÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

De acordo com a legislação processual brasileira, uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. A reprodução de ação anteriormente ajuizada, com as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, caracteriza litispendência ou coisa julgada: a litispendência ocorre quando se reproduz ação que está em curso; já a coisa julgada se dá quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não cabe recurso.

Se é ajuizada uma ação coletiva com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir de uma ação individual em curso, poder-se-ia dizer, em princípio, que não haveria litispendência, no caso, pois que o elemento subjetivo a identificar as ações seria diverso, pois não coincidiria qualquer dos legitimados para a ação coletiva, nos termos do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, com o autor individual.

No entanto, a propositura da ação coletiva, por quem de direito, nos termos do citado art. 82 do CDC, estaria englobando todos os autores individuais e, por isso, pelo menos em parte, haveria a coincidência de sujeitos, a deixar caracterizada, em princípio, a litispendência, à luz dos §§ 1º a 3º do art. 301 do CPC/73 (ou art. 337, § 1º a 3º do CPC/2015), que, ocorrente, ocasionaria a extinção do derradeiro processo, nos termos do art. 267, V, do CPC/73 (ou art. 485, V do CPC/2015).

Ou seja, relativamente ao autor individual, a ação coletiva ajuizada depois da ação por ele proposta, com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, não poderia prosseguir e deveria ser extinto o respectivo e derradeiro processo, sem exame do mérito.

Contudo, nada impede que a lei afaste a ocorrência da litispendência em casos por ela destacados, permitindo, pois, a concomitância de ações em que os elementos sejam os mesmos. Por exemplo, quanto à competência internacional, dispõe o art. 90 do CPC/73 (ou art. 24 do CPC/2015) que a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

Assim, por exemplo, se na justiça estrangeira já corre ação, com as mesmas partes, com o mesmo pedido e com a mesma causa de pedir de uma ação posteriormente proposta na justiça brasileira, *nihil obstat* que esta justiça pátria julgue a mesma ação, porque, de forma categórica, o art. 90 do CPC (ou art. 24 do CPC/2015) exclui, no caso, a ocorrência da litispendência.

Ao nosso sentir, pois, o deliberado intuito do art. 104 do CDC foi o de deixar extrema de dúvida a possibilidade de a ação coletiva ser proposta com reprodução de pedido e de causa de pedir de ação individual já em curso, afastando *ex vi legis* a ocorrência da litispendência.

Assim não fosse, bastaria ser sustentado que, sendo diversos os sujeitos no polo ativo das relações processuais, este fato, *de per se*, eliminando a identidade de sujeitos ativos nos dois processos, individual e coletivo, já afastaria, da mesma forma, a incidência da litispendência.

Destarte, o ajuizamento da ação coletiva, pelo legitimado, representando ou substituindo processualmente o autor individual, com a formulação do mesmo pedido, baseado na mesma *causa petendi*, caracterizaria, sim, do ponto de vista técnico, a litispendência, no entanto afastada, *ex vi legis*, ante o disposto no art. 104 em comento, que textualmente assinala que essas ações coletivas “*não induzem litispendência para as ações individuais*”.

Mas esta ocorrência simultânea de ações com os mesmos elementos pode gerar o risco de decisões conflitantes, com descrédito para o Judiciário, de cuja ação poderiam resultar “coisas julgadas” díspares ou em sentido diametralmente oposto.

Na ocorrência, pois, de decisões antagônicas, transitadas em julgado, qual haveria de prevalecer? *Quid juris?* É o problema que aqui buscamos discutir e resolver.

7. PROBLEMATIZAÇÃO: CONFLITO DE “COISAS JULGADAS”

O art. 81 do CDC, quanto à defesa do consumidor em juízo, deixa evidente a possibilidade da concomitância entre ações coletivas e individuais, concernentes ao mesmo objeto:

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

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

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

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Nessas hipóteses, tanto poderá ser ajuizada a ação individual, pelos titulares dos interesses em conflito – art. 6º do CPC, primeira parte, como pelos legitimados, concorrentemente, nos termos do art. 6º, parte final, do CPC, combinado com o art. 82 do CDC.

Também o art. 104 do CDC, aqui já examinado ao longo deste trabalho, admite a simultaneidade da ação coletiva com a ação individual, com o mesmo objeto:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Convém que se transcreva o artigo anterior, art. 103, a que faz remissão o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, para a exata compreensão da matéria:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direito individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes, poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória”.

Nehemias Domingos de Melo¹⁴⁰ concorda com vários autores, dentre eles Ada Pellegrini Grinover, que criticam o erro de remissão do artigo 104, tendo em vista que onde o texto diz “efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior”, deveria constar “a que aludem os incisos I, II e III do artigo anterior”, não tendo sentido a exclusão da regra do art. 104 relativamente às ações coletivas tendo por objeto interesses ou direitos difusos.

Mas, em conclusão, o dispositivo em apreço – art. 104 do CDC – deixa claro ser possível a simultaneidade das ações coletiva e individual, ainda que com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.

Nesse caso, porém, segundo a parte final do art. 104 do CDC, os autores das ações individuais, se quiserem, poderão requerer a suspensão dos respectivos processos, no prazo de trinta dias a contar da ciência, nos autos, do ajuizamento da ação coletiva, para que possam se beneficiar dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, em caso de procedência do pedido formulado nessa ação coletiva. Segundo a norma, se os autores individuais assim não fizerem, não serão beneficiados pelos efeitos positivos da ação coletiva.

Daí decorrem algumas situações que devem ser analisadas. A primeira delas diz respeito a ter o autor individual tido ciência da ação coletiva e, em decorrência dela, ter requerido a suspensão da ação individual. Neste caso, se o desfecho da ação coletiva for favorável, atingido estará ele pelos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, o

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. II, p. 596.

processo da ação individual terá perdido o seu objeto e será extinto, sem nenhum prejuízo para ele. Mas se o desfecho da ação coletiva for desfavorável, se o pleito não for acolhido pela sentença, o efeito da coisa julgada não o atingirá e poderá ele prosseguir com a ação individual, na qual poderá ser bem-sucedido, dependendo das provas que vier a produzir.

A segunda situação diz respeito a não ter o autor individual sido devidamente cientificado da ação coletiva e, sem conhecimento dela, ter prosseguido com sua ação. Nesse caso, pelos termos da norma, não poderia se ver prejudicado e os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* viriam em seu benefício e favorecê-lo-iam, ainda que a ação individual, decidida por sentença transitada em julgado, não fosse exitosa.

Uma terceira situação também se coloca e diz respeito a ter o autor individual sido devidamente cientificado da ação coletiva e, mesmo com conhecimento dela, não tenha requerido a suspensão e prosseguido com sua ação individual. Se a sua ação individual tiver desfecho favorável, ótimo, resolvida estará a questão em seu benefício, ainda que negativo tenha sido o desfecho do processo coletivo.

Se a ação individual tiver resultado desfavorável, da mesma forma que a ação coletiva, a identidade de pronunciamentos judiciais não o prejudicará mais, pois que as consequências de ambos os processos coincidem.

Mas, e se mesmo ciente da ação coletiva, o titular da ação individual com ela prosseguir, não requerendo a sua suspensão, ocorrendo o desfecho antecipado e desfavorável ao autor, por sentença transitada em julgado, vindo depois a ser procedente o mesmo pedido formulado na ação coletiva? Nesse caso, vem a pergunta: os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* não viriam em seu benefício, por conta da improcedência do seu pedido individual por sentença transitada em julgado? Ou favorecê-lo-iam, ainda que a ação individual, decidida por sentença transitada em julgado, não fosse exitosa?

Eis a questão!

A propósito, leciona Teori Albino Zavascki¹⁴¹, “entre nós vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito”, compreendendo-se, nessa liberdade de adesão, “a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva”, bem como a de “executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva”

¹⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2014, p. 175-177

Em sede doutrinária, em tópico rotulado “Ação Coletiva e Ação Individual. Autonomia”, assentou Zavascki:

O caráter genérico da sentença de procedência e a inviabilidade de sua liquidação e execução por substituto processual autônomo, são dois indicativos importantes da opção feita pelo legislador brasileiro em tema de defesa coletiva de direitos individuais, qual seja: o titular do direito material não pode ser obrigatoriamente vinculado ao processo ou aos efeitos da sentença. Em outras palavras, diferentemente, do que se passa no mandado de segurança coletivo, aqui, na ação civil coletiva em exame, o legislador brasileiro privilegiou claramente o direito à liberdade de ação, que tem como contrapartida necessária a faculdade de não acionar e até renunciar, se esta for a vontade do titular do direito. Esta opção se manifesta, também, no art. 94 da Lei 9.078/90 – (ao estabelecer como faculdade do interessado o seu ingresso como litisconsorte), no art. 103, III (ao estabelecer que a coisa julgada material *erga omnes* somente se dará em caso de procedência da ação coletiva), e sobretudo no art. 104, segunda parte. Ali se diz que ‘...os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos da ação coletiva’. Desse dispositivo colhe-se: a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva superveniente; b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e c) que não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente.¹⁴²

Dessa tramitação simultânea dos dois processos, individual e coletivo, portanto, podem advir sentenças conflitantes uma em relação à outra. Numa, o pedido poderá ser julgado procedente e, na outra, o mesmo pedido poderá ser julgado improcedente, podendo ambas as sentenças transitar em julgado, criando uma situação de perplexidade, na prática. Qual delas prevalecerá? Poderão ambas coexistir? Poderá o vencedor numa delas, com base na sentença que lhe foi favorável, opor-se ao cumprimento da que lhe foi desfavorável?

São questões que o mal redigido dispositivo não resolve de forma eficaz e que ousamos enfrentar neste trabalho.

7.1 Interpretação gramatical do art. 104 do CDC

Os autores, interpretando o art. 104 do CDC, sobretudo quanto à sua parte final, fazendo uma interpretação *au pied de la lettre* do dispositivo, insistem na prevalência da sentença e da coisa julgada individual sobre a sentença e a coisa julgada coletiva, nesse caso de improcedência do pedido na primeira e de procedência da pretensão na segunda.

¹⁴² ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista Forense*, vol. 329, p. 157.

Segundo a doutrina, deve o autor individual, devidamente cientificado, no prazo de trinta dias a que alude o art. 104 do CDC, requerer a suspensão do seu processo, sob pena de não se beneficiar dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*. Para muitos, se o autor individual não exercer o direito de se excluir do processo coletivo – *right to opt out* –, não será beneficiado por esses efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, sujeitando-se apenas aos efeitos, positivos ou negativos da coisa julgada que se abater sobre a sentença do processo individual.

7.2 A tese defendida: prevalência da coisa julgada coletiva

Neste trabalho, defendemos a tese da extensão dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, da sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva, em benefício do autor que, nos termos da parte final do art. 104 do CDC, não tenha requerido a suspensão do processo individual, mesmo que este tenha sido decidido por sentença de improcedência do pedido, transitada em julgado.

Sustentamos, pois, a prevalência dos efeitos da coisa julgada da sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva, sobre os efeitos da coisa julgada da sentença de improcedência do pedido formulado na ação individual, com o mesmo objeto.

E o fazemos, em primeiro lugar, com suporte nos princípios constitucionais da igualdade, do acesso à justiça e da duração razoável do processo, bem como do acesso pleno à justiça, da garantia de contraditório e da ampla defesa, além da garantia de um devido processo legal.

Dado que a coisa julgada é instituto de direito processual, de caráter instrumental, sustentamos, em segundo lugar, a sua não prevalência em face do direito coletivo, substancial, *erga omnes*, sabido que o processo não tem fim em si mesmo.

Sustentamos, em terceiro lugar, a prevalência dos princípios norteadores do processo coletivo em relação aos princípios que regem o processo individual, dada a amplitude dos limites subjetivos da coisa julgada, *erga omnes*, em relação aos limites subjetivos da coisa julgada, *inter partes*.

Também em abono da proposta defendida, advogamos, em quarto lugar, a tese da revogabilidade da coisa julgada individual anteriormente formada, pela coisa julgada coletiva posterior, dado o caráter normativo da sentença transitada em julgado.

Em consequência da tese sustentada, propomos a revisão da norma contida no art. 104 do CDC, para que a suspensão do processo individual, na pendência do processo coletivo, seja compulsória e não facultativa, como já tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

Assim, será afastado o risco de decisões conflitantes do Judiciário, que trazem a insegurança jurídica e será diminuído sensivelmente o serviço a cargo do Judiciário, em prol da boa realização da justiça.

Nosso objetivo é, pois, desenvolver uma nova compreensão interpretativa sobre a legitimidade da extensão dos efeitos da coisa julgada das sentenças coletivas, principalmente as de procedência do pedido, às ações individuais improcedentes, não suspensas e com sentença transitada em julgado, versando sobre o mesmo objeto de litígio, em consonância com a teoria da coisa julgada e seus efeitos, na ciência do Direito Processual Civil, para a realização do direito material coletivo.

7.3 Fundamentação teórica

A divisão dos interesses coletivos, baseada no art. 81 da Lei nº. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), apresenta-se como forma mais disseminada ao reconhecimento de três subgrupos integrados do conceito de interesses coletivos *lato sensu* ou metaindividuais. A definição dos interesses supraindividuais diverge dos interesses subjetivos precisamente definidos na ciência jurídica, não sendo totalmente delimitados, muito em virtude do seu caráter dinâmico, decorrente dos movimentos sociais e da evolução da defesa destes interesses, inicialmente pela doutrina e jurisprudência, sendo paulatinamente adotada por legislações esparsas e incluídas em determinados âmbitos de diferentes sistemas jurídicos brasileiros, inclusive na Constituição de 1988.

Os interesses metaindividuais, como já visto, dividem-se em três espécies: interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, I, II e III¹⁴³. Os interesses difusos se referem “a grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexiste um vínculo jurídico ou fático muito

¹⁴³ Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90). Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

preciso, possuindo objeto indivisível entre os membros da coletividade, compartilhável por número indeterminável de pessoas”.¹⁴⁴

Já os interesses coletivos *stricto sensu* são interesses transindividuais, também de natureza indivisível, sendo titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica definida. Observa-se que o vínculo jurídico entre os titulares é mais sólido, devido à relação jurídica comum que os reúne.

Por fim, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por seus titulares serem determinados ou determináveis, serem essencialmente individuais, ser divisível o objeto tutelado e por surgirem de uma origem ou fato comum.¹⁴⁵ Estes últimos foram incluídos na legislação como interesses coletivos para fins de tratamento processual, em virtude da conveniência da aplicação da tutela coletiva, alcançando a economia processual e a efetividade do processo.

A partir da conceituação das diferentes espécies de interesses coletivos, salienta-se que o marco teórico desenvolvido nesta pesquisa consiste na afirmação dos interesses coletivos dotados de prerrogativas constitucionais, tais como o acesso pleno à justiça, garantia de contraditório e ampla defesa e a garantia de um devido processo legal, conforme as normas legislativas ordinárias, principalmente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, e o próprio Código de Processo Civil, que, conjuntamente, fundamentam as normas de caráter específico do Processo Coletivo.

Também se define como marco interpretativo da ciência processual a sua compreensão como instrumento de efetivação do direito material. Ressalta-se que se reconhece o Direito Processual como ciência autônoma do Direito Material (ou substancial), todavia, a sua existência se justifica unicamente como concretizador do direito material a ser realizado.

[...] chegou o *terceiro momento metodológico* do direito processual, caracterizado pela consciência da *instrumentalidade* como pólo de irradiação de ideias e coordenador dos diversos institutos, princípios e soluções. O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. [...] Assoma neste contexto,

¹⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 40, *apud* LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. cit.*, 2002, p. 99

¹⁴⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Op. cit.*, 2002, p. 99

o chamado aspecto ético do processo, a sua *conotação deontológica*.¹⁴⁶

Dessa forma, a função teleológica do Direito Processual se qualifica como paradigma interpretativista, essencial para o acesso à justiça, a promoção da paz social, através da efetivação da tutela jurisdicional, uma vez que a ciência jurídica estabelece estreita relação com a sociedade na resolução dos litígios e na concretização das garantias e princípios constitucionais.

A caracterização da sociedade em seus âmbitos social, econômico, político e histórico auxilia na compreensão da evolução da ciência jurídica e da interpretação das recentes correntes doutrinárias, jurisprudenciais e nas legislações que materializam estas aspirações dos indivíduos e das diversas coletividades. Portanto, parte-se do pressuposto da compreensão das recentes modificações sociopolíticas para descrever os avanços presentes na ciência jurídica, bem como as linhas doutrinárias que se estruturam a partir das novas abordagens interpretativistas sobre os fundamentos do Direito – em especial, do Direito Processual Civil – e sobre a análise da sociedade.

7.4 Fundamento do art. 104 do CDC: o acesso à justiça

O art. 104 do CDC, ao ensejar a possibilidade da simultaneidade da ação coletiva com a ação individual, condiciona a suspensão desta última à manifestação de vontade do autor individual, de sorte que, não se manifestando ele pela suspensão, o processo individual prosseguirá concomitantemente com o processo coletivo.

Certamente que a possibilidade do andamento simultâneo das duas ações, individual e coletiva, tem lastro do princípio constitucional do acesso à justiça, contido no art. 5º, XXXV da CR/88, segundo o qual a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

De acordo com Antônio Herman Benjamin, a expressão *acesso à justiça* pode ser definida de três formas: I) em sentido estrito, diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos – acesso a um juiz natural para a composição de litígios; II) em sentido mais amplo, embora insuficiente, refere-se ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos – acesso a

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 5ª ed. rev. e atual., de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/04 e com o estudo sistemático da Reforma do Judiciário (na apresentação da 5ª edição), vol. I, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23 (*grifo do autor*).

mecanismos de solução de conflitos, judiciais ou extrajudiciais; e III) em acepção integral, significa “acesso ao Direito” – acesso à ordem jurídica justa, conhecida e implementável.¹⁴⁷

O acesso à justiça, aqui abordado, objetiva a realização da função precípua do Poder Judiciário, que consiste na resolução das lides, o que, infelizmente, tem se confrontado com as limitações dos recursos disponíveis para o Judiciário e com a elevadíssima quantidade de processos em andamento. Essa situação inibe a garantia constitucional do acesso pleno à justiça, e encaminha a ciência processual à realização de reformas estruturais.

Daí porque, entendemos nós, a garantia do livre acesso do autor individual à Justiça deve, sim, ser preservada, não podendo, nos termos da norma em comento, ser obstaculizada pela existência da ação coletiva. Só que haverá de ser priorizado o trâmite da ação coletiva, como a própria norma deixa claro, ao dispor sobre a eventual suspensão da ação individual e não da coletiva, com o mesmo objeto, dada a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada daí advinda, com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*.

Interpretando o art. 104 do CDC, defende Antônio Rodrigo Sant’Ana que “o jurisdicionado diligente, ciente de seus direitos, jamais poderá ser prejudicado por sua presteza, devendo apenas escolher em continuar com a ação individual, não sendo beneficiado (nem prejudicado) com a coisa julgada formada na demanda coletiva, ou optar pela suspensão de sua ação individual, a fim de que seu direito seja tutelado pela ação coletiva”.¹⁴⁸

Dele, porém, ousamos discordar neste trabalho, sustentando que, mesmo não tendo requerido a suspensão do processo individual, em qualquer hipótese, beneficiar-se-á o autor individual dos efeitos favoráveis da sentença de procedência da ação coletiva.

7.5 O princípio da isonomia

Segundo Karl Larenz, os princípios jurídicos têm dúplice função: positiva, consistente na influência exercida sobre o conteúdo da regulação de sucessivas decisões; e negativa, implicando a exclusão dos valores e normas contrárias. “São concretizados em normas e decisões a partir de um juízo adicional de valor”.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

¹⁴⁸ *Op.cit.*, p. 4

¹⁴⁹ LARENZ, Karl. *Derecho justo*, Madrid: Ed. Civitas, 1995. *Apud* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

Margarita Beladiez Rojo define a categoria dos princípios de direito no ordenamento jurídico, não os considerando meros enunciados suprajurídicos, porquanto se não são realmente normas por deficiência de pressuposto de fato, constituem elemento ou categoria do próprio ordenamento jurídico, como normas de tipo peculiar, diretivas ou conformadoras da produção das normas jurídicas, com força necessária para validá-las ou invalidá-las ou, até mesmo, validar ou invalidar atos administrativos.¹⁵⁰

O art. 5º da CR/88, no seu *caput*, consagra a igualdade de todos perante a lei, estatuinto, no seu *inciso I*, a igualdade de homens e mulheres, em direitos e obrigações. A *isonomia* se coloca, pois, não só na cabeça do dispositivo – o que é significativo –, assim como se situa como o *primus inter pares* dos direitos individuais e coletivos de que trata o Capítulo I, dentro do Título II da Constituição da República Federativa do Brasil, onde estatuídos os direitos e as garantias fundamentais.

A igualdade se apresenta, na Constituição brasileira de 1988, não apenas como *regra* constitucional, mas também como autêntico *princípio* constitucional, sendo, portanto, uma *norma* constitucional, destaca Lutiana Nacur Lorentz.¹⁵¹

“A liberdade é o aspecto político da democracia, e a igualdade seu aspecto social”, bem sintetizou Afonso Arinos de Melo Franco.¹⁵²

Vera Lúcia Vassouras critica a legislação que, na sua ótica, mantém as premissas colonialistas. Para ela, “as desigualdades reais, observadas hoje por qualquer cidadão com seus órgãos de visão saudáveis, mascaradas sob uma legislação de pseudos princípios de Justiça, fazem com que a norma jurídica seja determinada ou determinável dentro da ideologia da igualdade”. Citando Engels, pontua: “o modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual em geral.”¹⁵³

Como registra José Adércio Leite Sampaio,¹⁵⁴ a expressão *direitos fundamentais* engloba direitos e garantias individuais e coletivas, os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos de cidadania e os direitos políticos, com uma tendência de seu emprego como designativo dos direitos humanos protegidos no âmbito nacional ou pelas Constituições.

¹⁵⁰ ROJO, Margarita Beladiez. *Los principios jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1994, p.75-89. *Apud* MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

¹⁵¹ LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. 2006: LTr Editora. São Paulo, p. 21

¹⁵² LORENTZ, Lutiana Nacur. *op. cit.*, p. 21

¹⁵³ VASSOURAS, Vera Lúcia. *O mito da igualdade jurídica no Brasil*. Notas críticas sobre a igualdade formal. 1995: Edicon, São Paulo, p. 76-85

¹⁵⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. 2013: Del Rey Editora, Belo Horizonte, p. 548-551.

Segundo o autor, embora varie de autor para autor, a enumeração dos elementos caracterizadores dos direitos humanos, dentre eles podem ser elencados: a sua essencialidade, universalidade, indisponibilidade, indivisibilidade e caráter absoluto.

Segundo Henry Shue, a afirmação e o exercício dos direitos humanos são indispensáveis ou *conditio sine qua non* para o gozo dos demais direitos, em decorrência de seus vínculos imediatos com a dignidade da pessoa humana,¹⁵⁵ ou por serem eles mesmos valores de base ou fontes primeiras de conteúdos axiológicos positivados, sendo a dignidade um princípio jurídico de nível hierárquico igual ao dos demais princípios de direitos fundamentais, no dizer de Alexy.¹⁵⁶

Carmen Lúcia Antunes Rocha assinala que, “pela igualdade, havida como um dos princípios magnos primários da Constituição Brasileira e de todos os Estados Democráticos desde a Antiguidade – pretende-se enfatizar a ausência de discriminação que desigual a que é igual, criando-se, pela desequiparação fundada em razões pessoais, situações de prejuízos de um e privilégios de outros”¹⁵⁷

Ressalvando que as teses e desdobramentos intitulados de *constitucionalismo contemporâneo* não sejam imunes a críticas, Bernardo Gonçalves Fernandes assinala que “o fervor neoconstitucionalista vem se desenvolvendo de forma célere em solo nacional, após a promulgação da Constituição de 1988, com o devido reconhecimento da normatividade e centralidade constitucional, e por meio da busca de concretização e efetividade de suas normas”.¹⁵⁸

Sobre a onda de reformas encetadas pelo legislador brasileiro no ainda vigente CPC/1973, que culminaram com a elaboração do novo CPC/2015, a vigorar a partir de 16 de março de 2016, observou Carolina Fagundes Cândido que, atualmente, em matéria de direito processual, a palavra da moda é efetividade, que os juristas buscam alcançar a todo momento. Para Carolina Cândido, “a efetivação dos direitos fundamentais depende de uma jurisdição constitucional, aqui dita em sentido genérico, toda e qualquer jurisdição”.¹⁵⁹

¹⁵⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte, Del Rey Editora, 2013, p. 550.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 21.

¹⁵⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. 5 ed, p. 63.

¹⁵⁹ CÂNDIDO, Carolina Fagundes; CÂNDIDO JÚNIOR, Raimundo. As reformas processuais e o processo constitucional. In: *Processo Civil Reformado*. Coord. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Luciana Diniz Nepomuceno. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p. 85.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, chamando a atenção para a extrema relevância do tema, discorrendo sobre a chamada *jurisdição constitucional*, destaca que essa função, “no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional”¹⁶⁰.

Luís Roberto Barroso, um dos precursores do neoconstitucionalismo no Brasil, assinala, como seu marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como seu marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o direito e a ética; e, como seu marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional¹⁶¹.

Essa igualdade, por óbvio, há de ser observada também nos processos, individuais e coletivos, através dos quais o Estado aplica a lei, na solução dos conflitos, afirmando os direitos substanciais dos litigantes. Por isso que, de acordo com o art. 125, I, do CPC/1973, ao dirigir o processo, conforme as disposições daquele Código, o juiz deve “assegurar às partes igualdade de tratamento”.

Marino Pazzaglini Filho destaca que o princípio constitucional da igualdade tem por destinatário o legislador, na elaboração da norma infraconstitucional, e o agente público, no exercício das funções estatais:

O primeiro destinatário do princípio constitucional da igualdade é o legislador, que, na elaboração das normas jurídicas, não pode incluir qualquer fator de discriminação que cause ruptura da ordem constitucional isonômica.

O segundo destinatário é o aplicador da lei à situação concreta, sendo-lhe vedado fazer discriminação ou outorgar privilégios infundados no desempenho de funções administrativas e judiciais.¹⁶²

¹⁶⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 43-47.

¹⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional*. In: *A constitucionalização do direito*, 2007, p. 203-249; 216. Apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 60.

¹⁶² PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2009, p. 22-23.

7.6 A isonomia nos processos coletivos

Como todos são iguais perante a lei, os titulares de direitos que podem ser coletivamente protegidos, nos termos do art. 81 e seu parágrafo único do CDC, devem ser tratados de forma isonômica. Todos os que se acham devidamente representados nos processos coletivos, lá processualmente substituídos, por expressa autorização legal, pelos entes legitimados – art. 82 do CDC, todos, sem exceção, devem merecer tratamento igualitário.

À toda evidência, se o objetivo do processo coletivo é tutelar, a um só tempo, de uma só vez, através do mesmo processo, todos os que se achem em idêntica situação, na titularidade dos mesmos direitos, devem eles, por lógica consequência, receber o mesmo tratamento, a eles se devem aplicar, sem exceção, os efeitos da coisa julgada, que se diz *erga omnes*. Caso contrário, não surtiria o julgado eficácia para todos, em face de todos, *erga omnes*, como diz o art. 104 do CDC.

Por isso, sustentamos nós, a sentença de procedência do pedido, na ação coletiva, estenderá seus efeitos sobre todos, sem exceção, ainda que, tendo optado pela ação individual, o interessado, não tenha requerido a suspensão do seu processo, nos termos da parte final do art. 104, para, segundo o dispositivo, só nesse caso, ser beneficiado por esses efeitos da coisa julgada *erga omnes*.

Nem se argumente que, nesse caso de opção pelo seu processo, nos termos da parte final do art. 104 do CDC, tenha o autor individual ficado em situação diferenciada em relação aos demais que não tenham ajuizado ação individual ou que tenham pedido a suspensão respectiva. Não ignoramos a correta interpretação que se deve dar ao princípio da isonomia, no sentido de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

A respeito do art. 125, I do CPC/73, que impõe ao juiz o dever de tratar as partes com igualdade, pondera Nelson Nery Júnior que essa norma teve recepção integral em face da vigente Constituição. “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.¹⁶³

No entanto, há de se verificar a igualdade dos interessados em face dos direitos substanciais e não apenas dos direitos processuais, sabido que estes servem de instrumento à

¹⁶³ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42-43.

consecução daqueles. E, se são *erga omnes* os efeitos da coisa julgada advindos da sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva, voltemos a repetir, não podem excluir ninguém, sob pena de perder o seu caráter *erga omnes*.

7.7 Outros direitos e garantias fundamentais e sua imperativa aplicação nos processos

O Direito Processual Civil estabelece estreita relação com o direito constitucional, uma vez que a tutela jurisdicional é função soberana do Estado, sendo que a Constituição reúne os atributos e limites dessa função pública, além de determinar orientações e regras gerais de aplicação do direito processual.

[É previsto na Constituição, o] tratamento igualitário das partes do processo (art. 5º, inc. I), a que assegura a todos o direito de submeter toda e qualquer lesão de direitos à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV), a que proíbe a prisão por dívidas (art. 5º, inc. LXVII), as que garantem o devido processo legal (art. 5º, Inc. LIV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, Inc. LV), a razoável duração do processo e os meios para assegurar a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inc. LXXVIII, acrescido pela Emenda Constitucional nº. 45, de 08.12.2004) etc.¹⁶⁴

O processo constitui-se em instrumento de realização da tutela jurisdicional pretendida, da efetivação dos princípios constitucionais e processuais, além de determinante essencial na efetivação do direito material.¹⁶⁵

Em face desta aproximação da ciência processual com o direito material, a técnica processual deixa de ser vista como um fim em si mesma e passa a instrumentalizar as relações jurídicas substanciais. A realização do processo focado em seus resultados, consiste na função teleológica processual que se assenta nos princípios do instrumentalismo e da efetividade processual, garantindo um processo justo e célere, com respeito à segurança jurídica.

Instrumentalismo e efetividade são ideias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento

¹⁶⁴ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1, 47ª edição atual. até a Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Forense: 2007, p. 7-8

¹⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*. *op. cit.*, p. 129.

produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.¹⁶⁶

A instrumentalidade do processo fundamenta-se nos princípios da economia processual e da efetividade da prestação jurisdicional, valorização de procedimentos orais e de alternativas de resolução de conflitos, com o objetivo de efetivar as garantias previstas constitucionalmente da prestação jurisdicional.¹⁶⁷

O princípio da economia processual corresponde à economia de custos – valor de ingresso em juízo de uma causa, emolumentos, conciliação e uso da arbitragem, por exemplo –, à economia de tempo – instituição de procedimentos visando a rápida prestação jurisdicional, tais como a reunião de ações, a busca pela finalidade essencial, a antecipação da tutela jurisdicional, o julgamento antecipado na lide, atos presumidos decorrentes da revelia, o impulso do rito processual pelo juiz, dentre outros –, como também a economia dos atos – restringir os atos àqueles realmente necessários à prestação da tutela jurisdicional, ressalvadas as garantias processuais – e a eficácia da administração da justiça – esta consiste na busca pela otimização das atividades na estrutura do Poder Judiciário.

Outro ponto de realce dessa efetividade é a participação do juízo como condutor do processo, ao influir no andamento do litígio, bem como “a fase conciliatória no procedimento e a importância do juiz em contatar as partes para este mister e para aprofundar o conhecimento da questão colocada sob jurisdição, [...]”.¹⁶⁸

Inserem-se também, no princípio da economia processual, o aproveitamento dos atos processuais (art. 250, CPC/73 – de aplicação geral ao processo civil e penal), bem como a adoção de procedimentos sumários (ou sumaríssimos) em causas de pequeno valor.

O princípio da oralidade visa à redução das peças escritas ao essencialmente indispensável e a primazia de realização dos atos em viva voz. É caracterizado pela identidade

¹⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 20, grifo nosso.

¹⁶⁷ CF/88. Art. 5º, LXXVIII – “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A razoável duração do processo, incluída pela Emenda Constitucional nº. 45/04, provém da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, de 1992, aprovada pelo Decreto Legislativo nº. 27/92 e promulgada pelo Decreto nº. 678/92: “1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”

¹⁶⁸ PISTORI, Gerson Lacerda. *Dos Princípios do Processo*. Os Princípios Orientadores. São Paulo: LTr, 2001, p. 101

da pessoa física do juiz (o mesmo juiz do início ao final), pela concentração (realização de audiências próximas para a produção das provas), pela irrecurribilidade das decisões interlocutórias (evitando a interrupção contínua pela interposição de agravos), compondo um conjunto de meios para imprimir maior celeridade processual.

Por fim, os direitos tutelados devem primar por uma economia processual na realização de seus procedimentos, atentando-se à razoável duração do processo, à instrumentalidade das formas e à realização efetiva do direito material em questão na lide.¹⁶⁹

As reformas processuais do Poder Judiciário e a promulgação de leis ordinárias de criação de Juizados Especiais, além as de proteção da tutela coletiva, possibilitam a ampliação da legitimação de agir a diferentes coletividades e visam alterar a visão unilateral de partes em conflito jurisdicional para uma visão multipolar e de pacificação social.¹⁷⁰

A contemporânea teoria processual objetiva a instrumentalização do processo e a pretensão de satisfação do direito material dos indivíduos. Essa pretensão é também buscada na ampliação de satisfação das tutelas coletivas, na Justiça do Trabalho e nos Juizados Especiais.

Por isso que não tem sentido, a nosso ver, manter essa possibilidade de andamento simultâneo das ações individuais e coletivas, com o mesmo objeto, o que só vem em afronta aos princípios aqui mencionados, cumulando o Judiciário de mais feitos, com o mesmo objeto, para apreciar ao mesmo tempo, com gastos desnecessários e com sobrecarga insuperável para os operadores do direito, como, infelizmente, tem acontecido, na prática, inviabilizando a realização da justiça.

Daí porque, como consequência da tese que aqui defendemos, propomos, ao final, a suspensão obrigatória das ações individuais, enquanto pendente a ação coletiva com o mesmo objeto, só se viabilizando seu eventual prosseguimento, em duas hipóteses: a) apenas para a liquidação dos danos a favor dos autores individuais, chamados de vítimas, na hipótese de ser exitosa a ação coletiva; ou b) na hipótese de improcedência do pedido formulado na ação coletiva, caso obtidas novas provas que não tenham sido objeto de apreciação no processo coletivo, a exemplo do que previsto no art. 103 e seus incisos do CDC pátrio.

¹⁶⁹ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. II, 5ª edição ver. E atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº 45/04, o Código Civil e as Súmulas do STF e STJ, as Federais nº 11.925/09, 12.004/09, 12.016/09 e Resoluções do STF nº 381 e 388 de 1008 (Súmula Vinculante). Salvador. Juspodium, 2009, p. 68

¹⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, p. 10.

7.8 A relativização da coisa julgada material em face de outras regras e princípios

Vem de longa data a ponderação da coisa julgada material em face de outras regras e princípios, tanto na doutrina como na jurisprudência. Lembra Guilherme Jales Sokal¹⁷¹ que, no ano de 2011, essa discussão recebeu incremento rico e muito aguardado: a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 363.889/DF, relatado pelo Min. Dias Toffoli, cujo acórdão, de 165 páginas, publicado em 16 de dezembro daquele ano, destacou, na respectiva ementa, a possibilidade da repositura da ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. Acentuou aquele julgado que deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. Segundo aquele julgado, não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.

Aquele aresto permitiu o afastamento da coisa julgada material em prol do prestígio aos valores que lhe eram contrapostos, destaca Guilherme Jales Sokal, alertando, porém, que o precedente em comento tem de ser compreendido em seus devidos termos, para evitar o equívoco de aplicação desautorizada da tese firmada pela Corte, devendo ser apurada a *ratio decidendi* que guiou a prolação daquele *leading case*.

Tem-se observado atualmente uma espécie de realinhamento do sistema jurídico brasileiro com determinados institutos e técnicas do direito anglo-saxão, especialmente do direito norte-americano. A atividade de compreensão do sentido e do alcance dos precedentes consiste em exemplo emblemático desse fenômeno e reclama cuidadoso manejo dos conceitos com os quais o tradicional ensino jurídico romano-germânico ainda não se mostra

¹⁷¹ SOKAL, Guilherme Jales. Coisa julgada, paternidade e parâmetros de ponderação. In: FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional*, Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 139-142.

familiarizado, exigindo, pois, prudência do intérprete a respeito da denominada relativização da coisa julgada, assinala Sokal¹⁷².

A despeito dessa advertência de Guilherme Jales Sokal, chama-se aqui a atenção para a reconhecida possibilidade de permitir o afastamento da coisa julgada material, para a prevalência de princípios outros, maiores, insculpidos no texto constitucional pátrio. Naquele julgamento, o voto-vista do Min. Luiz Fux fez uma análise do conflito entre as normas constitucionais que tutelam a garantia da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI) e o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), de um lado, e o direito fundamental à filiação (CF, art. 227, *caput* e § 6º) e a garantia da assistência jurídica integral aos desamparados (CF, art. 5º, LXXIV), de outro lado, destacando o status constitucional da proteção da coisa julgada material, mas vinculando-a, ainda que de forma indireta com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e com o substrato social do direito à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV), pregando a pacificação dos conflitos sociais, para admitir, em resumo, a flexibilização da coisa julgada.

Discorrendo sobre a matéria, Leonardo Prieto Castro¹⁷³ destaca que o fundamento substancial da coisa julgada, na realidade, é eminentemente político, uma vez que o instituto visa à *preservação da estabilidade e segurança sociais*, revelando fato de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo. Chiovenda¹⁷⁴ assentava a explicação da coisa julgada na *exigência social de segurança no gozo dos bens da vida*.

Para Luiz Fux,¹⁷⁵ no voto-vista aqui analisado, politicamente, a coisa julgada não está comprometida nem com a verdade nem com a justiça da decisão. Para ele, uma decisão judicial, malgrado solidificada, com alto grau de imperfeição, pode, perfeitamente, resultar na última e imutável definição do Judiciário, porquanto o que se pretende através dela é a estabilidade social.

¹⁷² *Idem, ibidem*.

¹⁷³ PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*, 1946. V. 1, p. 381. In: FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional*, Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 153.

¹⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 1942, v. 1, p. 512-513. In: FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional*, p. 153.

¹⁷⁵ FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos fundamentais*. Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Mas, pondera ele, citando Adriano Pilatti,¹⁷⁶ nenhuma norma constitucional, nem mesmo a regra da coisa julgada ou o princípio da segurança jurídica, pode ser interpretada isoladamente:

A Constituição brasileira em vigor caracteriza-se como um típico compromisso entre forças políticas divergentes, que em 1988 se uniram para definir um destino coletivo em comum, balizando a atuação dos poderes políticos, através das regras e dos princípios definidos no pacto constitucional. Trata-se de compromisso porquanto a base plural da sociedade, no momento constituinte, assinalava a relevância a valores díspares, sem uma univocidade ideológica, provocando a convivência, por exemplo, da liberdade de expressão (CF, art. 5º, IV) e do direito à intimidade (CF, art. 5º, X), da proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII, e art. 170, V) e do princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*), e de outros casos mais.

Em outras palavras, sustenta Luiz Fux,¹⁷⁷ cabe ao intérprete conciliar as normas constitucionais cujas fronteiras não se mostram nítidas à primeira vista, assegurando a mais ampla efetividade à totalidade normativa da Constituição, sem que qualquer de seus vetores seja relegado ao vazio, desprovido de eficácia normativa.

Reportando-se ao ensinamento de Cláudio Pereira de Souza Neto,¹⁷⁸ destaca Fux que todo o caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos, indicando soluções opostas, impõe ao aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência.

7.9 Ponderação de valores e o postulado da proporcionalidade

No entanto, somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, caberá, aí, sim, fazer o uso da técnica da *ponderação de valores*, instrumentalizada a partir do manuseio do *postulado da proporcionalidade*, a fim de operar concessões

¹⁷⁶ PILATTI, Adriano. A Constituinte de 1987-1988: progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2008. In: FUX, Luiz, Jurisdição Constitucional, Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 153.

¹⁷⁷ FUX, Luiz, *op. cit.*, p. 154.

¹⁷⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Constitucionalismo democrático e governo de razões. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011. P. 144-147. *Apud* FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 154.

recíprocas, tanto quanto se faça necessário, entre as regras constitucionais em confronto, resguardando-se, sempre, o *núcleo essencial* de cada direito fundamental.¹⁷⁹

Segundo Fux, porque não seria lícito, mesmo nessas hipóteses, a ablação da eficácia, em abstrato, das normas constitucionais, o resultado do método ponderativo haveria de ser o estabelecimento de uma *relação de precedência condicionada* entre os princípios em jogo, a que se refere Alexy,¹⁸⁰ identificando-se o peso prevalecente de uma das normas com o devido balizamento por parâmetros (*standards*) interpretativos que reduzissem a arbitrariedade e estimulassem a controlabilidade intersubjetiva do processo decisório.

O art. 5º, XXXVI da Constituição brasileira consubstancia verdadeira regra jurídica, porquanto enuncia uma hipótese de incidência e, simultaneamente, o comando a ser desencadeado pela configuração de seus pressupostos de fato, qual seja, a invalidade de qualquer ato do poder público que afronte a autoridade da coisa julgada material. Luís Roberto Barroso¹⁸¹ afirma essa natureza de regra, da garantia da coisa julgada material.

Já a *isonomia* assume a forma de *princípio jurídico*, consagrado em praticamente todos os ordenamentos jurídicos, apontando para o estado ideal a ser alcançado. A igualdade de todos perante a lei está acima de todos os direitos e garantias fundamentais delineados no texto constitucional, posta, literalmente, na cabeça do artigo 5º da Constituição da República, antes de todos os direitos e deveres individuais e coletivos especificados no texto da Lei Maior.

Por isso, defendemos nós, a garantia da *isonomia* há de prevalecer sobre o instituto da *coisa julgada*. Assim, a coisa julgada advinda da sentença de improcedência do pedido formulado na ação individual, há de sucumbir diante da igualdade de todos aqueles devidamente representados, na ação coletiva, beneficiando-se todos, portanto, dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada advinda desse processo coletivo.

7.10 A relativização da coisa julgada e o art. 104 do CDC

¹⁷⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297-382. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 154.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1993, p. 92. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 154.

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223-226. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, p. 154-155.

Como já vimos, a possibilidade da simultaneidade de uma ação individual com uma ação coletiva, à luz dos art. 103 e 104 do CDC, pode ocasionar um choque de coisa julgadas, com decisões, nos dois processos, em sentido diametralmente oposto. Neste trabalho estamos defendendo a tese de que o choque entre uma sentença, anterior, de improcedência do pedido individual e outra, posterior, de procedência do pedido coletivo, não de prevalecer os efeitos *erga omnes* da coisa julgada coletiva.

Fazendo uso dessa técnica de *ponderação de valores*, instrumentalizada através do *postulado da proporcionalidade*, verificamos, como aqui sustentado, que a marca da Constituição de 1988 é a da prevalência dos interesses sociais, sobre os interesses meramente individuais, sendo princípio norteador dos direitos coletivos, direitos de massa, a primazia do feito coletivo em relação ao individual.

Embora não se possa negar à *coisa julgada* seu *status* de garantia constitucional, nos termos do inciso XXXVI do art. 5º da CR/88, não se pode, de outro lado, negar, como garantia constitucional maior, anteriormente prevista naquele art. 5º, na sua cabeça, a *igualdade*, também assentada no inciso I daquele dispositivo.

7.11 A prevalência do processo coletivo sobre o individual

Pacífico é o entendimento de que as regras norteadoras do processo coletivo têm prevalência em confronto com as regras do processo individual, dada, evidentemente, a sua abrangência e a generalidade de pessoas que alcança.

Gregório Assagra de Almeida faz considerações sobre a prevalência dessas regras de processo coletivo:

Pelo princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum, observa-se que, para a proteção jurisdicional dos direitos coletivos, são admissíveis todos os tipos de ação, procedimentos, medidas, provimentos, inclusive antecipatórios, desde que adequados para propiciar a correta e efetiva tutela do direito coletivo pleiteado. Todos os instrumentos processuais necessários e eficazes poderão ser utilizados na tutela jurisdicional coletiva. Com efeito, cabe ação de conhecimento, com todos os tipos de provimento (declaratório, condenatório, constitutivo ou mandamental, ação de execução em todas as suas espécies, ação cautelar e respectivas medidas de efetividade pertinentes. Cabe inclusive antecipação da tutela jurisdicional no Processo Coletivo de Execução (art. 83 do CDC, c/c art. 21 da LACP e art. 66 da Lei n. 8.884/94. Esse princípio decorre,

como se observou, do disposto no art. 83 do CDC, em combinação com o art. 21 da LACP.¹⁸²

Observam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que a Lei da Ação Civil Pública – LACP, em sua edição original, de 1985, só previa a possibilidade do ajuizamento de ação de responsabilidade civil para reparação dos danos causados aos direitos por ela protegidos, ação de execução da sentença condenatória, ação de obrigação de fazer ou não fazer, bem como eventual ação cautelar antecedente ou incidente.

Com o advento do CDC, o âmbito de abrangência da LACP foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos protegidos pela LACP (CDC 83, 90; LACP 21). Assim, hoje é possível, v.g., a propositura de ação de anulação de contrato administrativo, lesivo ao meio ambiente.¹⁸³

A aplicação do *princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum* (art. 83 do CDC, combinado com o art. 21 da LACP) garante a efetivação do *substantive due process of law*, com aplicação desburocratizada do *procedural due process of law*, procurando satisfazer o titular da pretensão, fugindo dos exageros da forma e valorizando o direito, em respeito aos princípios da isonomia, da efetividade, da ampla defesa e do contraditório.

Para Antônio Rodrigo Sant’Ana¹⁸⁴, a atuação, por meio de instituições públicas ou organizações civis, legitimadas para a propositura das ações coletivas, como representantes adequadas dos titulares individuais dos interesses em conflito, é o diferencial mais importante na defesa dos interesses coletivos, porque cada organização social reflete maior consciência de setores da sociedade que deixa de esperar o super-herói cidadão, mas une as pequenas forças de cada indivíduo, para a defesa de interesses comuns.

A esse respeito, deve ser posto em relevo o novo viés constitucional, a partir da Carta de 1988, que priorizou o social em detrimento do individual, contrariamente ao que fazia a Carta anterior. Não olvidemos que o Capítulo I, do Título II, da vigente Carta Política, se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; e que, dentre os objetivos

¹⁸² ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 578.

¹⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.415.

¹⁸⁴ Idem, p. 4

fundamentais da República Federativa do Brasil, está, no inciso I do art. 3º da CR/88, o de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”.

Seria *justa e solidária* uma decisão que valesse para todos e não valesse para o autor individual que não tivesse requerido a suspensão do seu respectivo processo? Entendemos que não! A justiça advém da isonomia no tratamento aos que se postem em igualdade de situações, aos que sejam titulares do mesmo direito ou do direito individual homogêneo. E a solidariedade, diga-se por outro lado, pode ser resumida na máxima do *um por todos, todos por um*. Nela, também, não se admitem exceções.

7.12 A consequente prevalência da coisa julgada coletiva sobre a individual

O legislador, no art. 104 do CDC, ao deixar ao arbítrio do interessado requerer ou não a suspensão da ação individual na pendência da ação coletiva, criou, sem dúvida, a possibilidade de “coisas julgadas contraditórias”. Na hipótese que aqui debatemos e sobre a qual polemizamos, pode acontecer que o pedido formulado na ação individual seja julgado improcedente, por sentença que transite em julgado antes da sentença de procedência do pedido idêntico, com o mesmo objeto, formulado na ação coletiva, transitada em julgado *a posteriori*.

A pergunta está feita, de novo: qual coisa julgada prevalecerá?

Se aplicadas à espécie as regras norteadoras dos processos individuais, a resposta seria no sentido de que a primeira sentença transitada em julgado, proferida no processo individual, prevaleceria sobre a segunda, prolatada no processo coletivo.

Mas as regras do CPC/73, ou mesmo do CPC/2015, regentes da espécie, devem ser interpretadas *cum grano salis*, no sentido de fazer prevalecer as regras do processo coletivo sobre o processo individual. Entendemos nós, a sentença de improcedência do pedido individual, transitada em julgado, não poderia ter o vigor de impedir a prolação da sentença no processo coletivo a favor do autor individual vencido. Assim não fosse, essa sentença de improcedência do pedido individual, anteriormente transitada em julgado, iria ter reflexos no andamento e na decisão a ser proferida no processo coletivo, de espectro muito mais amplo e isto, sabida e obviamente, não se dá nem teria como ocorrer, já que a representação, no processo coletivo, é de todos em igualdade de condições e situações.

Como anotam Leonardo Silva Nunes e Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau,

Em oposição aos direitos subjetivos facilmente atribuíveis a um determinado indivíduo, os direitos ou interesses coletivos possuem largo espectro e correspondem a um número indeterminável de titulares, o que torna indivisível seu objeto. Entretanto, também há casos em que será possível a determinação dos titulares, quando, então, o objeto será divisível.¹⁸⁵

Uma sentença, anterior, de improcedência do pedido individual, significará, no caso, o não reconhecimento do direito ao autor, direito a ele reconhecido, porém, pela sentença, posterior, de procedência do pedido coletivo. Diante desse “choque de coisas julgadas”, ao nosso juízo, não se poderá dizer que esta sentença de procedência da ação coletiva não vá estender os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, só pelo fato de não ter sido requerida, pelo autor individual, *opportuno tempore* a suspensão do seu respectivo processo individual. Terá ocorrido, nesse caso, ao nosso sentir, a revogação da sentença anterior pela sentença posterior, de espectro mais abrangente, com limitação subjetiva mais ampla. É o que nos parece e é o que aqui defendemos, com as vênias de estilo.

7.13 A sentença como norma jurídica e sua revogabilidade

Apesar de divergências doutrinárias, uma sentença deve ser enxergada como norma jurídica. Não se olvide, a propósito, a disposição contida no art. 468 do CPC:

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Ou, como está no art. 503 do Novo CPC, de 2015, a vigorar a partir de 16 de março de 2016:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Na hipótese do julgamento da mesma causa, por mais de uma vez, daí decorrendo decisões díspares, antagônicas, contraditórias, ambas transitadas em julgado, pode-se dizer

¹⁸⁵ NUNES, Leonardo Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. Panorama e tendências sobre a tutela jurisdicional de direitos coletivos. In: MPMG Jurídico. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, Edição nº 23, 2012.

que ambas, nos termos dos dispositivos colacionados, têm força de lei. Neste caso, qual delas deve prevalecer?

Tratando da matéria na esfera do processo penal, anotou Jorge Alberto Romeiro¹⁸⁶ que esse caso de inconciliabilidade de julgados, é determinante da revisão no direito positivo italiano, mas que esse instituto, como notou Manzini, nem sempre tem o fim de reparar um erro judiciário, pois a dita inconciliabilidade deve sempre ser resolvida pela prevalência do julgado mais favorável ao condenado. A revisão, como escreveu Manzini,

[...] nel caso dell'inconciliabilità dei giudicati, se talora fornisce il mezzo per eliminare l'errore, talaltra può far prevalere l'erroneo sul giusto, perchè nel detto caso la legge mira sopra tutto a far cessare un intollerabile contrasto giurisdizionale.

Segundo Carnelutti,¹⁸⁷

No puede excluirse la hipótesis del conflicto entre cosas juzgadas. No hay necesidad de agregar que el tal conflicto debe resolverse bajo pena de hacer incurable la litis, lo cual no se puede obtener de outro modo que admitiendo la extinción de la eficacia de la primera decisión por efecto de la segunda.

Ou, para Chiovenda,¹⁸⁸ *verbis*:

Quanto alla contrarietà della sentenza ad un precedente giudicato, per diritto romano era questo un caso di nullità della sentenza, per cui il primo giudicato conservava il suo vigore. Nel nostro sistema la contrarietà dei giudicati può farsi valere come motivo di revocazione (quando una sentenza non abbia pronunciato su questa eccezione, art. 494, n. 5) o come motivo di cassazione (quando pronunciò sulla eccezione relativa, art. 517, n. 8): ma decorsi i termini senza che l'impugnativa sia proposta, questa nullità é sanata, onde il primo giudicato perde valore perchè il secondo giudicato implica negazione di ogni precedente giudicato contrario.

No Direito brasileiro, a revisão criminal dos processos findos será admitida nas hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal – CPP, em desfavor do réu jamais foi admitida, atribuída legitimidade para requerê-la apenas ao próprio réu ou ao procurador

¹⁸⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. Elementos de direito penal e processo penal. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 40-41. In: FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 310-311

¹⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del processo civil. Buenos Aires: Europa-América, 1989, v. 1, p. 146. In: FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 313

¹⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1923, p.900. In: FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 312-313.

legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, não dispondo o Ministério Público e o ofendido de legitimação para tanto (art. 623 do CPP). Nossa legislação, por isso mesmo, não admite a revisão criminal *pro societate*.

A propósito, curioso caso foi submetido a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, através do Habeas Corpus nº 101.131: um indivíduo foi submetido a dois processos penais pelo mesmo fato, em ambos restando condenado; no primeiro feito, a uma pena maior do que no segundo feito, tendo ambas as sentenças condenatórias transitado em julgado.

Já que não era hipótese legal de revisão criminal e como inadmissível a revisão em favor da sociedade, em voto vencido, proferido nesse julgamento, o Min. Luís Fux pontuou que, em sendo também norma jurídica, a decisão proferida no segundo processo, deveria ser respeitada. Segundo lição de Barbosa Moreira,¹⁸⁹ trazida a lume naquele voto, *”na sentença formula o juiz a norma jurídica concreta que deve disciplinar a situação levada ao seu conhecimento”*, de sorte que a sentença transitada em julgado é a norma jurídica para o caso concreto.

Naquele caso, havia, pois, duas decisões, de igual hierarquia e especialidade, impassíveis de impugnação, impondo-se, face à natureza normativa dessas decisões a aplicação do princípio norteador do conflito aparente de normas penais no tempo, vale dizer, deveria prevalecer a norma posterior sobre a anterior. Foi a solução hábil encontrada pelo Min. Fux,¹⁹⁰ para não prejudicar o réu, embora tivesse ficado vencido naquele julgamento. A propósito, conhecida é a regra contida no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB):

A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Mutatis mutandis, a decisão, no processo coletivo, de procedência do pedido, transitada em julgado, posterior no tempo, há de prevalecer em detrimento da decisão de improcedência do mesmo pedido na ação individual, dado o caráter de norma que se lhes atribui.

¹⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. Revista de Processo, n. 34, p. 279. In: FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 311.

¹⁹⁰ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 311.

No campo do processo civil, Cândido Rangel Dinamarco¹⁹¹ sustenta a prevalência da segunda coisa julgada, ressaltando essa possibilidade de um ato estatal revogar o anterior. A sentença posterior, por não ter sido rescindida no prazo legal, teria o condão de revogar a sentença anterior. Baseando-se nas formulações de Liebman, assim doutrina Dinamarco:¹⁹²

Disse ele, realmente, que uma sentença proferida depois de outra tem a eficácia de cancelar os efeitos desta, como todo ato estatal revoga os anteriores. Assim como a lei revoga a lei e o decreto revoga o decreto, assim também a sentença passada em julgado revoga uma outra, anterior, também passada em julgado. Estamos, pois, fora do campo específico do direito processual, em uma visão bastante ampla dos atos estatais de qualquer dos três Poderes e sempre segundo uma perspectiva racional e harmoniosa do exercício do poder. Na nova lei há uma nova vontade do legislador, que sobrepuja a vontade dele próprio, contida na lei velha. No novo decreto, nova vontade da Administração. Na nova sentença, nova vontade do Estado-juiz.

Igualmente, Pontes de Miranda¹⁹³ entende prevalecer a segunda coisa julgada sobre a primeira, porque a norma processual somente prevê a possibilidade de desconstituir a segunda coisa julgada dentro de um prazo específico e, se isso não ocorrer, a anterior é revogada pela posterior. Confira-se a lição:

Dissemos que falta o segundo elemento ‘sentença trânsita em julgado que se quer rescindir’, se precluiu o prazo para a rescisão de tal sentença. Uma vez que se admitiu, de lege lata, com o prazo preclusivo, a propositura somente no biênio a respeito da segunda sentença, o direito e a pretensão à rescisão desaparecem, e a segunda sentença, tornada irrescindível, prepondera. Em consequência, desaparece a eficácia da coisa julgada da primeira sentença. Esse é um ponto que não tem sido examinado, a fundo pelos juristas e juízes: há duas sentenças, ambas passadas em julgado e uma proferida após a outra, com infração da coisa julgada. Se há o direito e a pretensão à rescisão da segunda sentença, só exercível a ação no biênio e não foi exercida, direito, pretensão à rescisão e ação rescisória extinguíram-se. A segunda sentença lá está, suplantando a anterior.

7.14 A ação rescisória por ofensa à coisa julgada

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel, *apud* FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, p. 311.

¹⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Apud* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1135. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, p. 311-312.

¹⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Campinas: Bookseller, 1988, p. 259-260. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional*, p. 312.

Aliás, o fato de a segunda coisa julgada prevalecer sobre a primeira, lembra Fux, é razão única de previsão legal de ação rescisória por ofensa à coisa julgada (art. 485, IV, do CPC/1973, até hoje em vigor, e art. 966, IV do Novo CPC/2015, em vigor a partir de 16.03.2016), o que pressupõe, obviamente, decisão trânsita anterior.

Para sustentar entendimento no mesmo sentido da prevalência da segunda coisa julgada sobre a primeira, por não ser possível a convivência, no mundo jurídico, de decisões antagônicas, Marinoni e Arenhart,¹⁹⁴ argumentam:

Parece que, nesses casos, deve prevalecer a segunda coisa julgada em detrimento da primeira. Além de a primeira coisa julgada não ter sido invocada no processo que levou à edição da segunda, ela nem mesmo foi lembrada em tempo oportuno, permitindo o uso da ação rescisória e, assim, a desconstituição da coisa julgada formada posteriormente. É absurdo pensar que a coisa julgada, que poderia ser desconstituída até determinado momento, simplesmente desaparece quando a ação rescisória não é utilizada. Se fosse assim, não haveria razão para o art. 485, IV, e, portanto, para a propositura da ação rescisória, bastando esperar o escoamento do prazo estabelecido para seu uso.

Certamente poderia ser sustentado que parte desse raciocínio, desenvolvido por Marinoni e Arenhart, não se aplicaria à tese que aqui defendemos, pois que a lei, no caso, autoriza a simultaneidade das ações, dizendo, no art. 104 do CDC, não ocorrer litispendência entre a ação coletiva e a ação individual, deixando a cargo do autor individual o risco do prosseguimento ou não da sua ação. Ou seja, nessa hipótese, poderia ser argumentado que o autor individual insistiu na sua ação, porque quis, a despeito de instado a requerer a suspensão do respectivo processo, não podendo, agora, supostamente ofendendo a regra do *venire contra factum proprium*, querer fazer valer a segunda coisa julgada, para se beneficiar da sentença favorável no processo coletivo.

Na verdade, pensamos que não. Se, a respeito do mesmo pedido, baseado na mesma *causa petendi*, o Judiciário editou dois pronunciamentos conflitantes, alguma coisa andou mal num dos processos – no individual, no caso -, devendo ser conjurada a contradição, em prol da prevalência da coisa julgada no processo coletivo, não só porque posterior no tempo, mas também, e sobretudo, porque com eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, com um espectro de abrangência muito maior, obviamente.

¹⁹⁴ MARINONI, LUIZ Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento, 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 665. In: FUX, Luiz. Jurisdição Constitucional, p. 312.

7.15 Choque do art. 104 com o § 3º do art. 103 do CDC

Entendemos nós, por outro lado, que há um choque dessa norma do art. 104, parte final, do CDC, com o disposto no § 3º do art. 103 daquele Código. Com efeito, este último dispositivo deixa claro que os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, advindos dos processos coletivos, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente, mas se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução nos termos dos art. 96 a 99 do CDC.

Ou seja, de acordo com o § 3º do art. 103 do CDC, em caso de improcedência do pedido formulado na ação coletiva, não haverá repercussão negativa nas ações individuais, mas, em caso de procedência desse pedido coletivo, haverá o benefício.

Já pela parte final do art. 104 do mesmo CDC, se não for pedida a suspensão do processo individual, pelo respectivo autor, não poderia ele se beneficiar da decisão favorável advinda do processo coletivo.

O paradoxo, portanto, é evidente, o que vem em reforço da tese aqui defendida, no sentido de que a ausência desse pedido de suspensão a que se refere a parte final do art. 104 do CDC, não pode prejudicar o autor individual, só pode favorecê-lo. E, acrescentamos, pelas razões já expostas, não pode ser prejudicado ainda que advenha sentença de improcedência do seu pedido individual.

7.16 O risco de decisões contraditórias

Por ser o objetivo do processo de conhecimento o restabelecimento da harmonia e da paz, através decisões que acertem as relações jurídicas conflituosas, não se pode tolerar a existência de contradição nos julgados ou entre os julgados. Para afastar a contradição interna na decisão, são cabíveis os embargos de declaração, para que não paire dúvida a respeito da efetiva decisão proferida. E quando se dá a contradição entre um julgado e outro, qual haverá de prevalecer?

Pois bem, na hipótese aqui cotejada, decorrente da aplicação do disposto no art. 104 do CDC, em prosseguindo o processo individual concomitantemente com o processo coletivo, evidencia-se, por certo, o risco de decisões contraditórias ou que se chocam.

Sobre o risco de decisões conflitantes, oportuna a ponderação do Ministro Castro Meira, do Superior Tribunal de Justiça, narrando sua experiência pessoal de julgador, em voto proferido, como Vogal, no julgamento do Conflito de Competência nº 47.731 – DF:

O segundo ponto diz respeito à possibilidade de decisões contraditórias. Esta tem sido uma preocupação de todos desde que ingressamos na magistratura. Não há nada que mais desprestige a Justiça do que decisões em sentidos diversos, pessoas que estão na mesma situação e têm seus pleitos decididos de modo divergente. Recordo-me, quando ainda Juiz Federal no Estado de Sergipe, de que havia uma matéria em que julguei um mandado de segurança de dois servidores da Receita Federal. Uma das minhas sentenças foi confirmada, até com elogios do Relator, e outra reformada. Hoje há dois cidadãos que têm a mesma situação e com uma diferença nos proventos bastante grande. Essa situação tem que ser entregue ao legislador, que poderá resolvê-la pela advocatória. Entretanto, não podemos neste momento julgar a questão de mérito.¹⁹⁵

Comentando a respeito dessa ocorrência de decisões contraditórias proferidas em processos individuais e as ações coletivas, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes asseverou:

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da civil law, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.

Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão somente da relação processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia.

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.

¹⁹⁵ STJ, Primeira Seção. Documento: 568517 – Inteiro Teor do Acórdão – Site certificado, DJ 05/06/2006, p. 47

As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminarem as disfunções supra mencionadas, na medida em que concentram a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.¹⁹⁶

Se um dos principais objetivos do processo coletivo é o de evitar a pluralidade de demandas com o mesmo objetivo, resolvendo, de uma só vez, um sem-número de demandas individuais que poderiam estar correndo paralelas, não tem sentido, revela-se, mesmo, um grave paradoxo, permitir que ações individuais e coletivas tramitem simultaneamente, ensejando a real possibilidade de decisões antagônicas e que, por certo, ponham em descrédito a imagem do Judiciário, afastando a segurança que a *res judicata* tem por meta garantir.

7.17 Para afastar o risco de decisões contraditórias

Nossa tese é de que, a despeito da coisa julgada desfavorável na ação individual, o êxito da ação coletiva deve vir também em benefício desse autor individual, dados os princípios que norteiam o processo coletivo, cuja sentença de procedência, *ex vi legis*, faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, o que significa dizer que deve também beneficiar esse autor individual.

De início, há uma questão semântica, pois que as expressões latinas significam em face de todos ou além das partes envolvidas no litígio. Se o autor coletivo tem legitimidade para a representação, se esta representação é adequada, nos termos da lei, estará ele, por certo, a todos representando ou representando toda a coletividade, sem exclusão de quem quer que seja.

Por isso, não podemos aceitar a aplicação do mecanismo do *opt out*, no caso. Ou seja, não podemos concordar em que o não requerimento, pelo autor individual, da suspensão do seu processo, no prazo, equivalha à sua exclusão da ação coletiva e de seus efeitos. Fosse assim, se, por exemplo, um número indeterminado de autores individuais, sem confiança no autor coletivo, entendendo inadequada, por exemplo, a representação, no caso, pudesse prosseguir com as ações individuais, sem dúvida que os fins do processo coletivo, de diminuir o número de feitos a cargo do Judiciário, restariam frustrados, bem como posta de lado a

¹⁹⁶ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4, p. 39-40.

eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada coletiva. Não nos parece tenha sido este o objetivo do legislador com a instituição do processo coletivo entre nós.

Não é só. Acima da lei ordinária está o império da Constituição da República, cujo *caput* do art. 5º prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Se a sentença, na ação coletiva, for de procedência, ela fará coisa julgada para todos em idêntica situação, inclusive, ao nosso juízo, para os autores individuais que não tiverem requerido a suspensão das respectivas ações individuais, dado o princípio da isonomia, constitucionalmente assegurado.

Poderia ser argumentado, em contrário, que a Constituição brasileira também consagra o princípio de respeito à coisa julgada, no inciso XXXV do seu art. 5º, ao estabelecer que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A propósito, diga-se que, na hipótese em comento, haveria duas sentenças transitadas em julgado a respeito de idênticas questões postas em juízo, em sentido diametralmente oposto: uma, de procedência da ação coletiva; outra de improcedência da ação individual. Logo, qual delas deveria ser respeitada?

Respeitar a coisa julgada na ação individual só pelo critério da sua anterioridade temporal? E a abrangência maior da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* na ação coletiva? Entendemos que o critério haverá de ser o da maior abrangência desta em relação àquela, em prestígio aos objetivos que norteiam e aos princípios que informam o processo coletivo.

Na verdade, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no inciso XXXV do art. 5º da CR/88, a legislação em apreço tem permitido a concomitância das ações individuais com a ação coletiva, contrariando, por certo, ao nosso ver, um dos principais objetivos do processo coletivo, de diminuir o elevadíssimo número de causas a cargo do Judiciário, o que não é louvável, obviamente.

7.18 Suspensão compulsória do processo individual

Essa possibilidade da coexistência simultânea da ação individual com a ação coletiva com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, gera, sem dúvida, o risco de decisões conflitantes, que ponham em descrédito o próprio Poder Judiciário, o que não é bom, tampouco recomendável.

Como harmonizar, então, o texto legal em exame com os princípios constitucionais da isonomia, do respeito à coisa julgada e do livre acesso à justiça ou da inafastabilidade da jurisdição, ou da duração razoável do processo?

A resposta que defendemos neste trabalho é a de alteração na letra da lei, para que, ao invés de prever, na hipótese, a suspensão facultativa do processo individual, impor, isso sim, a sua suspensão compulsória, na hipótese de ajuizamento da ação coletiva.

Desta forma, o autor individual aguardaria, mesmo contra a sua vontade, o desfecho da ação coletiva: em sendo ela exitosa, seria ele beneficiado; não sendo, poderia prosseguir com a ação individual, onde, com novas provas, poderia obter sucesso.

Esta solução é consentânea com o princípio da igualdade de todos perante a lei, pois que, em sendo coletivo o processo, em caso de procedência do pedido, todos, indistintamente, serão beneficiados, inclusive o autor individual. O disposto no *caput* do art. 5º prevê a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

É bem verdade, por outro lado, que, prosseguindo o autor individual com a sua ação, em caso de improcedência da ação coletiva, poderá ela ser exitosa. Se todos são iguais perante a lei, não deverão, então, os demais indivíduos ser beneficiados com esta procedência do pedido individualmente formulado? Neste caso, não, porque diversa é a eficácia da coisa julgada no processo individual, alcançando apenas as partes no processo, nos termos do art. 472 do CPC/1973 (ou do art. 506 do CPC/2015).

Sabidamente, é característica da ação coletiva, não da ação individual, a extensão dos efeitos da coisa julgada *erga omnes*. Em se tratando de ação individual, a primeira parte do art. 472 do CPC (ou o art. 506 do CPC/2015) estabelece os limites subjetivos da coisa julgada, dispondo que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Por isso é que, aplicadas as regras norteadoras da litispendência e da coisa julgada, o aconselhável seria impedir a simultaneidade das ações ou mesmo a repetição de ações idênticas, com os mesmos elementos, em que formulado o mesmo pedido, com base na mesma *causa petendi*

Doutro norte, a solução, que aqui apresentamos e defendemos, também prestigia a exigência constitucional do respeito à coisa julgada, pois que, ficando peremptoriamente suspenso o processo individual, até o desfecho do processo coletivo, não haveria choque de sentenças transitadas em julgado, mas um processo aguardando, *ex vi legis*, o desfecho do outro.

Tampouco estaria ofendido, na tese que defendemos, o livre acesso à justiça ou a inafastabilidade da jurisdição, buscada pelo interessado. Não ignoramos a necessidade de respeito a essas garantias. Só que, segundo a nossa tese, na concomitância da ação individual com a coletiva, o autor individual, que livremente teve a oportunidade de acessar o Judiciário, deverá aguardar o desfecho da ação coletiva, conforme mandamento a ser imposto por lei, de suspensão, nessa hipótese, de tramitação da sua ação individual. Aliás, de acordo com a redação então vigente, já é o que ocorre com o autor individual que, ciente do ajuizamento da ação coletiva, opta por requerer a suspensão da ação individual.

Para Hugo de Nigro Mazzilli,¹⁹⁷ nas ações coletivas que versem sobre interesses individuais dos lesados que visem à reparação do prejuízo divisível, naquilo que tenha de idêntico com o dos demais lesados, se o autor da ação individual preferir não requerer sua suspensão, sua ação prosseguirá e não será afetada pelo julgamento da ação coletiva, mas, se preferir a suspensão da ação individual, poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva.

No mesmo sentido é o entendimento de Ada Pellegrini Grinover,¹⁹⁸ que, embora reconhecendo a projeção dos efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada coletiva, sustenta que, se o autor individual não requerer a suspensão do respectivo processo, não será beneficiado pela coisa julgada que eventualmente se formar na ação coletiva.

Segundo posicionamento do Min. Teori Albino Zavascki, do STJ, no Conflito de Competência n. 48.106 – DF, *verbis*:

No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais – invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) – os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor – CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta (a) que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; (b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a

¹⁹⁷ MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19ª São Paulo: Saraiva. 2006, p. 161.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. II, p. 733.

convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas [...].¹⁹⁹

No entanto, com respeitosa vênia, ousamos discordar desse posicionamento, que se apega à literalidade da lei, sem levar em conta os princípios constitucionais aqui invocados, sobretudo o da razoável duração do processo, no caso, que será prejudicado pela concomitância do processamento da ação coletiva com a individual, com o mesmo objeto, nada impedindo que a lei imponha essa compulsória suspensão do processo, como já o faz noutros casos (*verbi gratia*, art. 265, IV do CPC/1973 ou art. 313, V, a do CPC/2015). Ademais, a concomitância das ações coletiva e individual, com o mesmo objeto, sem dúvida, pode, sim, ensejar a ocorrência de decisões contraditórias, como aqui já sustentado.

7.19 Precedentes legislativos

O nosso ordenamento jurídico já traz outros casos de suspensão obrigatória do processo, como se pode ver no art. 265 do CPC, cujo inciso IV prevê que tal se dê quando a sentença depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente.

Da mesma forma, revelando a nova tendência do nosso direito, o art. 543-B estatui que, havendo multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observada, dentre outras, a seguinte disposição, constante de seu § 1º:

Art. 543-B...

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte” (grifo nosso).

Nessa hipótese, negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (§ 2º do art. 543-B), mas, julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (§ 3º). Acaso mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 48.106 – DF, p. 29-30.

termos do seu Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º).

No mesmo sentido dispõe o art. 543-C do CPC, com relação ao recurso especial, quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito:

Art. 543-C..

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça” (grifo nosso).

Acaso não adotada essa providência, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia já esteja estabelecida (§ 2º do art. 543-C).

Pelo § 7º do dispositivo, publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça (inciso I); ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da sua orientação (inciso II).

7.20 Precedentes jurisprudenciais

Como se constata, nos casos de recursos extraordinários e especiais repetitivos, é imposta, *ex vi legis*, contra a vontade dos recorrentes, o sobrestamento ou a suspensão da sua tramitação, de tal maneira que a jurisprudência já decidiu ser inviável o pedido de desistência recursal formulado quando já iniciado o procedimento de julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia (STJ, Corte Especial, REsp 1.148.231-AgRg-EDcl, Min. Laurita Vaz, DJ 28.6.10).

Logo, a tese que aqui defendemos, de suspensão legal da ação individual, na pendência da ação coletiva, com a modificação da letra do art. 104 do CDC, ao nosso juízo, é perfeitamente aceitável, já se encontrando, na jurisprudência, julgados nessa direção, embora sem aparente apoio formal na lei, mas com proposta legislativa já feita neste sentido.

7.21 O Projeto Poupança do TJRS

Para evitar a ocorrência da prescrição vintenária, que se consumaria em maio de 2008, cerca de oitenta mil ações deram entrada na Justiça do Rio Grande do Sul, para discutir a remuneração da poupança, nos planos econômicos (Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II). Inicialmente, aquelas ações individuais foram distribuídas às dezenove varas cíveis de Porto Alegre, acumulando, em demasia, o serviço afeto aos magistrados daquelas varas, com inegável repercussão negativa na apreciação das demais questões a cargo do Judiciário porto-alegrense.

Com o objetivo de dar conta da elevada demanda e para tentar julgar aqueles feitos, em tempo razoável e de forma eficaz, o Tribunal de Justiça gaúcho elaborou e pôs em prática o chamado Projeto Caderneta de Poupança²⁰⁰ – ou, simplesmente, Projeto Poupança –, pelo qual apenas dois juízes da Capital foram suficientes para resolver aquelas lides, desafogando o serviço dos magistrados das demais varas cíveis da capital do Estado.

Pelo Projeto Poupança, a deliberação se deu em sentido oposto ao previsto na parte final do citado art. 104 do CDC, pelo qual, como já vimos, a suspensão das ações individuais seria facultativa.

Como havia dez ações coletivas tramitando sobre a mesma causa de pedir, os juízes das ações particulares suspenderam os respectivos processos individuais, de forma compulsória, independentemente de requerimento dos interessados, para aguardar as sentenças nos processos coletivos e, em sendo as mesmas favoráveis, transformaram, de ofício, os processos individuais em liquidação provisória, por artigos, em benefício dos autores individuais.

Para execução daquele Projeto, houve o mapeamento de todas as ações cujo objeto era a discussão relativa aos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II e, após feito o levantamento, os cartórios separaram os respectivos processos, para que tramitassem, de forma conjunta. Segundo a fundamentação do Projeto Poupança:

Circulação e processamento no Projeto: a) As rotinas observam a produção em linha e a circulação reduzida, com simplificação e concentração de atos; b) o mapeamento é projetado, tendo duração e circulação monitorada; c) como se trata de liquidação por artigo, os contraditórios e a ampla defesa são rigorosamente observados –

²⁰⁰ Projeto Caderneta de Poupança do TJRS. In imprensa@tj.rs.gov.br, publicação em 10/09/2009. Disponível em http://www3.tjrs.jus.br/site_php/noticias/mostranoticia.php?assunto=1&categoria=1&item=83753&voltar=S. Acesso em 05.09.2015

apenas não cabível a reiteração da questão de direito enfrentada na sentença na ação coletiva.

A perceptiva estratégica do Projeto, qual seja, a de tornar efetivo o princípio constitucional da razoável duração do processo assume a dimensão de valor, ou seja, o cumprimento da missão do Judiciário, de distribuir justiça a todos e a cada um, com presteza, efetividade e baixo custo à sociedade¹

Lizete Flores, Assessora-Coordenadora de Imprensa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entrevistou magistrados sobre o Projeto Poupança, resumindo suas conclusões:

O Projeto Caderneta de Poupança do TJRS possibilitou o rápido atendimento a milhares de ações individuais cobrando diferenças de índices aplicados à poupança em decorrência de planos econômicos. Foi dada preferência à tramitação das demandas coletivas contra instituições bancárias. A seguir, foram convertidas, de ofício, as ações individuais em liquidação provisória da sentença no respectivo processo coletivo. O Tribunal de Justiça também julgou todas as ações coletivas e, com as decisões favoráveis aos poupadores, numerosos processos já foram liquidados.

A iniciativa da Justiça Estadual gaúcha também serviu de modelo para o Projeto de Lei Federal nº 5.139/09, que disciplinará as ações coletivas para demandas de massa, em tramitação no Congresso Nacional.

Na expectativa de que permaneçam os avanços de economia e celeridade processual concretizados pelo Projeto Caderneta de Poupança, magistrados do Rio Grande do Sul manifestam preocupação com a demora do Superior Tribunal de Justiça em julgar o mérito de recursos dos bancos contra as decisões do TJRS.²⁰¹

7.22 A posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a suspensão do processo individual na pendência do coletivo

De acordo com a segunda parte do art. 104 do CDC, é facultativo o pedido, pelo autor individual, de suspensão do seu processo, para que possa se beneficiar dos efeitos positivos da sentença de procedência do pedido formulado no processo coletivo. Confira-se, de novo, a literalidade do dispositivo:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, **mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão**

²⁰¹ Projeto Caderneta de Poupança do TJRS. *Idem, ibidem*

no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (com destaque nosso).

Deixando de lado as imperfeições redacionais e de remissão do dispositivo, já examinadas noutra oportunidade, em resumo, podemos dizer que, pela norma em apreço, na concomitância da sua ação individual com a ação coletiva, o autor individual, no prazo de 30 dias da ciência da ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual, para, em caso de procedência do pedido no processo coletivo, ser beneficiado com os efeitos da coisa julgada favorável *erga omnes* ou *ultra partes*.

Segundo a parte final da norma, portanto, é facultativo o pedido de suspensão. Se o fizer, o autor individual beneficiar-se-á da eventual sentença de procedência do pedido formulado na ação coletiva. Se não o fizer, não poderá ser beneficiado, como diz a norma, pelos “efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*”, advindos dessa sentença de procedência, no processo coletivo.

7.23 Posição pela facultatividade da suspensão do processo individual

Recursos especiais foram interpostos para o Superior Tribunal de Justiça, contra a suspensão compulsória das ações individuais simultâneas às ações coletivas, imposta pela Justiça gaúcha, invocando a negativa de vigência, dentre outros, ao art. 104 do CDC, que prevê ser facultativa e não obrigatória essa suspensão.

Num primeiro momento, aquele Corte, intérprete, no Brasil, da legislação federal infraconstitucional, não aprovou a solução gaúcha, provendo, pois, recursos especiais, para anular os acórdãos recorridos e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, onde os feitos deveriam ter regular tramitação.

Por exemplo, no julgamento do Recurso Especial 1.037.314 – RS, da relatoria do Ministro Massami Uyeda, a Terceira Turma daquele Tribunal decidiu, por unanimidade de votos, em acórdão publicado no DJe de 20/06/2008, como se lê na respectiva ementa:

O ajuizamento da ação coletiva não induz, de imediato, o sobrestamento da individual, necessitando, para tanto, o requerimento do interessado, o qual pode optar em prosseguir singularmente em juízo.

Sem que haja pedido de suspensão, não pode o Poder Judiciário impor tal medida.²⁰²

Na fundamentação do seu voto, fazendo uma interpretação literal do art. 104 do CDC, trazendo a lume lição do Min. Teori Albino Zavascki, o Min. Massami Uyeda, seguido, à unanimidade, pelos Min. Sidnei Beneti e Ari Pargendler, sustentou:

Observa-se, portanto, da leitura do referido dispositivo legal, que o legitimado individual pode optar em aderir, como litisconsorte, ao processo coletivo ou, ao revés, prosseguir individualmente em juízo, assumindo todos os riscos de eventual improcedência do pleito, não se beneficiando, deste modo, dos efeitos da decisão da ação coletiva, conforme se infere contrario sensu do § 2º do art. 103 do CDC, in verbis: “Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

O legislador pátrio deixou, deste modo, ao arbítrio de cada legitimado optar entre aderir às razões da ação coletiva ou, de modo contrário, postular de forma individual seu direito. A propósito, confira-se a lição do eminente Ministro Teori Albino Zavascki:

Entre nós vigora o princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo, que, em caso positivo, deve ser expressa e inequívoca por parte do titular do direito. Compreende-se nesta liberdade de adesão, (a) a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; (b) liberdade de promover ou prosseguir a ação individual, simultânea à ação coletiva, e, finalmente, (c) a liberdade de executar ou não, em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva” (Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 171)
Inexistindo nos autos qualquer pedido expresso de suspensão da ação individual, não pode, o Poder Judiciário, impor tal medida.²⁰³

Com fundamentação idêntica, em decisão monocrática, datada de 04.08.2009, o Ministro João Otávio de Noronha, do STJ, pontuou que “as ações coletivas não têm o condão de suspender imediatamente as ações individuais em virtude de litispendência, quando observado o disposto no artigo 104 da Lei n. 8.078/90” e que “não pode a ação individual ser convertida em liquidação provisória de artigos, com fundamento em sentença proferida no âmbito ação coletiva”.²⁰⁴ Segundo o fundamento posto na decisão:

²⁰² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1.037.314 – RS, in DJe de 20.06.2008.

²⁰³ *Idem, ibidem.*

²⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento n. 1.130.481 – RS, DJe: 14/08/2009, p. 1-3

Não há por que falar em litispendência entre a ação individual e a ação coletiva, devendo aplicar-se ao presente caso o disposto no artigo 104 do Código de defesa do Consumidor. Segundo se depreende da leitura do referido dispositivo, as ações coletivas não têm o condão de suspender imediatamente as ações individuais em virtude de litispendência. As ações individuais possuem processamento autônomo e independente da ação coletiva, desde que haja requerimento da parte (sic). Por consequência, tampouco há que se falar em conversão de ofício da ação individual em liquidação provisória de artigos, fundada na sentença coletiva. Nesse diapasão, a decisão do acórdão recorrido não merece subsistir, uma vez que não há impedimento legal à coexistência das ações individuais e coletivas.²⁰⁵

Não foram aceitos, sequer analisados em substância, no julgamento deste AI 1.130.481 – RS, os fundamentos postos no acórdão do Tribunal de Justiça gaúcho, contra o qual aviado o Recurso Especial, inadmitido na origem, mas provido pela decisão monocrática do Min. João Otávio. Segundo o acórdão recorrido, de lavra do TJRS, para justificar a suspensão de ofício das ações individuais, no caso:

O impulsionamento de ofício das ações individuais anteriormente suspensas (conversão em liquidação provisória de sentença por artigos) é providência prática pertinente que, além de se inserir no contexto do ‘Projeto Caderneta de Poupança’ instituído no âmbito do Poder Judiciário Estadual, se mostra compatível com o microsistema da tutela coletiva de direitos.²⁰⁶

Além do julgado supra referido, no Recurso Especial 1.037.314 – RS, da relatoria do Min. Massami Uyeda, o Min. João Otávio invocou, como precedentes, o acórdão no AgRg no REsp nº 240.128/PE, da relatoria do Min. Félix Fischer, publicado no DJ de 2.5.2000; e os julgados no REsp n. 1.091.402/RS, relator Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13.3.2009; e Ag. n. 1.108.194/RS, relator Min. Castro Meira, DJ de 5.3.2009.²⁰⁷

De sua vez, o Min. Fernando Gonçalves, no julgamento monocrático que fez do Recurso Especial 1.091.402 – RS, invocado como precedente na decisão do Min. João Otávio de Noronha, assentou ser pacífico o entendimento no STJ, segundo o qual “*a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não obsta a propositura da ação individual*”.²⁰⁸

²⁰⁵ *Idem, ibidem*

²⁰⁶ *Idem, p. 1*

²⁰⁷ *Idem, p. 1/3*

²⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.091.402 – RS. DJe: 13/03/2009, p. 1-2

Também no mesmo sentido, a decisão monocrática do Min. Luís Felipe Salomão, daquele STJ, que, depois de transcrever o art. 104 do CDC, com apoio em lição de Antônio Herman Benjamin, apresentou a seguinte fundamentação:

Por conseguinte, as ações coletivas não suspendem a regular e independente tramitação das ações individuais, salvo se houver requerimento da parte.

Da mesma forma, incabível a conversão de ofício da ação individual em liquidação por artigos baseada no julgamento da ação coletiva sem que, para tanto, haja requerimento da parte autora.

Antônio Herman Benjamin esclarece sobre o tema:

O Código permite, como afirmamos, uma opção do autor individual, quando esta tramitar de modo concomitante à ação coletiva. Se optar por manter a ação não se beneficia dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva. Do contrário, tem o prazo de trinta dias da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva para requerer a suspensão do feito. Neste caso, se a ação coletiva for procedente, poderá, desde log, demandar a liquidação e execução.²⁰⁹

Como se observa, a posição inicial do Superior Tribunal de Justiça, numa interpretação literal do art. 104 do CDC, foi no sentido de exigir a opção do autor individual para a suspensão do seu processo, na pendência do processo coletivo, para que pudesse se beneficiar dos efeitos favoráveis da coisa julgada, advindos da procedência do pedido formulado no processo coletivo. Segundo as decisões até aqui cotejadas, revelava-se *contra legem* a suspensão de ofício das ações individuais, como determinada pela Justiça gaúcha, em cumprimento ao seu Projeto Poupança.

7.24 Posição admitindo a suspensão compulsória do processo individual

Apreciando o Recurso Especial nº 1.110.549 – RS, em que, dentre outros dispositivos, foi invocada, também, a violação dos art. 103 e 104 do CDC, o relator, Ministro Sidnei Beneti, em despacho publicado no DJe de 27/03/2009, entendeu que o recurso era “repetitivo, de caráter multitudinário, já tendo muitos recursos idênticos chegado a este Tribunal e

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1.128.534 – RS. DJe: 06/10/2009, p. 1-3

noticiando que milhares de outros recursos estão a caminho, lidando com a mesma matéria”.²¹⁰

Por isso, o Min. Beneti, com fundamento no art. 543-C, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 11.672, de 8.5.2008, e na forma do art. 2º, §§ 1º e 2º, c.c. art. 7º, da Resolução STJ nº 8, de 7.8.2008, afetou o processo em tela à 2ª Seção daquele Superior Tribunal de Justiça, competente, segundo as normas invocadas, para julgar o incidente de recurso repetitivo.

Por oportuno, transcreva-se, no que interessa ao tema, parte da norma processual invocada pelo Min. Beneti:

Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos, com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

Em decorrência, o Min. Beneti, para o fim de suspensão dos recursos que versassem a mesma controvérsia, determinou, nos termos da Resolução STJ nº 8, determinou, naquele despacho, a comunicação do seu teor ao Presidente do Tribunal de origem e aos Presidentes dos demais Tribunais de Justiça, *ad cautelam*, dada a possibilidade de haver situações semelhantes no Estado.²¹¹

A Segunda Seção do STJ, por acórdão publicado na data de 14/12/2009, no julgamento daquele Recurso Especial nº 1.110.549, por maioria de votos, vencido o Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ/AP), negou provimento ao recurso, como se pode conferir na respectiva ementa:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

²¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.110.549 – RS. DJe: 27/03/2009, p. 1-2.

²¹¹ *Idem, ibidem*

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 do Recursos repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008).
3. Recurso Especial improvido.²¹²

Como se constata, o STJ decidiu em sentido diametralmente oposto ao posicionamento daquela Corte no julgamento de casos idênticos, antes trazidos à colação. Note-se que o próprio Min. Sidnei Beneti, que aderira ao voto vencedor do Min. Massami Uyeda, pela impossibilidade da suspensão *ex officio* no julgamento do Recurso Especial 1.037.314, reposicionou-se, embora invocando fundamentos em sentido oposto.

Com efeito, para justificar, agora, o desprovimento do Recurso Especial nº 1.110.549, cujo julgamento foi afetado à 2ª Seção, sustentou o voto do Min. Sidnei Beneti:

Quanto ao tema de fundo, deve-se manter a suspensão dos processos individuais, determinada pelo Tribunal de origem, à luz da legislação processual mais recente, mormente ante a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), sem contradição com a orientação que antes se firmara nos termos da legislação anterior, ou seja, ante a só consideração dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública.

O enfoque jurisdicional dos processos repetitivos vem decididamente no sentido de fazer agrupar a macro-lide neles contida, a qual em cada um deles idênticamente se repete, em poucos processos, suficientes para o conhecimento e a decisão de todos os aspectos da lide, de modo a cumprir-se a prestação jurisdicional sem verdadeira inundação dos órgãos judiciários pela massa de processos individuais, que, por vezes, às centenas de milhares, inviabilizam a atuação judiciária.

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos multitudinários que produz.

Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sede legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par. ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, art. 1º, II), que realmente abriu o campo de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado.

²¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.110.549 – RS. DJe: 14/12/2009, p. 1-19

Mas o mais firme e decidido passo recente no sentido de ‘enxugamento’ da multidão de processos em poucos autos pelos quais seja julgada a mesma lide em todos contida veio na recente Lei dos Recursos Repetitivos (Lei 11.672, de 8.5.2008), que alterou o art. 543-C do Código de Processo Civil, para ‘quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito’ – o que é, sem dúvida, o caso presente.²¹³

O voto vencedor do Min. Beneti foi seguido pelos Ministros Luís Felipe Salomão, Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Fernando Gonçalves, Aldir Passarinho Júnior e Nancy Andrighi, tendo se dado por impedido o Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), ausente, justificadamente, o Ministro João Otávio de Noronha, notando-se, pois, o reposicionamento dos Ministros Luís Felipe Salomão e Fernando Gonçalves.²¹⁴

Vencido naquele julgamento, o Ministro Honildo Amaral (Desembargador convocado do TJ/AP), assim fundamentou sua posição divergente:

A matéria é de altíssima relevância quanto ao conflito do direito individual em face ao direito coletivo, perpassando por outros princípios processuais, inclusive e relativamente ao asseveramento de multiplicidades processuais, merecedores de algumas considerações.

Em se tratando de Direito Processual, inadmissível que se busquem em ‘notícias de televisão, jornal e revista’ fundamentos para apresentar projeto inovador e salvador da modernidade, sem analisar, como deve ser, suas consequências endógenas e exógenas e os reflexos nos Princípios Constitucionais.

O mestre Cândido Rangel Dinamarco, após dizer que se tornou modismo discorrer sobre a nova ordem processual, indaga: ‘Qual o diagnóstico somos capazes de fazer ou propor seriamente, mediante a definição segura do modelo de hoje ou de amanhã em confronto com o de ontem, que, segundo um dístico que se tornou lugar-comum, e encontra-se expirando em inevitável agonia?’

E, louvando em Carlos Alberto Nogueira, responde: ‘É muito pouco dizer que os desajustes do processo civil de hoje, em relação à realidades externas, vêm de sua capacidade de acompanhar, no mesmo ritmo, os movimentos transformadores da sociedade, da economia e das instituições políticas – ou de acompanhar, como foi dito, ‘essa mudança ligada à produção e consumo de massa, ao dirigismo econômico, às corporações internacionais, às transformações demográficas, ao urbanismo, ao planejamento autocrático.

²¹³ *Idem, ibidem.*

²¹⁴ *Idem, ibidem.*

O que se busca neste julgamento é o exame da formal insurgência da titular de um direito individual em face do consumo de massa, ao dirigismo econômico de uma ação coletiva.

Surgem, assim, indagações que necessitam de uma pacificação processual, quando se questiona:

a) Teria o titular do direito individual de submeter-se aos interesses de uma ação coletiva?

b) Seria a transmigração do individual ao coletivo de natureza impositiva?

Penso que não.

Antes mesmo de se analisar que ação coletiva traria as consequências benéficas ao Tribunal de Justiça de origem, livrando-o de centenas e centenas de ações idênticas e este Tribunal Superior de iguais números de recursos que seriam incorporados a outras dezenas e dezenas de milhares de processos, não creio que se devam violar **princípios fundamentais da cidadania, preconizados no inciso II do art. 1º da Constituição Federal.**

A admissibilidade por parte da titular do direito de ação à substituição processual, disciplinada na Ação Coletiva, tem natureza facultativa.

E, sendo de natureza facultativa, não pode a ação individual sofrer suspensão impositiva, se assim não o desejar o titular do direito material.

Tem ela o direito de ver prosseguir a sua ação individual e os Tribunais não podem negar-lhe a jurisdição buscada porquanto **“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”** (art. 5º, inc. XXXV, CF).²¹⁵

O Min. Honildo Amaral trouxe, ainda, à consideração, no seu voto proferido naquele julgamento, a lição de Teori Albino Zavascki, no Conflito de Competência n. 48.106 – DF, antes já transcrita e refutada, segundo a qual *“a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor”*; e no sentido de que *“não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente”*, ao argumento de que *“se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas”*.

Ora, além da existência, no nosso ordenamento jurídico, de outros casos de suspensão compulsória do processo, o risco de decisões contraditórias é inequívoco e não fica afastado só porque a lei permite a simultaneidade das ações, em manifesto erro, ao nosso ver. Ademais, o livre acesso à justiça, salvaguardado pelo inciso XXXV do art. 5º da CR/88, em nada fica prejudicado com a suspensão compulsória do processo, porque a norma, à evidência, não impede o ajuizamento da ação, apenas impõe, na hipótese, a suspensão obrigatória do processo.

²¹⁵ *Idem*, p. 11-19

Já no julgamento do Recurso Especial n. 1.253.801 – RS, apreciando questão relativa ao piso salarial para os profissionais do magistério público da educação básica, por unanimidade, os Ministros integrantes da 1ª Seção, em acórdão relatado pelo Min. Mauro Campbell Marques, mantendo esse entendimento pela suspensão compulsória das ações individuais na pendência da ação coletiva, assentaram, como está na respectiva ementa:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AÇÃO COLETIVA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica, nos termos da Lei nº 11.738/08. SUSTAÇÃO DO ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1. *Segundo precedentes deste Superior Tribunal, “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (v.g.: REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).*

2. *Este STJ também compreende que o posicionamento exarado no referido REsp 1.110.549/RS, “não nega vigência aos arts. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 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 conhecido, mas não provido.*²¹⁶

A real constatação, portanto, é a de que hoje, no Superior Tribunal de Justiça, intérprete da lei federal no Brasil, o entendimento consolidado é no sentido da tese que aqui defendemos, qual seja, da compulsória suspensão do processo individual na pendência do processo coletivo, embora não com suporte numa interpretação do art. 104 do CDC em consonância com os princípios e garantias constitucionais que aqui defendemos, tendo aquela Corte mudado radicalmente o viés decisório, mediante a invocação da Lei dos Recursos Repetitivos.

Na verdade, o que se percebe é a busca de uma saída para dar conta da infinda demanda de processos a cargo do Judiciário, como logo percebeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, implantando o Projeto Poupança, numa tentativa de conjurar a morosidade da justiça e a efetividade dos processos que se exige do Judiciário, cada vez mais do que nunca.

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.353.801 – RS, DJe 23/08/2013, p. 1-15

8. CONCLUSÃO

De acordo com o art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, é facultado ao autor individual suspender ou não a sua ação na pendência da ação coletiva. Se esta for exitosa, vitorioso também terá sido ele. Caso contrário, terá ele o direito de prosseguir com a sua ação individual, objetivando o resultado almejado. Se nela for vitorioso, em princípio, não poderão ser estendidos os efeitos da sua sentença exitosa às demais pessoas, a despeito do caráter coletivo do direito em discussão, por conta da eficácia da coisa julgada coletiva, salvo se a improcedência desta tiver sido por falta de provas. Se, porém, o autor individual for também derrotado no seu pleito, estarão harmônicas as sentenças, em ambos os processos, individual e coletivo.

De outro lado, se o autor individual, com base na citada norma, insistir no prosseguimento do seu processo na pendência do feito coletivo e não obtiver sucesso, com uma sentença de improcedência, transitada em julgado, poderia ele se beneficiar do eventual êxito da sentença? Em princípio, a resposta seria negativa, por conta da eficácia da coisa julgada que terá se abatido sobre a sentença no processo individual. Ou seja, toda a coletividade seria beneficiada, ante o sucesso da ação coletiva, menos ele, autor individual, dado o insucesso da sua ação, sacramentado por sentença transitada em julgado.

Aqui, enfrentamos esta questão, relacionada, como se vê, com a flexibilização da coisa julgada, que, nessa hipótese, terá se abatido sobre a sentença individual de improcedência do pedido. Apesar dessa aparente imutabilidade da sentença individual de improcedência do pleito, ela se tornará ineficaz diante da sentença de procedência do pleito coletivo, também transitado em julgado, ainda que após o trânsito em julgado daquela sentença individual.

Afinal, nos termos do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078, de 11.9.90, o processo coletivo é para proteger os direitos difusos (os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato); ou para proteger direitos coletivos (os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas - dentre as quais o autor individual vencido - ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base); ou direitos individuais homogêneos (os decorrentes de origem comum).

Logo, a sentença coletiva de procedência do pedido, transitada em julgado, há de estender os seus efeitos *erga omnes*, inclusive para beneficiar aquele autor que tenha prosseguido com a sua ação individual e tenha sido vencido, por sentença, transitada em

julgado antes da sentença coletiva. Caso contrário, descaracterizar-se-ia o processo coletivo como tal e não se poderia cogitar de uma eficácia *erga omnes* da coisa julgada coletiva.

É esta a questão enfrentada neste trabalho, onde procuramos demonstrar a prevalência do resultado exitoso da ação coletiva em detrimento da eventual derrota do autor individual, na sua própria ação, impondo-se, a nosso ver, na hipótese em comento, a relativização da coisa julgada individual ou mesmo a sua inocorrência nessa hipótese aqui enfrentada.

Propomos uma alteração legislativa do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação de sua última parte: “[...] *mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva*”.

Essa exclusão dos autores individuais dos benefícios dos efeitos da sentença de procedência da ação coletiva transitada em julgado parece-nos manifestamente inconstitucional, por ofender a isonomia, assegurada pela Lei Maior, no seu artigo 5º, *caput*.

Seria caso, a nosso ver, de suspensão obrigatória da ação individual, que só prosseguiria, a critério do autor individual, na hipótese de malogro da ação coletiva, como, a propósito, já prevê o citado artigo 104 do CDC para a hipótese em que o autor individual aquiesce em suspender seu processo. Ou seja, a nossa proposta é de suspensão *ex vi legis* da ação individual, na pendência da ação coletiva, como já tem acontecido na hipótese de multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, nos termos dos §§ 1º e 2º do artigo 543-C do ainda vigente Código de Processo Civil de 1973, *verbis*:

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça”.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida”.

O espírito que norteou o legislador ao estabelecer essas regras de suspensão obrigatória dos recursos múltiplos com fundamento em idêntica questão de direito, foi o evitar o acúmulo de processos no Judiciário, mais especificamente, no caso, no Superior Tribunal de Justiça.

Entendemos nós, a *mens legis* da nossa proposta é a mesma, qual seja, evitar o processamento simultâneo de ações com o mesmo objetivo e com o risco de ocasionar decisões diametralmente opostas, obviamente que com desprestígio e descrédito para o Judiciário.

Com a proposta, estamos fazendo prevalecer os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade, que devem se sobrepor ao instituto da coisa julgada e da imutabilidade das decisões dela decorrente. Essa imutabilidade objetiva impedir novas decisões sobre casos já julgados, evitando a insegurança jurídica que decorre de julgamentos múltiplos de casos idênticos, evitado no sistema da *common law*, impedindo o risco de decisões conflitantes do Judiciário.

No entanto, esse mesmo risco ocorre na situação aqui posta e debatida. Ao permitir a tramitação simultânea da ação individual e da ação coletiva com o mesmo objetivo, a parte final do artigo 104 do CDC abre uma brecha à regra que veda a litispendência no nosso ordenamento jurídico e que, na sua ocorrência, impõe a extinção do processo sem exame do mérito – artigos 267, V combinado com os §§ 1º a 3º do artigo 301 do Código de Processo Civil.

Logo, daí podem resultar sentenças díspares, de procedência e de improcedência dos pedidos que objetivam amparar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Se a sentença individual, de improcedência do pleito, transitar em julgado primeiro, não terá repercussão sobre a ação coletiva, que poderá findar exitosa, sem prejuízo para a coletividade dela beneficiária, inclusive o autor anteriormente vencido na ação individual.

REFERÊNCIAS

A NOITE, Jornal, notícia sob o título *Preferiu pagar do próprio bolso*. Rio de Janeiro: edição de 12 de fevereiro de 1943

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho. Os Direitos ou Interesses Coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Orgs). *Direitos Fundamentais e a Função do Estado nos Planos Interno e Internacional*. Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos. vol II. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1943, v. I.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria Geral do Processo*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AQUINO, Andrei Fernandes de. *A declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública*. In: Revista de Direitos Difusos: São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, ano XIII, v. 59.

ARAÚJO, Rodrigo Mendes de. *A representação adequada nas ações coletivas*. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antônio (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2013.

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

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSAGRA, Gregório. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 13ª ed.: Forense, 2008.

_____. *Do Mandado de Segurança*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito processual civil* (temas de direito processual). 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global contra o processo coletivo clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor*. In: MILARÉ, Édis (coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Comentários às inovações do Código de Processo Civil. Novo CPC. Lei n. 13.105/2015*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil. Direito processual público e Direito processual coletivo*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, tomo III.

BUZAID, Alfredo. *Agravo de Petição*, São Paulo: Saraiva, 2 ed., 1956.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual de Direito do Consumidor. De acordo com o novo CPC. À luz da jurisprudência do STJ*. 10ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Il Concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti*. In: *Rivista di diritto processuale*, vol. V, parte I, 1928.

_____. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Según el nuevo código. vol. I. Traducción de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentics Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

CAMPOS, Ronaldo B. Cunha. *Limites objetivos da coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, v. 3.

CÂNDIA, Eduardo. *Legitimidade ativa na ação civil pública*. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antônio (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2013.

CÂNDIDO, Carolina Fagundes; CÂNDIDO JÚNIOR, Raimundo. *As reformas processuais e o processo constitucional*. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz. *Processo Civil Reformado*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CÂNDIDO, Raymundo. *Eficácia da coisa julgada penal no juízo civil*. Belo Horizonte: Estabelecimentos Gráficos Santa Maria, 1953.

CÂNDIDO, Raymundo. *Mensagem aos Moços*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile* 3/361-402, anno XXV, Padova: Cedam, 1975,

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Ação civil pública – Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil: Porto Alegre: Síntese, v. 12, jul.- ago. 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa. Legística formal*. 6ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, 1º v.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di Diritto Processuale Civile*. I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni. vol. I. 2ª ed. riveduta e emendada. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935, XII.

_____. *Istituzione di Diritto Processuale Civile*. I rapporti processuali – il rapporto processuali ordinario di cognizione. vol. II. 2ª ed. riveduta e emendada. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935, XIV.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23 ed. rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros, 2007.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. *Teoria geral do processo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

CNJ – Justiça em Números. In: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros>, acesso em 05.09.15

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Nota breve sobre o efeito vinculante*. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil: Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXV, nº 61, jul/dez 1995.

COLUCCI, Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto. *Lições de Teoria Geral do Processo*. 4 ed. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

DESTEFENNI, Marcos. *Manual de Processo Civil individual e coletivo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. I. 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº. 45/04, o Código Civil, e as Súmulas do STF e STJ, as Federais n. 11.925/09, 12.004/09, 12.016/09 e Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (Súmula Vinculante). Salvador: Juspodium, 2010.

_____; BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. II. 5ª ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional nº. 45/04, o Código Civil, e as Súmulas

do STF e STJ, as Federais n. 11.925/09, 12.004/09, 12.016/09 e Resoluções do STF n. 381 e 388 de 2008 (Súmula Vinculante). Salvador: Juspodium, 2010.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 5ª ed. Salvador: Podivm, 2008, v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 45 de 8.12.04 (DOU de 31.12.04) e com um estudo sistemático de Reforma do Judiciário (na Apresentação da 5 ed.). v. I. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1987.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil Brasileiro*. In: SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (coord.): *Direito Processual Civil Latino-Americano*. Belo Horizonte: Arraes, 2013;

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e Prática do Mandado de Segurança*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1976.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo). Aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001

FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos fundamentais*. Ed. especial: Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Teoria Geral do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos. In: *Saberes do direito*. Saraiva, 2011.

GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. A Esquizofrenia Estatal. In: *Jornal Estado de Minas*. Caderno Direito e Justiça, 20.02.15.

GASTALDI, Suzana. *As ondas renovatórias de acesso à justiça sob o enfoque dos interesses metaindividuais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26413>> Acesso em 20 jul. 15 e em <http://jus.com.br/artigos/26143/as-ondas-renovatorias-de-acesso-a-justica-sob-enfoque-dos-interesses-metaindividuais#ixzz3ktRGYIGT>, acesso em 05.09.15.

GIDI, Antônio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. A codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2008.

GILLI, Jean-Paul. *La Cause Juridique de la Demande en Justice*. Essai de Définition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1962.

GOLDSHMIDT, James. *Princípios Gerais do Processo Civil*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

GOMES, Fábio; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Editora AIDE, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. II.

_____. *Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada*. In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, 2002, v. 16.

_____: WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Democracia e autonomia como emancipação do ser na obra jurídico-política de Norberto Bobbio*. In: Revista da Ordem dos Advogados do Brasil: Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXIX, nº 68, jan/jun 1999.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Mandado de Segurança de acordo com a Lei nº 12.026/2009*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Universidade FUMEC. Mandamentos Editora, 2008

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____ *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 2ª ed. São Paulo: Síntese, 1999.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LÉPORE, Paulo Eduardo. *Direitos fundamentais e processo coletivo: a tutela jurisdicional coletiva como instrumento de efetivação de políticas públicas*. In: De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2014, v. 13, n. 22.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. vol. I. 2ª ed. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957,

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. *Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica – a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência*. In ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carus; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *O futuro do processo civil no Brasil. Uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Obra em homenagem ao advogado Claudiovir Delfino*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LORENTZ, Lutiana Nacur. *A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência*. São Paulo: LTr, 2006.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MAIA, Renata Christina Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Tese apresentada ao Programa de pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito: Belo Horizonte: Biblioteca da Faculdade de Direito da UFMG, 2015.

MARCONI, Maria de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnicas de Pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005

MAZZILLI, Hugo de Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19ª São Paulo: Saraiva, 2006

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno. Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 1

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (Org.). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Universitária da UFMG, 2013

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 31ª ed. atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Mandado de Segurança e Ação Popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MELO, Nehemias Domingos de. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.); FRONTINI, Paulo Salvador (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri-SP: Manole, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4.

MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *A prova no processo coletivo ambiental: necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente*. In: Revista Jurídica De Jure. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 10, n. 17, jul/dez 2011

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Novo Processo Civil Brasileiro*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MORELLO, Augusto Mario. *Las nuevas exigencias de tutela (experiencias y alternativas para repensar la política procesal y asegurar la eficacia del servicio)*. RePro 31/210-220, jul.-set./1983, ano VIII.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. *TJ/SP pretende limitar extensão de petições e sentenças a dez páginas*. In Migalhas, 20.12.2013, p. 1. Disponível em: www.migalhas.com.br/Quentes/17,MII92694-TJ+SP Acesso em 20 dez.13.

NASCIMENTO, Carlos Valder; DELGADO, José Augusto (org.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil. Novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Bruno José Silva. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

NUNES, Leonardo Silva; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *Panoramas e tendências sobre a tutela jurisdicional de direitos coletivos*. In: MPMG Jurídico. Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, edição nº 23. 2012.

OLIVEIRA, Allan Helber de; VILELA, Marcelo Dias Gonçalves; ESTEFAM, André. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais* (Leis n. 9.099, de 26-9-1995, e 10.259, de 12-7-2001). São Paulo: Saraiva, 2006.

OTHOMAR, Jauernig. *Direito Processual Civil*. 25 ed. *Totalmente refundida da obra criada por Friedrich Lent*. Traduzido por RAMOS, F. Silveira. Coimbra, Portugal: Almeidina, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. III.

PAULA BATISTA, Francisco de. *Compêndio de Teoria e Prática do Processo Civil*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2002.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *Incidente de Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto*. Disponível em <https://www.processoscoletivos.net/.../1459-incidente-de-conversao->,

PODETTI, Ramiro. *Teoria y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia de Proceso Civil*. Buenos Aires: EDIAR, 1963.

PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*, 1946. V. 1, p. 381. In: FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional*.
PISTORI, Gerson Lacerda. *Dos Princípios do Processo*. Os Princípios Orientadores. São Paulo: LTr, 2001.

PRATES, Marília Zanella. *A coisa julgada no direito comparado: Brasil e Estados Unidos*. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antônio (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2013.

RIBEIRO, Fernando José Armando. *Constitucionalismo e Teoria do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho: comentada*. 40. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2007.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SANT'ANA, Antônio Rodrigo, *Litispêndência nas Ações Coletivas*. Disponível em <http://www.zbslaw.com.br/artigos-07.html>

SANTOS, Boaventura Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo, *Direito e justiça*, São Paulo, Ática, 1989.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v.1.

SHIMURA, Sérgio; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de Direito Processual Civil. Abordagem completa dos aspectos práticos*. 3ª ed. São Paulo: Gen. Ed. Método, 2013.

SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, Série Processo de Execução e Assuntos Afins, v. 2.

SIDOU, J.M. Othon. “*Habeas data*”. *Mandado de injunção*. “*Habeas corpus*”. *Mandado de segurança*. *Ação popular*. *As garantias ativas dos direitos coletivos segundo a nova Constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

SILVA, Adailson Lima e. *Preclusão e coisa julgada*. São Paulo: Pillares, 2008.

SILVA, Evandro Lins e. *A questão do efeito vinculante*. In: *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*: Brasília: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ano XXV, nº 61, jul/dez 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. rev. atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48 de 10.8.2005). São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Ovídio; GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

SILVA, Sílvia Fonseca. *Possibilidade de suspensão de processo individual pelo juiz, de ofício, quando pendente julgamento de processo coletivo em que se discuta o mesmo tema*. In: *De Jure Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, 2010, v. 14.

SOKAL, Guilherme Jales. *Coisa julgada, paternidade e parâmetros de ponderação*. In: FUX, Luiz, *Jurisdição Constitucional*, p. 139-142.

SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos. Principais decisões*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. I

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 37 ed. Forense, Rio, 2001.

_____. *Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: América Jurídica, Série Grandes Pareceristas, 2003, v. 2.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. vol. I. 47ª ed. atual. até a Lei nº. 11,441, de 04 de janeiro de 2007. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC. Fundamentos e sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1998, p. 234.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho. *A legitimação ativa nas ações coletivas: um contributo para o estudo da substituição processual*. Tese ao Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG – Biblioteca Universitária, 2003.

_____. *O Habeas Data*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VASSOURAS, Vera Lúcia C.. *O mito da igualdade jurídica no Brasil*. São Paulo: Edicon, 1995.

VENTURI, Elton. *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Malheiros. 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência. Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. da 5ª ed. alemã, rev. e amp. de Profª Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. *Da hermenêutica constitucional*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Litispêndência em ações coletivas*. In: CAPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.): *Repensando o Direito do Consumidor*. 15 anos do CDC (1990-2005). Curitiba: OAB Paraná, Coleção Comissões, 2005, v. 1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada. Hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferrer da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de processo Civil. Artigo por artigo*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In: *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian Serviço de Educação e Bolsas, 1980.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O “novo” mandado de segurança coletivo*. Série processo coletivo, comparado e internacional. GIDI, Antônio (Coord.). Salvador: Jus Podivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos*. *Revista Forense*, vol. 329, p. 157