

**GUSTAVO OSNA**

**“DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS”?  
RELENDO A COLETIVIZAÇÃO INSTRUMENTALMENTE**

**CURITIBA**

**2013**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**“DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS”?**  
**RELENDO A COLETIVIZAÇÃO INSTRUMENTALMENTE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

GUSTAVO OSNA

**CURITIBA**

**2013**

## TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO OSNA

### TÍTULO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

**Orientador:**

---

**Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart**

Universidade Federal do Paraná

**Membros:**

---

**Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha**

Universidade Federal do Paraná

---

**Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes**

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Curitiba, 08 de fevereiro de 2013.

*Aos meus pais, Jaime e Vânia.*

*À Mayara, companheira querida.*

*Ao amigo e orientador Sérgio Cruz Arenhart.*

## AGRADECIMENTOS

Obrigado aos meus pais, Jaime e Vânia, por sempre terem estado ao meu lado, apoiando-me de maneira incondicional e fazendo o possível e o impossível para que meus sonhos pudessem se tornar realidade. Obrigado pelo exemplo e pelo amor. Aqui, deixo também meus agradecimentos à minha avó Ayd (Dida), à Cláudia e ao Saulo, que estiveram comigo ao longo desta caminhada. Pelo mesmo motivo, e por ter a convicção de que mesmo distante ela está conosco, obrigado também à minha avó Esther (*in memoriam*).

Obrigado à Mayara, por colocar um sorriso no meu rosto mesmo nos momentos mais improváveis, redimensionando noções como “amor”, “companheirismo” e “compreensão”. Obrigado por mais uma vez me iluminar. Agradeço também aos seus familiares, Edson, Silmara, Erika e Henrique, pelo apoio que certamente foi essencial para a elaboração desta pesquisa.

Obrigado ao orientador, amigo e “chefe” Sérgio Cruz Arenhart, cuja confiança em mim foi, sem dúvidas, a mola propulsora não apenas para a realização do trabalho, mas para todo o percurso que um dia eu possa vir a trilhar na academia e no Direito. Não há palavras para expressar minha gratidão pelo exemplo, pela amizade, pelas aulas e pela ajuda. Agradeço ainda aos Professores Alcides Munhoz da Cunha, Edson Isfer e Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes pelo apoio constante e ativo.

Obrigado a cada um dos meus amigos, daqueles que me acompanham desde os tempos da Escola Israelita (e que, mesmo sem entender uma linha deste trabalho, estão felizes por vê-lo concluído) até os adquiridos ao longo da vida e dos meus passos nos corredores da UFPR (iniciados há quase oito anos). Obrigado pela compreensão com os momentâneos sumiços, os quais espero que não tenham sido em vão.

Obrigado, igualmente, aos docentes e discentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, por propiciarem diálogos e ensinamentos de importância indelével para a construção desta pesquisa. Externamente, agradeço aos sempre prestativos Professores Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Alvaro Pérez Ragone - assim como aos colegas da

Felippe, Gomes & Isfer Advocacia que estiveram comigo durante boa parte deste trajeto.

Obrigado aos contribuintes brasileiros, que certamente possuiriam inúmeras outras prioridades em escolhas que sequer são “trágicas”, mas que, mesmo involuntariamente, custearam desde as cadeiras em que me sentei nas aulas de graduação e de mestrado até a água que tomava em cada intervalo. Espero de algum modo ter a chance de ao menos parcialmente lhes retribuir.

Obrigado, por último, mas certamente sem menor importância, a D’us. Pela oportunidade.

*“Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights”*

(Owen M. Fiss)

## RESUMO

O presente trabalho possui como objeto central os “direitos individuais homogêneos”, analisando a figura em suas origens e justificativas para, assim, aferir as consequências que um enfoque instrumentalista pode introduzir em sua efetivação. Conferindo adequação de sentido, o estudo se inicia com uma breve exposição das mutações que vêm se operando nos discursos funcionais relacionados ao processo civil (desde suas construções clássicas) e do ganho de complexidade trazido à matéria por conta deste redimensionamento. Após, porém, demonstra-se que para ser efetivo no cumprimento destas novas feições teleológicas (tendo em conta limitações como os custos orçamentários) é preciso que a disciplina se adapte estruturalmente, em jornada na qual sustentamos que as ferramentas jurídicas ortodoxas são insuficientes e reconhecemos a contraposição entre formalismo e instrumentalismo. Assumindo estes pressupostos, abordamos as noções de “processo coletivo” e de “direitos coletivos” para, com isso, chegar-se à instituição dos “direitos individuais homogêneos” em nosso ordenamento, contrapondo as visões “materiais” e “processuais” a respeito da figura e concebendo os “direitos individuais homogêneos” como uma técnica processual de coletivização de direitos individuais. Após, extraímos alguns efeitos imediatamente decorrentes desta perspectiva (como a inexistência de “direitos individuais homogêneos” enquanto categoria material autônoma), questionando quais seriam os fundamentos/justificativas desta “técnica” e averiguando a compatibilidade do ordenamento brasileiro com estas motivações. Por último, face à constatação da ineficiência de nosso microsistema, indicamos que a coletivização de direitos pressupõe a assunção do embate entre formalismo e instrumentalismo e a opção pela segunda corrente argumentativa, finalizando com a demonstração deste acoplamento interpretativo e da coerência da coletivização com as premissas firmadas no primeiro momento do trabalho.

**Palavras Chave:** “Direitos Individuais Homogêneos”; Coletivização; Instrumentalismo; Efetividade.



## ABSTRACT

This study has as its central issue the “homogeneous individual rights”, analyzing this figure in its origins and justifications for, thereafter, extract the consequences that an instrumentalist approach can introduce in its enforcement. To give suitability to the analysis, we begin it with a brief presentation of the changes that have been occurring in the functions discursively imputed to civil procedure (since its classical construction) and of the complexity increment that follows of this teleological resizing. Nevertheless, considering constraints as the budget limitations, we demonstrate that to accomplish these functions effectively it is necessary that the discipline undergoes a structural adaptation, in which the traditional legal tools are insufficient - giving space to the counterpoint between the formalist approach and the instrumentalist approach. With these basis, we start the observation of the notions of “collective process” and “collective rights”, to, thereby, detect the establishment of the “homogeneous individual rights” in our law – counterpointing its “material conception” and its “procedural conception” and recognizing them as a procedural technique intended to aggregate individual rights. After, we select some consequences that arrive from this perspective (as the inexistence of a substantive category of “homogeneous individual rights”), debating which reasons sustain this technique and questioning if the Brazilian Law is compatible with them. At last, considering the ineffectiveness of our legal system, we express that an efficient technique of aggregation presupposes the acknowledgement of the conflict between formalism and instrumentalism and the adoption of the latter, closing the study with the presentation of the interpretative consistency between these elements, and between them and the premises initially signed.

**Keywords:** "Homogeneous Individual Rights"; Aggregation; Instrumentalism; Effectiveness.

## SUMÁRIO

Introdução .....	1
1. Breve retrato do processo sob a perspectiva funcional .....	3
1.1. Autonomia do processo, declaração e “tutela”: alterações na resolução de litígios .....	5
1.2. Além da lide bilateral: o processo e seus “novos” escopos .....	11
1.3. Sintetizando: o processo civil contemporâneo e sua complexidade funcional .....	19
2. Das funções à estrutura processual .....	21
2.1. A regra procedimental, os princípios processuais e o Judiciário – A necessidade de revisão institucional .....	23
2.2. Os “custos do processo” como baliza inarredável .....	26
2.3. Um processo efetivo não é apenas jurídico .....	29
2.4 O cerne do problema: o processo civil entre os “meios” e os “resultados” .....	37
3. Algumas aproximações: os “direitos coletivos” e o “microsistema brasileiro de processos coletivos” .....	43
3.1 A coletivização de interesses materiais e a adaptação do direito substancial .....	43
4. A Natureza dos “Direitos Individuais Homogêneos” .....	58
4.1 “Direitos Individuais Homogêneos”: Direitos Metaindividuais ou Técnica Processual? .....	58
4.2. Alguns efeitos do reconhecimento dos “direitos individuais homogêneos” como técnica processual .....	70
5. A coletivização de direitos no quadro do processo civil contemporâneo: razões e benefícios da nova técnica .....	86
5.1 Os benefícios/fundamentos da coletivização de direitos .....	86
5.2 Benefícios da coletivização e “novas funções” do Judiciário? .....	99
5.3 Síntese Funcional: o que fundamentaria um sistema de coletivização? .....	108
6. Do microsistema à “visão material” – (mais uma vez) entre meios e resultados .....	125
6.1 O processo entre fins e meios e a coletivização: não há opção sem sacrifício .....	125
6.2 Amarrando o instrumentalismo: as reinterpretações e a coletivização .....	130
Considerações Finais .....	159
Referências Bibliográficas .....	161



## **Introdução**

Considerando a afirmação em nosso atual contexto dos “direitos individuais homogêneos” como tema academicamente essencial, indagar a um estudante de Direito se ao longo do curso teve notícias deste tópico é confrontá-lo com um questionamento possivelmente retórico. Por outro lado, é bastante crível que ao reproduzir a mesma arguição para profissionais do Direito, transferindo o foco da academia para os Tribunais, a resposta se torne negativa, evidenciando o descompasso entre a relevância teórica conferida à figura e a sua concretização.

Acreditamos que a premissa recomenda que o estudioso da matéria, antes de adentrar questões procedimentais, dê um passo atrás, alcançando um olhar mais panorâmico e perseguindo o realinhamento entre as pontas no sentido da efetividade. E é esta a base de que esperamos nos servir para colocar como ponto de observação do presente estudo os “direitos individuais homogêneos”, investigando sua estrutura, analisando sua justificativa funcional e testando a compatibilidade entre tais finalidades e o direito pátrio. Para tanto, dividimos a análise em quatro partes.

Na primeira, pretendemos adequar o trabalho ao atual quadro da disciplina processual civil, indicando a ampliação de sua complexidade funcional, a limitação de suas estruturas clássicas e a necessidade de que (para vislumbrar a efetividade da matéria) o intérprete realize escolhas e sacrifícios. Na segunda, utilizaremos este alicerce para nos aproximarmos da ideia de “processo coletivo”, sinalizando sua recepção pelo ordenamento brasileiro e situando os “direitos individuais homogêneos” nesta seara. Na terceira, investigaremos quais as justificativas para a positivação da figura, cotejando estes fundamentos com o tratamento que lhe é prescrito em nosso ordenamento. Na última, recordaremos das premissas iniciais e da necessidade de realização de opções, demonstrando a influência destas decisões sobre a efetividade dos “direitos individuais homogêneos”.

Convidando o leitor para o exame das próximas páginas, esperamos oferecer ao debate uma contribuição teórica capaz de trazer impactos fáticos, revelando algumas das nuances da matéria e, ao menos, sugerindo cautela em sua observação.

## **I PARTE**

## **1. Breve retrato do processo sob a perspectiva funcional**

É incomum identificarmos na academia brasileira obras ou artigos relacionados ao direito processual civil que não dediquem alguns de seus parágrafos iniciais à exposição de linhas históricas da disciplina, qualquer que seja o nível de titulação do autor. Em maior ou menor escala, esta construção corre o constante risco de contrariar a advertência de Luciano Oliveira <sup>1</sup>, “falando sobre o Código de Hamurabi” ao reproduzir aspectos cuja demonstração já foi satisfatória e exaustivamente realizada. A ressalva nos parece de alta pertinência, alertando o jurista do risco de se dedicar mais ao passado do que ao presente e ao futuro - enfoque que, ainda que pudesse de algum modo contribuir, não é aquele aqui adotado.

Esperamos manter este alerta aceso, razão pela qual ao analisarmos nas próximas páginas as modificações pelas quais a leitura teleológica do direito processual civil vem passando o faremos de maneira sintética e com um propósito claro e exclusivo: conferir enquadramento teórico ao estudo e diretriz objetiva às suas considerações estruturais e normativas. Como consequência, nosso recorte terá como orientação a adequação de sentido entre o objeto do exame (os “direitos individuais homogêneos” e a coletivização de direitos) e os objetivos do processo, evitando que se cogite de sua “instrumentalidade” com a vagueza criticada de modo preciso por Sérgio Cruz Arenhart <sup>2</sup> ou que se incorra em “patologia burocrática”, à lá Offe<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In. *Sua excelência o comissário e outros ensaios sobre sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.

<sup>2</sup> Conforme pontua o autor, “tratar, pois, da instrumentalidade, isoladamente de alguma finalidade pré-determinada, é tratar do vácuo, do vazio, já que nada representa. A noção de instrumentalidade somente adquire algum sentido se acoplada a um fim, que se tome por parâmetro de utilização. Se o instrumento pode ser utilizado para diversos fins, deve haver, segundo a noção dos resultados e fins buscados, algum que se tome por mais adequado e específico para a obtenção deste objetivo. Assim, ao tratar da instrumentalidade do processo é imperioso também aludir aos fins a que o processo se destina, sob pena de não dizer nada. Explorar, pois, os fins do processo é essencial para a determinação da noção de instrumentalidade e para saber quando o processo realmente será instrumental”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.35

<sup>3</sup> O teórico da Escola de Frankfurt, ao investigar o Estado e seu eventual déficit de legitimação advindo de uma estruturação não-racional (isto é, não funcionalmente adequada), formula tal conceito ao afirmar que “quando uma organização de aproxima do modelo estratégico usado como esquema normativo, mas por isso mesmo põe em risco o seu vínculo com o meio, costumamos falar de patologias burocráticas, isto é, da não correspondência entre a estrutura interna e o meio externo, ou simplesmente entre estrutura e função”. Cita-se, OFFE, Claus. *Crítérios de Racionalidade e*

É com este enfoque que identificamos dilatações funcionais tanto na conferência de uma nova feição à lógica de resolução de litígios (“atividade clássica” da jurisdição) quanto na imputação ao processo do poder-dever de exercitar funções mais amplas e com maiores impactos para fora do procedimento (de maneira consentânea à própria releitura que se tem imposto sobre o dogma da “divisão de Poderes”). O objetivo do presente capítulo é demonstrar de forma breve que as duas vias trazem como consequência imediata um ganho substancial de complexidade na atuação almejada do Poder Judiciário, pintando com novas cores o ato de julgar.

Em relação ao primeiro dos pontos, não nos parece dúbio que entre os objetivos do direito processual civil se situe a resolução de litígios, tendo em vista que em um Estado com monopólio jurisdicional inflexível a atuação do direito material deve passar por uma precedente e necessária cognição processual. Foi este o contexto que fez com que Piero Calamandrei depositasse sobre o processo a célebre característica da “instrumentalidade necessária”<sup>4</sup>. Contudo, como suscita acertadamente Luiz Guilherme Marinoni, esta função judicatória típica não se mantém incólume às modificações estruturais e à derrocada dos cânones de legitimação do Estado Liberal Burguês<sup>5</sup>, fazendo com que a noção de “resolução de litígios” hoje prestável não seja a mesma que em outro período ditou a construção teórica da matéria.

Em relação ao segundo, interessa-nos ver que, além da releitura do papel exercitado pela jurisdição em sua feição tradicional de *dispute resolution* (na definição de Owen Fiss<sup>6</sup>), tem sido comum a defesa de que compete igualmente ao processo desempenhar objetivos diversos e com maior repercussão no espaço

---

Problemas Funcionais da Ação Político Administrativo. In. *Problemas Estructurais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.219.

<sup>4</sup> “El derecho procesal tiene, pues, frente al derecho sustancial carácter *instrumental*, encontrándose con el en relación de medio a fin: pero se trata de una instrumentalidad *necesaria*, en cuanto para obtener la providencia jurisdiccional sobre el mérito, no hay otro camino que el de la rigurosa observancia del derecho procesal”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol.1. Buenos Aires: El Foro, 1996.p.348.

<sup>5</sup> É este o pensamento que serve de tônica à releitura proposta pelo autor quanto aos institutos da teoria geral do direito processual civil, impondo conseqüências na compreensão, por exemplo, da ação, da jurisdição e da defesa. Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>6</sup> Falando sobre o modelo de “*dispute resolution*”, Fiss destaca que “this model (...) is associated with a story of two people in the state of nature who each claim a single piece of property. They discuss the problem, reach an impasse, and then turn to a third party, the stranger, to resolve their dispute. Courts are viewed as the institutionalization of this stranger, and adjudication the process through which judicial power is exercised”. FISS, Owen. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003. p.51.

social, fugindo decididamente da lógica clássica e liberal da disciplina. É o caso, por exemplo, do debate atualmente efervescente a respeito da legitimidade do controle judicial de políticas públicas, tarefa cuja concretização também traz consigo novas balizas de julgamento para o intérprete do Direito.

### 1.1. *Autonomia do processo, declaração e “tutela”: alterações na resolução de litígios*

#### 1.1.1. A autonomia do processo e a resolução como mera declaração

Com a materialização do “monopólio da jurisdição”, especialmente a partir do Estado Moderno, o processo se tornou verdadeira questão de política estatal<sup>7</sup>. Foi também nesse período que a disciplina passou a dispor de autonomia. Se até então vigorava, por exemplo, a idéia de que a ação nada mais seria do que o direito material em movimento, na dicção romana extraída de Celso<sup>8</sup>, foi no Século XIX que o panorama sofreu inversão e que se passou a falar verdadeiramente em um “processo civil”. Nos ordenamentos jurídicos situados por Rene David<sup>9</sup> na família romano-germânica (coincidentes em sua maioria com aqueles que Mirjan Damaska alcunha de “hierarquizados”<sup>10</sup>) esse fenômeno se deu essencialmente a partir de dois eventos doutrinários: a construção da “relação processual” e a polêmica da *actio*.

A visão do processo como uma relação autônoma, primeiro dos itens acima

<sup>7</sup> Na dicção de Ovídio Baptista da Silva, “o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à criação do direito, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional”. Cita-se, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996. p.15.

<sup>8</sup> Conforme versão que chegou aos dias atuais, a conceituação de Celso, por longo tempo adotada doutrinariamente, concebia que “*actio autem nihil aliud est, quam ius perseguendi in iudicio quod sibi debetur.*” (isto é, “ação é o direito de alguém buscar em juízo o que lhe é devido”).

<sup>9</sup> Sobre o tema, DAVID, Rene. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>10</sup> Conforme o autor, no modelo hierárquico, haveria uma rígida e permanente distinção entre aqueles que são agentes do processo (profissionais) e aqueles que não o são, imantando o poder jurisdicional de exclusividade. Neste esteio de profissionalismo e de profissionalização, a rotinização/mecanização do exercício de atividades acabaria se sobrepondo à justiça individualizada. O engajamento emocional é afastado pela habitualidade das tarefas, e os julgamentos se tornam “pronunciamentos impessoais” de uma “instituição inequívoca”. Estes agentes do sistema hierárquico seriam organizados em distintos níveis de autoridade, mas “qualquer que fosse a qualificação hierárquica do trabalho, seria mantido o preconceito contra os outsiders (não-agentes)”. A partir desta escala hierárquica, seriam materializados os sentimentos de ordem e uniformidade, pois as decisões seriam passíveis de revisão superior. No que se refere aos meios de atuação do processo, o afastamento do juiz e a crença em sua possível atuação restrita à subsunção fariam com que o legalismo vigorasse. Cita-se, DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.p.16-23



indicados, tem suas origens em 1868 com Oskar Von Bülow <sup>11</sup>, alterando o cerne da disciplina e superando explicações intuitivas e privatistas, como a crença em um processo como contrato ou “quase-contrato” <sup>12</sup>. Em uma descrição sumária, foi Bülow quem percebeu a existência de aspectos capazes de conduzir à extinção de um litígio sem estarem diretamente relacionados à sua matéria de fundo, mas sim à regularidade da constituição e do transcurso do próprio processo. A estes elementos o autor deu o nome de “pressupostos processuais”, observando que (por possuir pressupostos próprios) o processo se deslindaria de maneira autônoma do direito material <sup>13</sup>. Haveria duas relações diversas sendo a formação da primeira (processual) precedente à resolução da segunda (material).

No que toca à polêmica da *actio* <sup>14</sup>, o que se deve notar para os presentes fins é que com a conclusão traçada por Windscheid ao acolher as críticas de Muther e com os frutos extraídos do debate – vistos, por exemplo, em Plósz e em Degenkolb <sup>15</sup> -, passou-se a conceber de forma pioneira a existência de uma ação processual autônoma, reafirmando, em novo passo, a autonomia do próprio processo. Neste tópico, é também válida a menção ao pensamento de Pontes de Miranda, que no direito pátrio esmiuçou e explicitou esta distinção entre ação processual e ação material <sup>16</sup>. Em síntese, com a separação entre os institutos e com a vedação da autotutela, por mais que o sujeito tivesse eventual direito violado

---

<sup>11</sup> Trata-se do ano de publicação original da obra do autor denominada *Die Lehre Von den Processenreden um die Processvoraussetzungen*, em cujo teor há o referente central para a defesa de um direito processual civil autônomo. A obra, traduzida para o idioma espanhol, segue se colocando como leitura indispensável para a devida compreensão da disciplina. Cita-se, BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

<sup>12</sup> Sobre as doutrinas do processo como “contrato” e “quase-contrato”, demonstrando sua insuficiência e seus equívocos, cita-se COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez Editor, 1942. p.62-65.

<sup>13</sup> “El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso (...) si el proceso es, por lo tanto, una relación jurídica, se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos, tiempo antes, respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición sobre una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los requisitos a que se sujeta el nacimiento de aquélla (...) Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal (...) Estas prescripciones deben fijar – en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento, ya determinadas – los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal (...) Proponemos, como tal, la expresión “*presupuestos procesales*”.” BÜLOW, Oskar Von. *Obra citada*. p.2-6.

<sup>14</sup> Sobre o tema, WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Buenos Aires: EJEJA, 1974.

<sup>15</sup> Veja-se MARINONI, Luiz Guilherme. *Obra citada*. p.167-168

<sup>16</sup> Sobre o tema, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

não poderia exigir diretamente a reparação, devendo submeter seu pleito ao detentor do monopólio jurisdicional e se valer da ação processual como veículo de sua pretensão.

O processo, assim, constituiu-se como realidade efetivamente autônoma. Ocorre que esta autonomia acabou sendo compreendida como se representasse verdadeira independência entre a disciplina e a sua repercussão fática. A visão não foi acidental. Pelo contrário, ao burocratizar demasiadamente a estrutura processual e lhe conferir abstração em uma escala exagerada, serviu fielmente aos interesses do Estado Liberal, à lá Weber<sup>17</sup>. Afastando o processo do direito material, este movimento também impactou de modo direto na leitura de suas finalidades e dos mecanismos voltados à sua consecução, gerando espécie de “encerramento intraprocessual” ao supor que a simples declaração proferida no litígio seria o suficiente para que a jurisdição cumprisse seu desiderato. As teorias que então brotaram para descrevê-la funcionalmente, hoje concebidas como “clássicas”, comprovam de maneira firme este elemento.

Nesta linha, serve como tipo ideal a idéia de Chiovenda, para quem a jurisdição se confundiria com a função substitutiva do Estado voltada à declaração da vontade concreta da lei<sup>18</sup>. Deste modo, ao chegar a uma declaração final o processo seria satisfatório, cumprindo sua função de maneira interna e autônoma. Sua finalidade prescindiria de alterações efetivas no plano concreto ou mesmo de uma satisfação atrelada ao direito material – pensamento harmônico com o momento ideológico vivido, com a necessidade de afirmação de um Estado centralizado e com a compreensão de que a legitimidade estatal, até então, dependia apenas de sua atuação legal, calculável e previsível<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Em suma, percebe-se do pensamento do autor que a instituição do Estado Moderno foi marcada, por um lado, pela *dissipação* das fontes alternativas do poder – permitindo sua concentração nas mãos do ente estatal – e, de outro, pela instituição de balizas de previsibilidade e calculabilidade, a partir de uma atuação ancorada precipuamente em critérios *legais* de dominação tipificada idealmente pelo aparato burocrático. Cita-se, WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

<sup>18</sup> “La jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922. p.349.

<sup>19</sup> De fato, a partir do pensamento de Chiovenda é possível observar dois elementos marcantes: (i) a preocupação com a supremacia da legislação diante da atuação jurisdicional (refletindo uma clara influência iluminista); (ii) o cuidado em atribuir ao Estado o posto de centralidade na matéria processual, concebendo a ação, inclusive, como um direito potestativo, e não como uma situação subjetiva que impusesse ao ente estatal a assunção de posição de sujeição. Estes elementos podem

Em igual sentido, e com as mesmas ressalvas temporais, coloca-se a teorização de Carnelutti, para quem a jurisdição teria como escopo basilar a justa composição de uma lide (concebida como conflito de interesses juridicamente protegido) e, após, o “adimplemento da promessa prevista na lei”<sup>20</sup>. Aqui, mais uma vez o processo em sua força de declaração é autossuficiente, em nada se preocupando com o cumprimento de uma funcionalidade para além do jurídico e do próprio acerto intraprocessual.

Por fim, os comentários não variam quando se direciona atenção para a terceira das teorias clássicas da jurisdição, aquela de Enrico Allorio, segundo a qual o exercício jurisdicional teria como elemento basilar a “coisa julgada”<sup>21</sup>. Neste prisma, a jurisdição possuiria como traço marcante a imposição de imutabilidade à questão posta em juízo, conferindo-se a este elemento papel central na caracterização da atuação processual. Ainda que não houvesse perspectiva teleológica no estudo<sup>22</sup>, notamos que mais uma vez a finalidade da jurisdição acabou sendo depositada em um aspecto interno à relação processual - mais precisamente em uma característica de um dos efeitos da decisão (carga declaratória)<sup>23</sup> -, desconectando-a do direito material. Também por aqui a declaração bastaria, não se colocando como ponto de pauta a verdadeira satisfação material.

---

ser percebidos em CHIOVENDA, Giuseppe. L'azioni nel sistema dei diritti. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1993.

<sup>20</sup> Por mais que de regra seja imputada à Carnelutti exclusivamente a primeira das conceituações, sendo aquela é que comumente atribuída ao autor, a mudança de posição pode ser percebida em seu *Diritto e Processo*, possuindo justificativa no fato do primeiro conceito (“justa composição da lide”) não englobar devidamente as hipóteses de jurisdição voluntária. Trata-se do que faz o pensador, adaptando sua construção anterior – mas sem descartá-la para a jurisdição contenciosa – conceber como finalidade do processo o “adimplemento da lei”. Cita-se, CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958. p.40-66.

<sup>21</sup> Neste sentido, ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, 1963.

<sup>22</sup> Isso porque, como demonstram Ovídio A. Baptista da Silva e Fábio Gomes, “Allorio parte de uma premissa devida a Kelsen e aos demais normativistas, segundo a qual as funções do Estado não podem ser catalogadas e definidas por seus fins, e sim por suas formas.” SILVA, Ovídio A. Baptista da. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.61

<sup>23</sup> “Peca a definição ofertada pelo Código de Processo Civil ao estabelecer a coisa julgada como um efeito da sentença (...) se a coisa julgada representa a imutabilidade decorrente da formação da lei ao caso concreto, se ela representa a certificação dada pela jurisdição a respeito da pretensão de direito material exposta pelo autor (...) somente o efeito declaratório é que pode, efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.650-651

### 1.1.2. Da declaração à proteção material

Com a evolução social e o iminente risco de caracterização do processo como obsoleto, porém, a insuficiência de tais teorizações foi apreendida pela doutrina processual, especialmente a partir da segunda metade do Século XX. O movimento, devido em grande parcela ao fenômeno de constitucionalização do saber jurídico e à própria alteração dos cânones de legitimidade estatal, ensejou uma reaproximação entre direito processual e direito substancial, resgatando que o vínculo entre ambos deveria ser de instrumentalidade e rememorando a íntima relação entre as justificativas do processo e o descumprimento do direito material.

Mesmo sem ingressar de forma detida neste tópico (ao qual voltaremos ao fundamentar o advento dos chamados “direitos de terceira geração”), é relevante perceber que a superação da estrutura liberal clássica tornou necessária a existência de um Estado no qual, mais que previsibilidade, houvesse espaço para a participação mais ativa na economia e para a oferta direta de benefícios aos cidadãos. Além disso, a ascensão neoconstitucionalista fez com que estas eventuais benesses se transformassem em verdadeiros direitos e houvesse a estipulação de balizas de resultados para a Administração. A alteração foi sentida profundamente na estruturação do setor público, e o processo também sofreu sua influência direta.

De fato, a aproximação entre processo e direito material (com a inserção da axiologia constitucional como pano de fundo) fez com que se compreendesse que a resolução de litígios não se esgotaria na formulação de Chiovenda, não bastando a declaração de uma eventual vontade concreta da lei. Seriam também insuficientes as visões de Allorio e de Carnelutti, pois igualmente centradas em uma lógica pouco atenta à efetiva atuação do direito material. Foi por conta dessa inaptidão que, como se lê nos escritos de Denti<sup>24</sup>, passou-se a se trabalhar com o conceito de “tutela”, cuja utilização foi consagrada no Brasil por Luiz Guilherme Marinoni<sup>25</sup>.

Não restam dúvidas de que a inserção da “tutela” na problemática processual representou clara abertura desta seara ao direito substancial. Realmente, ao se elevar a “tutela dos direitos” ao posto de objetivo central do processo há uma

---

<sup>24</sup> “Si può, quindi, avanzare la conclusione che, una volta elevato Il diritto di azione a garanzia costituzionale – Il che lo colloca al di fuori della disciplina concreta del processo – il potere di mettere in moto il processo può meglio definirsi come potere di proporre la domanda giudiziale, o potere di domanda *tout court*”. DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bolonha: Società editrice Il Mulino, 1989. p.116.

<sup>25</sup> Por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

reaproximação visível entre as duas faces da moeda, tendo em vista que o próprio conceito de tutela faz referência a uma proteção de direito material<sup>26</sup>. Coloca-se um novo rumo à atividade do processo, compreendendo, de um lado, que ao “compor” o litígio sua função é vislumbrar uma efetiva proteção do interesse material e, de outro, que na maioria das vezes esta proteção não será atingível por uma mera declaração, dependendo de atuações no plano fático.

É sabido que esta nova leitura condicionou uma série de adaptações pontuais na estrutura procedimental, levando a tópicos como a ruptura com o princípio da tipicidade das formas executivas<sup>27</sup>. Esta correlação será objeto de maiores considerações no capítulo subsequente. Aqui, interessa ver que a própria concepção da “pacificação de litígios individuais” se alterou, fazendo com que esta função jurisdicional “por excelência” não possua as mesmas feições e não se encerre nas mesmas tarefas.

Demonstrando o que se expõe pela via exemplificativa, imaginemos que os sujeitos “A” e “B” celebram contrato de compra e venda, mas o comprador (“B”) frustra a expectativa de pagamento, tornando imprescindível que o vendedor (“A”) conduza sua pretensão ao Poder Judiciário para vê-la satisfeita. A hipótese é atemporal, podendo ser imaginada tanto na data de hoje quanto no ápice do Estado Liberal e da lógica de previsibilidade que ali vigia. E esta leitura comparativa confere evidência à modificação teleológica do papel jurisdicional de resolução de litígios e aos seus impactos.

Realmente, caso a lide ocorresse no período liberal seria razoável e adequado que o julgador se limitasse a findar o litígio mediante a declaração da “vontade da lei” à situação, viabilizando, no máximo, o manejo de um subsequente processo executivo. Amparado em dogmas atualmente insustentáveis, como o

---

<sup>26</sup> É precisamente por isto que a *tutela* de um direito não passa necessariamente pela atuação jurisdicional. Em verdade, é possível afirmar, exemplificativamente, que ao realizar um curativo no joelho de um paciente em determinado posto de saúde público o médico e a enfermeira também estão *tutelando* seu direito fundamental à saúde. O processo, assim, é apenas um dos meios para que esta proteção (material) ocorra, valendo-se para tal desiderato de técnicas como as sentenças. Sobre esta diferenciação, MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>27</sup> Sobre o tema, ver GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Também, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Execução*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

sentido unívoco da lei<sup>28</sup>, seu trabalho seria finalizado de maneira satisfatória ao declarar mediante subsunção a vontade legal, inexistindo uma real preocupação com a verdadeira satisfação material do sujeito “A”.

Transpondo o mesmo exemplo para um contexto processual funcionalmente orientado pela tutela do direito material, entretanto, a situação sofre alterações substanciais. Com efeito, a modificação teleológica faz com que a simples declaração (hoje compreendida com a hermenêutica como médium necessário<sup>29</sup>) não encerre a atividade judicatória ou exonere o magistrado. Considerando que seu objetivo final passa a ser a efetiva proteção do interesse material, é apenas com a concretização deste resultado que sua tarefa terá sido satisfatoriamente realizada. No caso hipotético, deste modo, não bastaria uma mera declaração desfavorável a “B”, sendo necessário um ato de expropriação que satisfizesse faticamente a pretensão de “A”. Este arcabouço nos faz compreender que a modificação funcional da lógica de “composição do litígio”, passando da declaração à proteção, representou considerável avanço, compatibilizando a disciplina a um contexto marcado pela centralidade constitucional e pelos novos desafios do Estado.

## 1.2. Além da lide bilateral: o processo e seus “novos” escopos

### 1.2.1. A macrojustiça como norte e a “reforma estrutural”

Ao lado do redimensionamento da sua atividade clássica de acerto de casos, todavia, o exercício jurisdicional também vem sendo objeto da imputação de novas diretrizes teleológicas, bastante mais amplas do que a tradicional “resolução da lide” e relacionadas à própria inviabilidade de se pensar um modelo de separação rígida entre os “poderes” estatais diagnosticada por Arenhart<sup>30</sup> (conduzindo ao protagonismo judiciário). Um sinal desta amplitude pode ser visto em nossa doutrina

<sup>28</sup> Como posto por Lênio Streck, “as palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p.239.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> “O juiz atualmente não é mais visto como um aplicador do Direito. Seu papel, na atualidade, foi alterado de mera “boca da lei”, como queria o liberalismo clássico, para verdadeiro agente político, que interfere diretamente nas políticas públicas. Este papel se faz sentir em todas as oportunidades em que o magistrado é levado a julgar”. ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário*. In. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano 1. N.1, 2009. p.1. Disponível em <[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As\\_acoes\\_Coletivas\\_Eo\\_Control\\_Das\\_Politicass\\_Publicas\\_Pelo\\_Poder\\_Judiciario](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As_acoes_Coletivas_Eo_Control_Das_Politicass_Publicas_Pelo_Poder_Judiciario)>, Acesso em 2 de julho de 2011

na célebre obra de Cândido Rangel Dinamarco, com a definição – em aproximação às ideias de Calamandrei<sup>31</sup>- dos “escopos do processo”<sup>32</sup>.

Em linhas gerais, Dinamarco defende que além de atuar escopos jurídicos (representados pela aplicação do direito objetivo), competiria ao processo o desempenho de finalidades sociais e políticas. As últimas, genericamente coincidentes com o reforço de confiança nas instituições. As primeiras, culminando em uma espécie de pacificação social. Sintetizando tais ideias e com elas pactuando, Sérgio Cruz Arenhart extrai do pensamento de Dinamarco que o objetivo do processo seria a justiça<sup>33</sup>.

Consideramos que este projeto de “justiça” se encontra em construção constante, inexistindo possibilidade de que seu conteúdo seja delimitado de maneira absoluta ou solipsista. De fato, o tema da “justiça” não é pacífico ou comporta definições imutáveis, como se infere das recentes contraposições/complementações de Amartya Sen ao pensamento de John Rawls<sup>34</sup> ou das ponderações apresentadas por Gargarella<sup>35</sup>. O conceito é poroso, tornando necessária a assunção pelo jurista de sua carga ideológica, filtrada necessariamente pela axiologia constitucional. Sem óbice do debate, a presença desta perspectiva de “macrojustiça” no processo oferece campo para seu redimensionamento teleológico, transpondo e superando a limitação à resolução de litígios pontuais.

É nesta rota que se insere, por exemplo, a teorização de Owen Fiss, para quem a jurisdição teria como objetivo a realização da “reforma estrutural” necessária para a concretização dos “valores públicos”<sup>36</sup>. Defendendo este posicionamento, Fiss afirma que seria possível observar o exercício jurisdicional (*adjudication*) no percurso histórico estadunidense sob dois pontos de vista funcionais. O primeiro,

---

<sup>31</sup> Com efeito, o autor já sustentava em meados do século passado a importância da aproximação entre o processo e seu “escopo social”, alertando o jurista dos riscos ocasionados pelo “soberbo isolamento” entre direito processual e justiça. Veja-se, CALAMANDREI, Piero. *Processo e Giustizia*. In. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1950.

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>33</sup> “Enfim, poderiam esses todos escopos ser resumidos em um único: a *justiça*. Este é o objetivo final, último e maior do processo e da jurisdição, na medida em que com a justiça deveriam o Direito, o Estado e o processo manter suas relações mais estreitas.” ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, p.38.

<sup>34</sup> Ver, SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

<sup>35</sup> Cita-se, GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

<sup>36</sup> Por todos, FISS, Owen. *The Forms of Justice*. In. *Harvard Law Review*. n.93. New Haven: Harvard University Press, 1979.

afeito ao pensamento acima referido como “clássico”, depositaria na jurisdição a função exclusiva de resolução de conflitos<sup>37</sup>. O segundo seria a “reforma estrutural”, vista pelo autor como mais compatível com o papel que deve competir à jurisdição em um cenário marcado pela prevalência da força normativa constitucional.

Para construir este raciocínio, Fiss destaca inicialmente que o processo teria como finalidade última a concretização de “valores públicos”, cabendo ao julgador atuar ativamente nesta jornada. Nada obstante, a estrutura de algumas instituições seria um obstáculo para que esses valores se materializassem, cabendo à jurisdição levar a cabo a “reforma estrutural” necessária para inverter o cenário e viabilizar as alterações desejadas<sup>38</sup>.

Sob este novo viés, por exemplo, caberia à jurisdição readaptar toda a estrutura de um espaço público para evitar uma negativa de acesso infundada a determinado cidadão (ganhando corpo especial a técnica de *structural injunctions*). Mais do que oferecer uma resposta aos litigantes, tratar-se-ia de conformar o exercício do processo aos anseios da comunidade, substanciados em valores públicos. Parece-nos nítida a aproximação entre o pensamento do autor e a lógica de “tutela” posta em termos constitucionais por Marinoni. Falando em “reforma estrutural”, porém, o que se altera é a dimensão, cambiando também o impacto a ser trazido pelo processo e a complexidade inerente ao seu agir.

### 1.2.2. A perspectiva do *law and development*: mais um possível norte teleológico

O pensamento de Fiss e sua releitura do papel da jurisdição no espaço social criam pontos de intersecção que nos aproximam, ainda que de forma silenciosa e involuntária, de outra perspectiva interpretativa que vem ganhando espaço crescente na academia jurídica e traz consigo uma nova base para a leitura funcional da jurisdição: o *law and development*. Acreditamos que o avanço dessa linha ideológica no campo jurídico pode repercutir sobre o processo, imputando-lhe mais um objetivo que se afasta da mera resolução de litígios.

---

<sup>37</sup> Vide nota 6.

<sup>38</sup> “Adjudication is the process by which the values embodied in an authoritative legal text, such as the Constitution, are given concrete meaning and expression (...) but in the civil rights era a new form of adjudication emerged. This new form of adjudication is largely defined by two characteristics. The first is the awareness that the basic threat to our constitutional values is posed not by individuals but by the operations of large-scale organizations (...) Second, this new model of litigation reflects the realization that, unless the organizations that threaten these values are restructured, these threats to constitutional values cannot and will not be eliminated.” FISS, Owen. *The Law as it could be*. p .49



Surgida especialmente na doutrina norte-americana ao longo da década de 60 do Século XX, a escola do Direito e Desenvolvimento experimentou substancial declínio após as críticas travadas por Trubek e Galanter em meados da década seguinte contra a principal linha teórica inserida na corrente desenvolvimentista (a “teoria da modernização”) <sup>39</sup>. De acordo com o próprio Trubek, contudo, o que se pretendeu não foi combater o movimento, mas expor a “auto-alienação” de alguns de seus juristas e a hipervalorização do direito ocidental que procuravam implantar <sup>40</sup>.

Sem óbice desse declínio, o movimento obteve novo fôlego ao longo da década de 90 do último século, deixando de assumir centralmente a forma da “modernização” e se dividindo em distintos núcleos com um sem número de divergências internas. Esta retomada do *Law and development* pode ser vista pela publicação recente de obras relacionadas à matéria e pela instituição de suas diretrizes como referência ideológica e curricular de cursos de graduação e pós-graduação em Direito. É o caso, por exemplo, da New York University e, no Brasil, da Fundação Getúlio Vargas.

A multiplicidade de posicionamentos hoje inseridos no *Law and development* faz com que inexista consenso sobre o que seria o desenvolvimento desejado <sup>41</sup>. Se em um primeiro momento reinava a crença de que se estava a falar de um desenvolvimento exclusivamente econômico, esta idéia foi gradativamente contraposta pela defesa de que um “desenvolvimento” verdadeiro deve possuir a melhoria das condições sociais como parâmetro. É neste segundo contexto que se insere, por exemplo, a concepção do “desenvolvimento como liberdade” que rendeu

---

<sup>39</sup> TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.

<sup>40</sup> “Em primeiro lugar, é preciso dizer que a intenção do artigo de 1974 não era, absolutamente, encerrar este campo de estudos. Sua intenção era convencer todos os pesquisadores ligados a ele a transformá-lo mais em um projeto acadêmico do que em um projeto de assistência ao desenvolvimento para torná-lo viável nas universidades norte-americanas. O projeto acadêmico (e uso a palavra “projeto” com muito cuidado) e não o campo do Direito e Desenvolvimento, nos EUA e na Europa das décadas de 60 e 70, estava estreitamente ligado aos projetos de assistência ao desenvolvimento, em sua maioria, patrocinados por fundações (fundações norte-americanas) e, em um grau muito menor, por agências governamentais. Naquela época, as instituições internacionais nada faziam no campo do Direito.” RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). O Novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek. In. *Revista Direito GV*. v.3. n.2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007. p.305-330.

<sup>41</sup> Sobre o tema, demonstrando as incertezas existentes em seu presente contexto, cita-se TRUBEK, David. SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economical Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

a Amartya Sen o prêmio Nobel de economia <sup>42</sup>.

Não são menos controversos os debates a respeito de *como* o direito seria inserido no contexto desenvolvimentista e mesmo de *qual* o direito que poderia atuar nessa jornada <sup>43</sup>. Em relação ao primeiro dos questionamentos, é debatido se a aplicação jurídica seria instrumental ao desenvolvimento ou parcela do desenvolvimento, *de per se*. No que se refere ao segundo, o pêndulo oscila entre a defesa de que o desenvolvimento passe pelo direito público ou pelo direito privado (especialmente pela questão corporativa e societária). Entre os que se enquadram no primeiro grupo, há ainda cisão entre autores que centram suas idéias no direito regulatório ou na temática dos direitos humanos. Por fim, parcela dos pensadores defende que a relação entre direito e desenvolvimento não se dá a partir de (apenas) determinadas áreas do campo jurídico, mas do próprio “império do Direito” (*rule of Law*).

Por mais que tais diferenças remanesçam, um ponto de equilíbrio pode ser identificado entre os teóricos que Davis e Trebilcock definiram como “otimistas do *Law and development*” <sup>44</sup>: a defesa de uma tênue relação entre os dois grandes postulados (Direito e desenvolvimento), apreendendo que os países em desenvolvimento ou com parcela populacional subdesenvolvida devem inclinar esforços para solucionar essa equação, cumprindo ao Direito fazer o mesmo. A perspectiva não é apenas jurídica, possuindo em sua base forte respaldo da Economia e do estudo das instituições. É nesta medida que se inserem em seu contexto temas de debate como a atuação do Poder Judiciário e sua efetividade

---

<sup>42</sup> “O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação da liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estado repressivo”. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.18

<sup>43</sup> Sobre as diversas correntes, recomenda-se DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. In. *Revista Direito GV*. Trad. Pedro Maia Soares. n.5. v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009. p.217-268

<sup>44</sup> “O amplamente noticiado ressurgimento do interesse em apoiar reformas jurídicas nos países em desenvolvimento reflete uma perspectiva fundamentalmente otimista sobre o papel do direito (e dos juristas) no desenvolvimento. Com efeito, os defensores dessas reformas são tipicamente otimistas em pelo menos três níveis. Primeiro, são otimistas ao acreditar que características específicas do sistema jurídico de um país desempenham um papel causal significativo na determinação de suas perspectivas de desenvolvimento; em suma, o direito é importante. Em segundo lugar, são otimistas quanto às possibilidades de uma reforma significativa. Em outras palavras, acreditam que os sistemas jurídicos mudam em resposta a esforços deliberados de reforma. Em terceiro lugar, são otimistas quanto à sua capacidade de identificar as reformas jurídicas que promoverão, em última análise, o desenvolvimento”. Idem. p.219

material <sup>45</sup> - o que, por mais que a relação seja pouco estudada, faz com que o processo civil possa assumir importante papel neste contexto.

Em tempo, ao se entender a aplicação jurídica como uma condição para o desenvolvimento <sup>46</sup> esse escopo seria naturalmente válido também para a jurisdição. Mais que isso, se analisada a relação pela perspectiva do “império do direito” (*rule of law* <sup>47</sup>) o projeto desenvolvimentista teria que pautar tanto a atuação da entidade judiciária quanto os procedimentos e cânones processuais, demonstrando novamente a possibilidade do processo contribuir com uma reestruturação social e dando outro passo no sentido de seu redimensionamento funcional.

### 1.2.3. Visão genérica: o Poder Judiciário e a participação em políticas públicas

Em última instância, porém, tanto a teoria de Owen Fiss quanto o potencial diálogo entre a jurisdição e o desenvolvimento fluem para uma observação mais ampla relacionada a um dos temas atualmente mais debatidos não apenas no campo do processo, mas da própria teoria geral do Direito. Trata-se da possibilidade, defendida em território nacional por Sérgio Cruz Arenhart (notadamente para o processo coletivo) <sup>48</sup>, de participação do Poder Judiciário em aspectos relacionados à aplicação, ao controle e à gestão de políticas públicas.

De maneira sumária, parece-nos que o debate deve passar tanto pelo plano da *legitimidade* quanto da *factibilidade*. Em relação ao primeiro, situam-se elementos como o cotejo entre a visão clássica de “democracia” <sup>49</sup> e a força normativa da

<sup>45</sup> De acordo com Hernando de Soto, “The legal system may be the main explanation in the difference in development that exists between industrialized countries and those that are not industrialized” e “development is possible only if efficient legal institutions are available to all citizens”. DE SOTO, Hernando. *The Other Path: The Invisible Revolutions in the Third World*. New York: Harper & Row, 1989. p.185-186

<sup>46</sup> Como demonstram Davis e Trebilcock, este ponto não é consensual, vez que “para alguns teóricos, o império do direito indica um conjunto de características intrinsecamente valiosas de um sistema jurídico, antes um fim do que um meio do desenvolvimento. Para outros, no entanto, o foco no império do direito se justifica pela noção de que o direito e as instituições jurídicas desempenham funções sociais fundamentais e que eles devem assumir uma determinada forma a fim de cumpri-las”. DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. *Obra citada*. p.230

<sup>47</sup> “Muitos otimistas assumem um ponto de vista mais holístico sobre a questão (...) esses otimistas enfocam o grau em que o sistema jurídico em geral manifesta respeito pelo “império do direito”, em vez de tratarem dos atributos de qualquer componente isolado do sistema como determinante do desenvolvimento”. Idem.

<sup>48</sup> Assim, ARENHART, Sérgio Cruz. *As Ações Coletivas e o Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário*.

<sup>49</sup> Visão clássica talhada em uma noção absoluta de “vontade da maioria”, depositando a expressão desta vontade na atividade legislativa e colocando sua intangibilidade (e a consequente incolumidade da lei) como requisito para a validade de determinada conduta à luz da estrutura democrática. Na

Constituição<sup>50</sup>, além da potencial duplicidade entre crise contramajoritária e função contramajoritária<sup>51</sup>. No que toca ao segundo, o tema se coloca devido à complexidade inerente à deliberação relacionada a políticas públicas, não raramente importando em “escolhas trágicas” (na acepção de Calabresi e Bobbit<sup>52</sup>) e colocando em cheque aspectos pendentes de valoração com um viés (também) bastante técnico.

É certo que a questão está longe de ter respostas definitivas, como provado pela contemporaneidade do embate entre Dworkin e Sunstein<sup>53</sup>, contrapondo

---

formulação de Locke, “se o legislativo ou qualquer parte dele compõe-se de representantes escolhidos pelo povo para esse período, os quais voltam depois para o estado ordinário de súditos e só podendo tomar parte no legislativo mediante nova escolha, este poder de escolher também será exercido pelo povo”. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Editora Abril, 1983. p.95.

<sup>50</sup> Com efeito, pois se a vontade temporária da maioria fosse de fato soberana não haveria razão para se cogitar de uma verdadeira centralidade ou estabilidade constitucional, na medida em que a própria vontade popular poderia prontamente alterar o disposto pela Constituição e sucessivamente lhe negar força. É o que leva Hesse, defendendo de maneira célebre a “força normativa da Constituição” ao configurá-la como uma decisão estável com carga própria de dever-ser, a afirmar que “afigura-se justificada a negação do Direito Constitucional, e a conseqüente negação do próprio valor da Teoria Geral do Estado enquanto ciência, se a constituição jurídica expressa, efetivamente, uma momentânea constelação de poder. Ao contrário, essa doutrina afigura-se desprovida de fundamento se puder admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. p.11.

<sup>51</sup> A questão é bem posta por Ely: “thus the central function, and it is at the same time the central problem, of judicial review: a body that is not elected or otherwise politically responsible in any significant way is telling the people’s elected representatives that they cannot govern as they’d like”. De fato, ao mesmo tempo que um dos principais desafios desta participação do Poder Judiciário em matérias teoricamente afeitas às demais funções estatais seria a possível ausência de legitimidade à luz de uma visão democrática majoritária, uma de suas principais funções seria precisamente assegurar a proteção contramajoritária. Cita-se, ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 4-5.

<sup>52</sup> Nas palavras dos autores, analisando a alocação de recursos orçamentários (tema comumente posto em pauta no debate relacionado a políticas públicas e participação judicial) “the distribution of some goods entails great suffering or death. When attention is riveted on such distributions they arouse emotions of compassion, outrage, and terror. It is then that conflicts are laid bare between on the one hand, those values by which society determined the beneficiaries of the distributions, and (with nature) the perimeters of scarcity, and on the other hand, those humanistic moral values which prize life and well-being”. CALABRESI, Guido. BOBBITT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W Norton & Company, 1978. p.18

<sup>53</sup> Com efeito, enquanto o primeiro identifica feição benéfica no *judicial review*, colocando-o como vetor contributivo para um modelo Democrático verdadeiramente Constitucional, o segundo vem emoldurando ao longo de anos a partir de noções como “constituição parcial” e “consenso incompleto” sua teoria do “minimalismo judicial”, hoje compilada em “*One Case At a Time – Judicial Minimalism on the Supreme Court*” e diametralmente oposta. Em síntese, para Dworkin este fenômeno traria uma efetiva readequação entre Democracia e Constituição, de modo que ““democracy means government subject to conditions – we might call these “democratic” conditions – of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better. The democratic

liberalismo igualitário e republicanismo em duas visões que já inspiraram o nosso Supremo Tribunal Federal<sup>54</sup>. Ingressar detidamente no debate seria um desafio ao bom senso acadêmico, pois suas implicações e peculiaridades exigem que qualquer estudo que se debruce sobre o tema o faça de forma exclusiva. Não obstante, o que podemos pontuar é que em nossa realidade, acertadamente ou não, esta participação do Poder Judiciário em políticas públicas e a consequente dilatação funcional da jurisdição já ocorrem. De fato, além de o próprio Supremo Tribunal Federal realizar periódica e confessadamente esta atividade, é cada vez mais comum a proliferação de demandas versando a respeito de temas como fornecimento de medicamentos ou criação de vagas em creches. O debate doutrinário segue vivo, mas no mundo dos fatos a judicialização é realidade crescente.

---

conditions plainly include, for example, a requirement that public offices must in principle be open to members of all races and groups on equal terms. If some law provided that only members of one race were eligible for public office, then there would be no moral cost – no matter for moral regret at all – if a court that enjoyed the power to do so under a valid constitution struck down that law as unconstitutional. That would presumably be an occasion on which the majoritarian premise was flouted, but though this is a matter of regret according to the majoritarian conception of democracy, it is not according to the constitutional conception”. Já Sunstein, sinalizando a aplicabilidade de sua visão à atuação processual, expõe que “in its procedural form, judicial minimalism consists of an effort to limit the width and depth of judicial decisions. Thus understood, minimalism has distinctive virtues, especially in a heterogeneous society in which reasonable people often disagree. When judges lack, and know they lack, relevant information, minimalism is an appropriate response. Sometimes, judicial minimalism is a reasonable or even inevitable response to the sheer practical problem of obtaining consensus amid pluralism. Within the Supreme Court, as within other institutions, this problem produces incompletely specified abstractions and incompletely theorized, narrow rulings. And sometimes minimalism is a way for people who disagree to show one another mutual respect.” Cita-se, DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading and the Majoritarian Premise*. In. KOH, Harold Hongju. SLYE, Ronald C. *Deliberative Democracy and Human Rights*. Chelsea: Bookcrafters, 1999. p.96. SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999. p.259.

<sup>54</sup> Ao mesmo tempo em que este dado revela a relevância dos dois autores em nossa realidade, também é necessário observá-lo com o alerta de que em um curto espaço de tempo nossa Corte Constitucional se postou de maneiras substancialmente diversas a respeito de seu próprio papel. De fato, pois no célebre caso envolvendo a extradição de Cesare Battisti decidiu-se que “o Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, in casu, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule” ((Rcl 11243, Rel.Min.GILMAR MENDES. Rel. p. o Acórdão. Min. LUIZ FUX. Julgamento em 08/06/2011), mas ao deliberar a respeito da possibilidade de união homoafetiva fundamentou sua intervenção ativa ao sustentar que “não se pode ceder, no caso, a considerações de ordem moral, exceto por uma, que, ao revés, é indispensável: todos os indivíduos devem ser tratados com igual consideração e respeito. É esta a base da leitura moral da Constituição propugnada por Ronald Dworkin (,,,) que, mesmo tecendo argumentos sobre o constitucionalismo nos EUA, formula assertivas perfeitamente aplicáveis ao direito constitucional brasileiro” ((ADPF 132/RJ, Rel.Min.AYRES BRITTO. Julgamento em 05 de maio de 2011. Trecho extraído do Voto do Min. LUIZ FUX).

### 1.3. Sintetizando: o processo civil contemporâneo e sua complexidade funcional

Abreviando o que foi visto até aqui, notamos que historicamente o processo civil possuiu como objetivo central a *resolução de litígios*. É este o desiderato que segue regularmente inserido em sua base, servindo como fio condutor da disciplina tanto em salas de aula quanto em livros e manuais. Entretanto, o significado social desta “resolução” se alterou substancialmente. Se em um momento anterior bastava uma mera declaração da lei via subsunção, as modificações da moldura e das funções estatais fizeram com que se passasse a inserir nesta função um verdadeiro trabalho de proteção do direito material. Mais que isso, sustenta-se que esta “tutela” deve se dar em conformidade com a axiologia constitucional, construindo um cenário cuja natureza desafiadora é acentuada pela constante inclusão da “celeridade” na ordem do dia <sup>55</sup>.

Além disso, também vimos que há a tendência atual de imputar à jurisdição novos objetivos mais amplos e que (ao superar a lógica clássica de lide) também colocam um novo nível de dificuldade à atuação do julgador. Nos dois casos, ainda, é preciso reconhecer que tópicos como a percepção de que o papel de boca-da-lei é inviável e o constante conflito entre princípios fundamentais fazem com que a concretização dos objetivos do Poder Judiciário seja crescentemente mais árdua. Se Dworkin delineou “Hércules” para fundamentar sua teoria da decisão, certamente não foi por acaso.

Em um percurso alinhado aos objetivos estatais globais e aos custos de legitimação da atividade administrativa, assim, a jurisdição contemporânea convive com um feixe funcional múltiplo e complexo. Múltiplo, pois composto por elementos dissociados e com diferentes impactos no espaço social. Complexo, porque a concretização de cada uma dessas funções passa por reflexões e exames profundos e respostas de difícil composição. Isto vale, inclusive, para o desempenho da função pacificadora tradicional.

Com este quadro, é certo que a atividade judicatória ganhou uma nova dimensão e o Poder Judiciário um novo desafio. O contexto e as suas peculiaridades nos fazem arguir se o próprio modelo brasileiro de unificação e homogeneização do exercício jurisdicional por meio do processo civil é o mais adequado, ou se não seria

---

<sup>55</sup> Com efeito, a Emenda Constitucional nº45/2004 conferiu papel de destaque à questão da celeridade processual, fazendo constar no art.5º, inc.LXXVIII, de nosso texto constitucional que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

possível reler os chamados “meios alternativos de resolução dos litígios” - questionando se não poderiam (mediante uma guinada em sua ideologia e em sua estrutura) tornarem-se aliados do Estado para o manejo das complexas finalidades jurisdicionais. Para os fins aqui objetivados, entretanto, o que se almeja é firmar como premissa que esta perspectiva teleológica se dilatou e segue se dilatando qualitativa e quantitativamente, impondo ao teórico da disciplina olhares mais amplos que aqueles íntimos ao processo civil clássico.

## **2. Das funções à estrutura processual**

Assim, há insuficiência em afirmar de forma simplista que o processo civil possui natureza “instrumental” sem que se investigue quais os objetivos a que deve servir como instrumento. E esta construção revela uma substancial diferença entre o período liberal e o contexto contemporâneo. Tal alteração funcional, reflexo das mudanças no Estado e no direito material, tem sido gradativamente incutida em nossa doutrina<sup>56</sup>, sustentando-se que atualmente o processo não deve estar restrito à resolução de litígios mediante a declaração da lei ao caso, pois ao menos a tarefa de pacificação pontual (mesmo quando mantida com exclusividade) seria atrelada a uma satisfação material efetiva.

Não obstante, como brevemente sinalizado, esta revisão funcional tem de impor igual procedimento no campo estrutural. O destaque para o processo de objetivos dissociados da declaração, abrindo azo para metas como a “tutela de direitos”, a “reforma estrutural”, a “justiça” e o “desenvolvimento”, exige que as normas e as instituições processuais se adaptem para cumprir os novos fins – visivelmente mais complexos. Este fator se torna ainda mais acentuado considerando que durante as últimas décadas nosso processualista tem se preocupado em viabilizar novos mecanismos de “acesso à justiça”, culminando no aprimoramento das defensorias públicas, na instituição de juizados especiais e na consolidação do benefício da assistência judiciária gratuita. A preocupação é correta e compatível com a axiologia constitucional, passando por tópicos que há mais de

---

<sup>56</sup> É o que se vê, por exemplo, no pensamento de Sérgio Cruz Arenhart, que adota a readaptação do processo aos novos tempos como pedra de toque. Também é o caso de Fredie Didier Jr., cuja obra tem contribuído substancialmente para a reaproximação entre direito processual civil e direito material, notadamente a partir do exame dos institutos deste último. Na mesma quadra inserimos as ideias de Daniel Francisco Mitidiero, com sua constante preocupação em encartar o processo no contexto estatal, permitindo, conseqüentemente, a percepção de que as alterações nos cânones do Estado importam em uma nova leitura dos postulados de atuação processual. Igualmente, o fundamento é basal ao pensamento de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, fazendo-o vislumbrar as ações coletivas como mecanismo capaz de atingi-lo de forma mais eficiente (e consentâneo à realidade). Por fim, vale mencionar como último exemplo as teorizações de Luiz Guilherme Marinoni, possivelmente o maior responsável pela introdução na doutrina brasileira da “visão constitucional” do processo, apreendendo o realinhamento que esta guinada impõe em seus conteúdos. Cita-se, ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo – Panorâma Doutrinário Mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*.



um século já preocupavam Calamandrei<sup>57</sup>. Porém, é sentido que esta facilitação de oferta tende a gerar um aumento de procura, novamente majorando a complexidade da disciplina.

Ocorre que a doutrina processual civil brasileira é marcada por uma maior apatia neste aspecto<sup>58</sup>, sendo escassas as tentativas de reler o processo de maneira ampla e de reconstruir seus princípios gerais e seus cânones clássicos de atuação. Por mais que o trabalho pontual venha sendo desempenhado em algumas frentes, muito de nossas instituições processuais ainda se confunde com as teorizações “clássicas”. Mais que isso, não é incomum que anacronicamente os próprios autores clássicos sejam utilizados como argumento de autoridade para obstar o progresso<sup>59</sup>, em equívoco supressor do debate denunciado por Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wang<sup>60</sup>.

Este cenário pode ser explicado em boa conta pela incapacidade do jurista brasileiro de romper com dogmas por si alicerçados. Adicionalmente, não é demais imputar parcela do problema à quase submissão comumente verificada em nosso direito processual civil diante do processo italiano. Sobre o tema, vale a formulação neste *chapeau* de um simples lembrete: por mais que alguns dos mais brilhantes pensamentos do processo sigam brotando da Itália, o processo civil italiano não

---

<sup>57</sup> O autor afirma, por exemplo, que “even in the administration of justice there is a real danger that the poor man will find himself at the same disadvantage that his lot wherever the democratic system protects only his political and civil liberties, which are the common possession of all citizens. For the man who lacks the economic means necessary for making these liberties a reality, are often nothing but an unfilled promise (...) the problem of defending the poor, which is actually the problem of creating an effective equality between the parties in the judicial process, has not yet found a satisfactory solution.” CALAMANDREI, Piero. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956. 89-94

<sup>58</sup> Com efeito, a apatia aqui sinalizada se dá pela incomum percepção de que, mais que reler determinados institutos processuais, o redirecionamento funcional do direito processual civil faz necessária a readaptação global da disciplina, sob pena de propiciar sua configuração como obsoleta.

<sup>59</sup> Neste ponto, é exemplificativo o debate que se formou na doutrina brasileira em relação à natureza dos provimentos cautelares – leia-se, da tutela cautelar – e de sua eventual coincidência com a técnica de antecipação de tutela. A citação é válida pois, ainda hoje, há quem afaste a distinção entre os institutos (clarificada pela visão material de tutela cautelar, desenhada por Pontes de Miranda) apoiando-se no pensamento de Calamandrei e apresentando-o como argumento de autoridade inquestionável. Nada obstante, por mais que as idéias de Calamandrei sejam brilhantes ao seu tempo, o processo, ao longo de mais um século que desde ali transcorreu, passou por modificações que não mais propiciam a adoção do autor como referente inafastável. Sobre o tema, cita-se CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936. e SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar*. vol.3. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

<sup>60</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de idéias. In. *Revista Direito GV*. n.11. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010. p.95-118.

pode servir como amarra à criatividade doutrinária, tampouco como projeto insubstituível.

Com este pano de fundo, é natural que o processo assuma feições de crise como aquelas hoje existentes: criam-se expectativas maiores sobre sua atuação, mas sem a alteração estrutural voltada a viabilizar o cumprimento destes objetivos. Em síntese, de nada serve um processo marcado por promessas se a sua materialização é inviável. É este o risco com que acreditamos que a disciplina convive contemporaneamente, pois sem que se reveja sua atuação globalmente (cientificando-se de seu cenário prático) é improvável que sua carga teleológica possa ser razoavelmente desempenhada. No presente capítulo pretendemos apresentar algumas vias em que este rearranjo estrutural tem se tornado obrigatório para que a efetividade possa ser vislumbrada.

### *2.1. A regra procedimental, os princípios processuais e o Judiciário – A necessidade de revisão institucional*

Para que o processo desempenhe seus novos papéis, desta feita, é irremediável a adaptação de sua estrutura, adequando-a às alterações de feição dos objetivos da jurisdição. Surge com isso a necessidade de uma verdadeira recomposição das instituições processuais – aqui encartadas como “regra procedimental”, “princípios processuais” e “Poder Judiciário”<sup>61</sup>.

Em relação à primeira das instituições, não restam dúvidas de que o processo possui em sua base um procedimento, como demonstra Fazzalari<sup>62</sup>. Para José Frederico Marques, o procedimento processual designaria “a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos

---

<sup>61</sup> As “instituições” aqui instrumentalmente eleitas como centrais ao processo possuem respaldo no conceito de “instituição” trabalhado por Douglass North, para quem “institutions are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g. rules laws, constitutions), informal constraints (e.g. norms of behaviour, convention self-imposed codes of conduct), and their enforcement characteristics”. Nada obstante, não se trata de adotar a posição do autor no vivo debate existente no campo econômico a respeito do institucionalismo e da percepção do que seriam as “instituições”, mas apenas de oferecer substrato mínimo à análise estrutural do direito processual. Cita-se, NORTH, Douglass. *Economic Performance Through Time*. In. *The American Economic Review*. n.84. Pittsburgh: American Economic Association, 1994. p.359.

<sup>62</sup> Notadamente porque, seja no bojo das idéias de Fazzalari, seja entre os teóricos que sustentam a manutenção da noção de “relação jurídica processual”, não há alternativa diversa da admissão de que o processo possui em sua estrutura interna um procedimento, cambiando-se o pensamento apenas no que se refere à suficiência de tal procedimento ser qualificado pelo contraditório. Cita-se, FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1996.

do processo”<sup>63</sup>, ou seja, ditaria o ritmo e os mecanismos essenciais à materialização do exercício jurisdicional.

Como afirma Calamandrei, a crença em uma possível “segurança” fez com que esse procedimento processual civil tenha sido delineado de maneira formal<sup>64</sup>. Esta característica é marcante no “sistema hierárquico” de Damaska, refletindo em dados como a prevalência da forma escrita sobre a forma oral, a pré-estipulação de ritos imutáveis<sup>65</sup> e a separação estanque entre julgadores (profissionais) e leigos<sup>66</sup>. Ocorre que o próprio Calamandrei ressalta que uma forma incompatível com sua função representará formalismo<sup>67</sup>. Além disso, no “modelo hierárquico” de Damaska entre a realidade do caso ou a subsunção a *standarts* pré-estabelecidos (regras) a decisão deveria privilegiar o segundo dado<sup>68</sup>. E essa não parece ser a postura condizente com o papel que se espera que o processo civil contemporâneo desempenhe para acertar litígios (protegendo efetivamente o interesse substantivo) ou (e menos ainda) com as funções diversas da resolução de casos que se pretende lhe imputar. Realmente, muito do procedimento que temos hoje se transformou em formalismo e, para que o processo seja efetivo, deve ser reconsiderado<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p.31.

<sup>64</sup> “La razón por la que en todos os tiempos se ha sentido la necesidad de imponer una minuciosa disciplina jurídica a este diálogo entre hombres, al cual, en sustancia, se reduce todo proceso, debe buscar-se en la especial naturaleza de la providencia a la que están preordenadas todas las actividades procesales. Carácter esencial del derecho es la certeza (...) pero, a su vez, esta certeza no existiría si el individuo que pide justicia no supiera exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. p.321.

<sup>65</sup> DAMASKA, Mirjan. *Obra citada*. p.47-56

<sup>66</sup> DAMASKA, Mirjan. *Obra citada*. p.18-19.

<sup>67</sup> “La historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función (...) como fin en si mismas; así, a veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia degenera en *formalismo* y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. p.322.

<sup>68</sup> De fato, descrevendo o parâmetro de decisão no âmbito do “sistema hierárquico” o autor aponta que, havendo ali possível conflito entre a resposta afeita à realidade do caso e o *standart* normativo, “the standart must be applied, event if it produces negative results”. DAMASKA, Mirjan. *Obra citada*. p.22.

<sup>69</sup> Foi nesta linha de flexibilização, por exemplo, que Antonio do Passo Cabral demonstrou a inadequação do atual critério existente para definição das nulidades processuais e que Luiz Guilherme Marinoni teorizou sobre a técnica de antecipação de tutela. Também aqui, identifica-se a defesa de Sérgio Cruz Arenhart da revisão da amarra do juiz à demanda e, à época, a explanação de Alcides Munhoz da Cunha sobre as cautelares inominadas. Cita-se, CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. ARENHART, Sérgio Cruz. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 587-603. CUNHA, Alcides Alberto Munhoz. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

A mesma necessidade de revisão vale para os princípios e garantias processuais. Tratando-se de cargas em grande medida valorativas, seu preenchimento hermenêutico deve adaptá-las ao novo contexto. Foi o que ocorreu com o “acesso à justiça”, que a partir das teorizações de Cappelletti e Garth ganhou novo conteúdo e relevância especial no estudo do processo civil. Com o mérito de fundirem a vivência e a experiência pessoal de países com culturas, sistemas e perspectivas diversas os autores comprovaram que o conteúdo normativo atual do “acesso à justiça” não se confunde com aquele vigente no contexto liberal-burguês, em que se encerrava na prerrogativa do indivíduo de levar seu direito ao Judiciário<sup>70</sup>. Atualmente, a materialização do direito impõe a adoção de medidas estatais capazes de efetivamente trazer ao sujeito a melhoria concreta decorrente do postulado da “justiça”<sup>71</sup>. A garantia/ princípio seria o mesmo, mas seu conteúdo teria sofrido considerável mutação.

O cenário não muda quando se analisa o Poder Judiciário, terceira das instituições encartadas no estudo e responsável por atuar o processo. Por força de sua própria característica organizacional, a análise desta instituição se desdobra em duas frentes. De um lado, é preciso investigar a capacidade institucional do Poder Judiciário de desempenhar os escopos do processo civil contemporâneo. De outro, a mesma avaliação deve ser feita em relação aos seus agentes, responsáveis por ultimar a função judicatória.

Este segundo aspecto é mais trabalhado pela moderna doutrina processual civil brasileira. O papel do julgador enquanto agente constitucional é amplamente

---

<sup>70</sup> Já na introdução do trabalho, referente inafastável para o estudo do tema, os autores destacam que “o conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais “burgueses” (...) significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (...) os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população.” CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988. p.9-10.

<sup>71</sup> “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade (...) não é surpreendente (...) que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção (...) De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (...) seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. Idem. p. 10-12.

relido, por exemplo, por Luiz Guilherme Marinoni<sup>72</sup>. Também são comuns os estudos referentes aos seus poderes ao longo do tempo, na linha de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>73</sup>. Em todos os itens, o que se vê é que o magistrado *bouche de la loi* existente ao tempo do Estado Liberal e das teorizações clássicas da jurisdição não possui compatibilidade com o espaço contemporâneo, e sequer seria desejável para que o processo pudesse se fazer verdadeiramente efetivo.

A observação orgânica do Poder Judiciário e de sua compatibilidade com os novos traços funcionais do processo é menos comum, mas não menos relevante. Realmente, a propagada ruptura com a postura liberal clássica impulsiona o Poder Judiciário a afiançar a roupagem de suas funções, o que depende de uma reflexão interpretativa mais complexa e detalhada, como firmado por Fiss ao fundamentar sua “reforma estrutural”<sup>74</sup>. Ato contínuo, é preciso conferir possibilidades institucionais de que esta missão seja cumprida, assegurando que, se esperamos que o magistrado atue como “agente constitucional”, permita-lhe se valer dos recursos físicos e materiais para tanto.

## 2.2. Os “custos do processo” como baliza inarredável

Vê-se assim que o ganho de complexidade funcional do processo deveria repercutir em sua estrutura, assegurando sua adaptação. A correlação é franca, razão pela qual para que uma das pontas se modifique sem que se perca a efetividade da jurisdição é preciso que a outra atue no mesmo sentido. Relidas suas funções, o processo deve se reinventar para manter o toque da instrumentalidade.

Ocorre que, conforme pensamento consagrado por Milton Friedman, não

---

<sup>72</sup> “Dizer que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e de direitos fundamentais.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p. 97-98

<sup>73</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>74</sup> É o que leva o autor, por exemplo, a afastar o acerto das decisões decorrentes de juízos quase-automáticos prolatados em ambientes de dispersão de responsabilidade (\*consequência de uma burocratização exacerbada do exercício jurisdicional). Não é por outra razão, deste modo, que Fiss propõe um controle da burocracia, compreendendo sua inevitabilidade, mas destacando os perigos que pode trazer à jurisdição. Cita-se, FISS, Owen. *The bureaucratization of the Judiciary*. In. *Yale Law Journal*. n.92. New Haven: Yale University Press, 1983.

existe almoço grátis <sup>75</sup>. Como dito, a expectativa de um trabalho reflexivo mais detalhado por parte do magistrado pressupõe que lhe sejam dadas condições materiais de desempenhá-lo, mas a nova roupagem do Poder Judiciário não pode negligenciar suas limitações estruturais e orçamentárias. Ainda que o finalismo sirva como horizonte, condicionando a estrutura, há limitações como os custos do processo que devem ser relevadas neste jogo reinterpretativo.

Recuando um passo para que se permita o posterior avanço, é preciso lembrar que até hoje foi pequena a preocupação do processualista brasileiro com este tópico. O debate sobre os “custos do direito”, na verdade, é relativamente recente mesmo no âmbito do direito material, tendo aquele que talvez seja seu principal referente na obra (já célebre) *The Cost Of Rights*, de autoria de Stephen Holmes e Cass Sunstein <sup>76</sup>.

Em suma, os autores sustentam que inexistente direito sem que haja custos inerentes à sua efetivação. Com esta conclusão, desmistifica-se a crença no caráter exclusivamente negativo dos “direitos de liberdade” (ou direitos de primeira geração), no que se inclui a propriedade. Ainda que referidos direitos não fossem preponderantemente prestacionais (como são aqueles denominados “de segunda geração”) os atos de fiscalizar sua efetivação e de reparar e corrigir suas eventuais distorções trariam custos ao Estado <sup>77</sup>. Há sempre uma conta, com a qual alguém (leia-se, os contribuintes) terá que arcar.

Sob este ponto de vista, o embate entre liberais e welfaristas no que se refere a aspectos como prestação de direitos e tributação se coloca em uma nova trilha, esvaziando argumentos parciais até então utilizados por componentes de ambos os pólos. O discurso conservador radical antitributos não poderia mais se sustentar sem que se abdicasse de uma integral proteção dos direitos negativos, ferindo um postulado liberal máximo. Por outro lado, os defensores do *welfare* têm subtraída a possibilidade de se colocarem como os únicos a investir o orçamento na

---

<sup>75</sup> Conforme afirmação do próprio teórico - ganhador do prêmio Nobel de Economia e um dos mais influentes do último século – a frase não é de sua autoria, por mais que, ao adotá-la como título de uma de suas mais célebres obras, tenha contribuído para eternizá-la. Cita-se, FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. LaSalle: Open Court, 1975.

<sup>76</sup> HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 2000.

<sup>77</sup> “No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claim to an affirmative governmental response (...) judicial accessibility and openness to appeal are crowning achievements of liberal state-building (...) to the extent that rights enforcement depends upon judicial vigilance, right costs, at a minimum whatever it costs to recruit, train, supply, pay, and (in turn) monitor the judicial custodians of our basic rights”. Idem. p.44-45. .

oferta de direitos à população, pois mesmo a efetivação dos direitos não-prestacionais dependeria de disponibilização orçamentária.

A teoria de Holmes e Sunstein impactou na doutrina jurídica, encontrando respaldo no direito brasileiro, por exemplo, nas ideias de Gustavo Amaral<sup>78</sup> e de Flávio Galdino<sup>79</sup>. A concepção de que a efetivação dos direitos envolve alocações orçamentárias, quaisquer que sejam eles, dá sentido vigente às antes mencionadas “escolhas trágicas” de Guido Calabresi e Phillip Bobbit<sup>80</sup>. O “cobertor” governamental é curto, sendo seu orçamento insuficiente para assegurar a concretização integral de todos os direitos e garantias que dele se espera<sup>81</sup>.

Um exemplo de aplicação deste raciocínio pode ser identificado nas demandas individuais constantemente propostas para instar o Poder Público ao fornecimento de medicamentos. Nestes casos, por mais que se coloque aos olhos estatais uma questão que envolve um dos direitos fundamentais mais caros ao sistema constitucional – a saúde –, um enfoque que releve a escassez de recursos pode demonstrar que a resposta a ser dada em nada é simples ou exata.

Retornando ao campo processual com os novos olhares trazidos pela concepção dos custos do direito, nota-se que esta baliza também impõe limitações objetivas ao processo. Por mais que a partir de seu traço funcional contemporâneo se revelasse ideal que cada magistrado analisasse mensalmente um único litígio ou que figuras como a assistência judiciária fossem absolutas, estes aspectos, apreendidos os custos do processo, não são factíveis. O ente estatal é obrigado a arcar com as despesas advindas da instituição judiciária e da efetivação normativa<sup>82</sup>. Como o Estado não presenteia, é a própria comunidade que em última instância

<sup>78</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>79</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

<sup>80</sup> Vide nota 52.

<sup>81</sup> “A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés”. CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.36

<sup>82</sup> “The constitutional right to due process – like the private right to bring an action in contract or tort – presupposes that, at the taxpayer’s expense, the state maintains and makes accessible complex and relatively transparent legal institutions within which the cumbersome formalities of fair, public, and understandable adjudication occur (...) giving citizens access to courts and other adjudicative forums is not like giving them access to natural harbors and navigable waters, because the government must not be only brush aside hindrance to access, but must actually create the institutions to which access is being granted”. HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *Obra citada*. p.53-54.

acaba indiretamente suportando tais custos, o que sempre trará limites à sua atuação.

Com este entendimento, para cada demanda frívola em que há concessão do benefício da assistência judiciária, haverá, também, uma comunidade sendo indiretamente lesada pela obrigatoriedade de arcar com os custos da litigância. Para cada disputa judicial que possa envolver aspectos de menor relevância social, haverá um magistrado estável e bem remunerado que, no exato momento em que aprecia a demanda, poderia estar dedicando seu tempo a litígio mais complexo ou envolto de maior interesse público. Em suma, para cada escolha adotada no campo do direito processual haverá prejuízos e sacrifícios, não existindo meios de excluir da disciplina a baliza ditada por seus custos. A adaptação das instituições processuais aos fins da jurisdição não pode desconsiderar este elemento, devendo com ele também se conjugar no caminho de formação do processo adequado.

### *2.3. Um processo efetivo não é apenas jurídico*

O presente contexto do processo civil é, assim, marcado pelo atrito entre a complexidade das funções jurisdicionais e os limites inerentes à sua materialização. A reestruturação das instituições processuais deve ponderar as duas ordens de fatores, sob pena de (ignorando as finalidades) incorrer em inefetividade e formalismo ou (desconsiderando as condições objetivas de atuação) romper com a factibilidade e gerar um processo sem concretude material.

Ocorre que neste trabalho reinterprelativo, em que se inserem aspectos como a estruturação do Poder Judiciário e a eficiência na alocação de seus recursos, os discursos do jurista não são suficientes. Para que a jurisdição otimize sua atuação são precisos novos instrumentos. Com esta leitura, propõe-se aqui a adoção de três ferramentas ainda pouco exploradas pelo processualista brasileiro, mas capazes de trazer incrementos à matéria: a gestão, o panprocessualismo e a economia.

Em relação ao primeiro dos itens, por mais que o tema da gestão do Poder Judiciário componha objeto de estudo de determinados centros e núcleos, como o Centro de Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação



Getúlio Vargas<sup>83</sup>, a matéria ainda não mereceu a devida atenção de nossa doutrina processual. Pouca preocupação foi dada a tal aspecto, não se usufruindo dos benefícios que sua leitura interdisciplinar possivelmente teria a oferecer.

Em verdade, concebendo um Poder Judiciário conteudístico - isto é, tão responsável quanto os demais poderes pela efetivação da carga constitucional e dos valores públicos - e ao mesmo tempo entendendo suas limitações, não há viabilidade em defender seriamente um projeto de concretização de seus objetivos sem que se pense a estrutura da instituição em termos de gestão. Questões como metas qualitativas, *stands* de eficiência, medidas de responsabilização e válvulas de controle devem necessariamente ingressar no debate relacionado à jurisdição e seu exercício<sup>84</sup>.

Negligenciando este dado, o atual contexto brasileiro apresenta um histórico de medidas adotadas sem a preocupação com a totalidade dos elementos do processo - ou seja, polarizadas em um problema pontual e não na matéria em sua perspectiva macro. Com isso, o máximo que se pode obter é uma resposta paliativa à sociedade leiga, mas não uma melhoria concreta na atuação processual ou uma reformulação capaz de servir à conjugação entre finalidades e possibilidades da jurisdição. Prova disso é obtida pelo exame do mais emblemático programa de gestão instituído recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça para o Poder Judiciário: a chamada “Meta 2”.

Em linhas gerais, a aludida “Meta” vem consistindo na imposição de que até um marco temporal seja julgada determinada fração das demandas propostas em momento anterior a uma data pré-fixada. Neste esteio, por exemplo, o objetivo da “Meta 2” em 2009 era que ao longo do ano fossem julgados todos os processos distribuídos até a data de 31 de dezembro de 2005 – fórmula quantitativa que desde

---

<sup>83</sup> De fato, aproveitando-se da simbiose natural que decorre da tradição de seu curso de Administração e do caráter recente de suas faculdades de Direito – bem como da expressa adoção do *law and development* como referente teórico – a Fundação Getúlio Vargas tem se caracterizado pela oferta de especial atenção ao aspecto administrativo-organizacional do Poder Judiciário. Neste sentido, além do citado centro de estudos é merecedora de citação a publicação trimestral, pela FGV-SP, do chamado ICJ (Índice de Confiança no Judiciário), o qual reflete de maneira estatística aspectos essenciais à compreensão e à atuação jurisdicional.

<sup>84</sup> Discorrendo sobre a “nova gestão pública” (“NGP”) e demonstrando suas possibilidades e postulados para a reforma administrativa do Estado, Luiz Villanueva tece considerações válidas para o presente estudo, destacando que “la NGP (...) pretende ser una propuesta estructural y directiva de gobierno y de AP con base teórica y no una situación organizativa que se afirma y propaga por la fuerza de los gobiernos (...) La NGP no se entiende ni se afirma solo como un hecho administrativo, sino como una forma fundada de organización pública”. VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *Gobernanza y Gestión Pública*. Mexico D.F: Fondo de Cultura Económica, 2006. p.218-219.

então vem sendo anualmente reeditada<sup>85</sup>. Nos dizeres do próprio CNJ, a medida serviria como figura voltada à obtenção de “efetividade” em nosso Poder Judiciário<sup>86</sup>.

A falha do programa no combate à crise judiciária é nítida, pois sua estrutura não possui qualquer preocupação com o aspecto qualitativo da decisão e com o cumprimento de suas finalidades. Desta forma, deixa-se de lado um elemento indispensável à real “efetividade”, além de se impor ao magistrado a obrigatoriedade de decidir um número incerto de processos em um lapso temporal curto, impedindo-o de atuar reflexiva e interpretativamente na construção da sentença<sup>87</sup>.

Ainda em relação às falhas de gestão de nosso Poder Judiciário, não é demais noticiar que, conforme veiculado pelo periódico Folha de São Paulo, em 17/09/2010, relatórios do Conselho Nacional de Justiça demonstram que o número de ações em trâmite no território nacional no ano de 2009 suplantou em 23,5% os dados apresentados em 2008. Como exposto na mesma ocasião, contudo, o Brasil possui uma média de 8 magistrados para cada 100 mil habitantes e este índice (bastante inferior àquele existente nos sistemas judiciais mais efetivos) não vem

---

<sup>85</sup> Neste sentido, a “Meta 2” estipulada para o ano de 2012 foi “julgar, até 31/12/2012, pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2007, no STJ; 70%, em 2009, na Justiça Militar da União; 50%, em 2007, na Justiça Federal; 50%, de 2007 a 2009, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2008, na Justiça do Trabalho; 90%, de 2008 a 2009, na Justiça Eleitoral; 90%, de 2008 a 2010, na Justiça Militar dos Estados; e 90% em 2007, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º Grau da Justiça Estadual”. Já para o ano de 2013, o Conselho Nacional de Justiça definiu como “Meta 2” “Julgar, até 31/12/2013 pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2008 no STJ; 70%, em 2010 na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais e no 2º Grau da Justiça Estadual”.

<sup>86</sup> Nos termos constantes do sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, a Meta 2 teria como escopo Identificar os processos judiciais mais antigos e adotar medidas concretas para o “julgamento de todos os distribuídos até 31.12.2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores)”. “O objetivo é assegurar o direito constitucional à “razoável duração do processo judicial”, o fortalecimento da democracia, além de eliminar os estoques de processos responsáveis pelas altas taxas de congestionamento. Neste sentido, os tribunais e associações sob a coordenação do Conselho Nacional de Justiça, criaram a campanha “Meta 2: bater recordes é garantir direitos”. Trata-se de um desafio que o Judiciário deve superar e um serviço que a sociedade merece receber.” (grifou-se). CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Meta 2. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metasp/planificacao-de-nivelamento-2009/meta-2>>. Acesso em 20 de julho de 2011.

<sup>87</sup> Não é demais afirmar, como sinalizou na condição de presidente da AMAPAR o Des. Miguel Kfourri Neto em entrevista ao periódico Gazeta do Povo, que a “Meta 2” demanda um “Juiz Máquina”. Realmente, ao impor que o magistrado sentencie um agrupamento de processos, sem se importar com a peculiaridade de cada caso ou mesmo com a quantidade de decisões que essa normativa importa, estabelece-se exigência incompatível com um processo minimamente reflexivo, abdicando do incremento qualitativo que ele pode trazer. Cita-se, DIAS, Vinicius André. TJ Radicaliza para cumprir metas. Gazeta do Povo, Curitiba. 28 de agosto de 2009. Seção Justiça. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaacidadania/conteudo.phtml?id=918953>>. Acesso em 22 de julho de 2011.

acompanhando o crescimento da quantidade de demandas <sup>88</sup>.

A proporção de magistrados não condiz com a constante defesa doutrinária de um maior acesso aos Tribunais, tampouco com o propagado “combate” à morosidade judicial (adotado pelos relatores do nosso anteprojeto de Código de Processo Civil como panacéia <sup>89</sup>). Isso faz com que esses discursos sejam desatentos à realidade e infactíveis, evidenciando que um olhar para a gestão administrativa da instituição judiciária é imprescindível para que as releituras e reformas do processo conjuguem corretamente a equação entre finalidades e limitações.

Mais que isso, falar em gestão do Poder Judiciário é se colocar em frente a uma realidade multifacetária. Por um lado, suscita-se a gestão institucional do Poder Judiciário, passando por dados como o critério de seleção e a preparação de seus agentes. Por outro, refere-se às possibilidades de gestão da atividade fim; do próprio exercício da jurisdição. É nesta última esfera que se insere o segundo instrumento colocado acima como ferramenta de interpretação no quadro complexo da disciplina processual civil contemporânea: o panprocessualismo.

Em linhas gerais, a idéia de panprocessualismo, recentemente defendida em especial por Remo Caponi, consubstancia a necessidade de que ao julgar o magistrado não possua em mente apenas o caso que se encontra em suas mãos, mas a totalidade de litígios em curso perante o Poder Judiciário <sup>90</sup>. Sob este prisma, por exemplo, o tempo de análise adequado para um processo deve ser aquele que não comprometa o julgamento das demais demandas, além de dever culminar em tratamento semelhante àquele dado a casos similares <sup>91</sup>.

Assim, é constante na base do pensamento panprocessual - teorizado na

---

<sup>88</sup> SELIGMAN, Felipe. 71% das ações judiciais propostas em 2009 não foram decididas, diz CNJ. Folha de São Paulo, São Paulo. 17 de setembro de 2010. Seção Poder. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/798566-71-das-acoes-judiciais-propostas-em-2009-nao-foramdecididas-diz-cnj.shtml>>. Acesso em 18 de julho de 2011.

<sup>89</sup> Conforme matéria veiculada pelo sítio eletrônico do Senado Federal, em entrevista concedida o então “Coordenador da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil (CPC)” e “ministro Luiz Fux” afirmou “que o alvo mirado foi a “tormentosa” morosidade da justiça brasileira.” Cita-se, BRANDÃO, Gorette (Agência Senado). *Reforma do CPC mirou lentidão da Justiça, diz Fux*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/reforma-do-cpc-mirou-lentidao-da-justica-diz-fux.aspx>>. Acesso em 8 de janeiro de 2012.

<sup>90</sup> CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.399-415.

<sup>91</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos* (título provisório). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Obra no prelo.

doutrina brasileira por Sérgio Cruz Arenhart - a questão da limitação de possibilidades do exercício judicatório (tema acima apresentado a partir da teoria dos custos de direito). O pensamento é inspirado fortemente na legislação processual civil inglesa, a qual prevê expressamente que a apreciação jurisdicional deve obedecer a uma “regra de proporcionalidade” harmônica aos preceitos do panprocessualismo.

De início, a citada normatização clarifica que suas disposições possuem como objetivo propiciar aos Tribunais “a apreciação do caso com justiça”, assumindo caráter instrumental<sup>92</sup>. Após, adentrando especificamente na base panprocessual, a legislação inglesa descreve o que seria “apreciar o caso com justiça”, destacando que uma atuação desta natureza imporá ao Tribunal, dentro do possível: (a) assegurar a igualdade de condição entre as partes; (b) economizar em seus gastos; (c) apreciar o litígio de maneira *proporcional*: (i) à quantia monetária envolvida; (ii) à importância do caso; (iii) à complexidade de suas questões; e (iv) à posição econômica de cada parte;; (d) assegurar o manejo processual de forma justa e sem embaraços; e (e) alocar no processo uma parcela apropriada dos recursos do Tribunal, tendo em vista os recursos necessários para os demais casos<sup>93</sup>.

Adotando postura compatível com aquela que é aqui defendida, o texto se preocupa em cotejar os objetivos do processo com os limites de sua atuação. Seus postulados são harmônicos ao panprocessualismo e em certa medida se situam na base deste pensamento. Isto vale especialmente para o “princípio da proporcionalidade”, inspirado na alínea “c” acima apresentada e central à leitura panprocessual do exercício da jurisdição<sup>94</sup>. Sua incidência no direito processual civil é demonstrada de maneira clara por Adrian Zuckerman, servindo como determinante para que haja um cotejo entre custos e possibilidades do processo

---

<sup>92</sup> A legislação processual inglesa assim preceitua no *caput* de seu artigo primeiro: 1.1—(1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly.”

<sup>93</sup> “(2) Dealing with a case justly includes, so far as is practicable: (a)ensuring that the parties are on an equal footing; . (b)saving expense; (c)dealing with the case in ways which are proportionate: (i)to the amount of money involved; (ii)to the importance of the case; (iii)to the complexity of the issues; and (iv)to the financial position of each party; (d)ensuring that it is dealt with expeditiously and fairly; and (e) allotting to it an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases”.

<sup>94</sup> Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade ao direito processual civil, e sua matriz na legislação inglesa, CAPONI, Remo. *Obra citada*. p.405-406.

capaz de reduzir as barreiras ao acesso à justiça <sup>95</sup>.

É adequado que o magistrado não possua o controle integrado dos litígios que se situam sob seu exercício jurisdicional? É viável que oferte igual dedicação a todos os casos? É recomendada a pré-estipulação de ritos absolutamente estanques para a totalidade de lides, sem espaço para a proporcionalidade? Suscitando questionamentos e reflexões como estas, sem perder de vista o conflito entre objetivos e possibilidades, o panprocessualismo contribui com o projeto de adaptação e revisão da disciplina processual no sentido da efetividade, acompanhando a gestão administrativa nesta jornada.

Compreendido este dado, indica-se aqui a Economia como terceiro ferramental valioso para a nova racionalidade exigida do agente da jurisdição. Essa contribuição vem sendo gradativamente percebida pelo jurista, levando inclusive a formulação do postulado da “Análise Econômica do Direito”, conforme concepção que dá nome à (possivelmente) mais reconhecida obra de Posner <sup>96</sup>. De fato, o teórico vem apreendendo que o diálogo franco entre Direito e Economia é benéfico para ambos os pólos, propiciando a inclusão de uma nova linha de racionalidade mais concreta e objetiva no campo jurídico, como demonstram Cooter e Ulen <sup>97</sup>. Apenas como menção, identificam-se como adeptos deste entendimento na doutrina brasileira Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn entre outros <sup>98</sup>.

O processualista brasileiro, porém, não se enquadrou plenamente neste contexto. Por mais que uma eventual análise econômica do processo (especialmente sob o ponto de vista das partes) seja realizada de maneira específica em solo estrangeiro por teóricos como Miguel Carlos Teixeira Patrício <sup>99</sup>, Robert Bone <sup>100</sup> e Steven Shavell <sup>101</sup> e mereça capítulos e considerações de

---

<sup>95</sup> ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In. *Journal of Law and Society*. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995.

<sup>96</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977.

<sup>97</sup> “A economia nos auxilia a perceber o direito de uma nova maneira, extremamente útil para advogados ou qualquer um interessados em aspectos de política pública”, segundo os autores. E isso, na dicção de ambos, porque, (se é comum que se pense no Direito apenas como instrumento para a justiça), com o *law and economics* se percebe também sua face de alteração comportamental assim como seu potencial para cumprimento de objetivos públicos. COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000. p.7-9.

<sup>98</sup> Por todos, ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

<sup>99</sup> PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>100</sup> BONE, Robert G. *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.

diversos autores que se debruçam genericamente sobre o *law and economics*, como os próprios Posner<sup>102</sup>, Ulen e Cooter<sup>103</sup>, o tema é objeto de poucos olhares pelo estudioso brasileiro do direito processual civil – com exceções como Luciano Benetti Timm<sup>104</sup>.

Com efeito, talvez este fato decorra da incorreta compreensão de que a influência da Economia no Direito importaria na adoção pelo processo de finalidades estritamente pautadas pela eficiência. Não se trata, porém, do que aqui se sustenta, seja pelo atrito com os escopos hoje imputados à jurisdição, seja porque, conforme demonstram Alexandre Ditzel Faraco e Fernando Muniz Santos, a eventual vinculação exclusiva do jurista a um critério pragmático-econômico não é compatível com o texto constitucional de 1988<sup>105</sup>.

O que se defende é que os olhares da Economia sejam considerados no momento de definição e de elaboração das instituições do direito processual civil, não como único aspecto de decisão, mas certamente como um dos ferramentais a serem relevados. Este instrumento pode ser valioso para o processualista no constante cotejo entre finalidades e limites, justificando que se desmistifique o preconceito e encorajando seu estudo e a consideração positiva de seus métodos e postulados<sup>106</sup>. Seja pelos olhares dos litigantes, seja pelo prisma do Estado, o

---

<sup>101</sup> SHAVELL, Steven, Economic Analysis of Litigation and the Legal Process. In. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 404. Cambridge: Harvard, 2003.

<sup>102</sup> POSNER, Richard A. *Obra citada*. p.397-489.

<sup>103</sup> COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Obra citada*. p.373-427.

<sup>104</sup> Ver, por todos, TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gonçalves. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores sob a ótica da *law and economics*. In. *Revista de Processo*. n.178. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Também, TIMM, Luciano Benetti. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Economia e Processo Civil: algumas observações por ocasião da aprovação da Lei 11.232/2005. In. COSTA, Fábio Nogueira. PISSURNO, Marco Antônio Ribas. (org.) *Estudos sobre as últimas reformas do Código de Processo Civil*. Campo Grande: Instituto de Estudos Jurídicos, 2007.

<sup>105</sup> Isso se dá, inicialmente, porque não se está a propor que o estudo adote como guia mestra uma verdadeira análise econômica do processo, mas que seja reconhecida a relevância da Economia e de seu ferramental – assim como dos impactos e efeitos econômicos do processo – na composição da releitura do exercício jurisdicional. Contudo, mesmo que assim não fosse a crítica seria insubsistente, como demonstra-se em FARACO, Alexandre Ditzel. SANTOS, Fernando Muniz. Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In. *Revista de Direito Público da Econômica – RDPE*. Ano 3. n.9.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.27-60

<sup>106</sup> A utilização da Análise Econômica do Direito como importante instrumental a ser manejado pelo operador do Direito, como salientado por Faraco e Muniz Santos, não se propõe a “advogar a substituição de valores plasmados em dispositivos constitucionais e legais por um critério de eficiência, lido à luz da escola econômica neoclássica, especialmente a de Chicago” (p.58). Contudo, essa constatação não esvazia sua relevância, compreendendo que “não se trata de subordinar o direito a um critério de eficiência, e, com esse intuito, propor uma justificativa enquanto eficiência, mas de compreender que, em alguns casos, a não percepção de aspectos que podem ser

influxo da Economia e do pensamento econômico sobre um processo comprometido com suas finalidades e ciente de suas limitações é inevitável. Aspectos como os custos que desencorajam o cidadão a ingressar em juízo (pendulando entre temas como calculabilidade e possibilidade de êxito) e os impactos econômicos da atuação jurisdicional não podem ser negligenciados, cabendo ao processualista, no jogo de complexidade em que está inserido, envidar esforços para melhor explorá-los.

Destacando estes ferramentais, abre-se espaço para uma constatação breve, mas imprescindível para que se possa romper com dogmas construídos pelo operador do direito e viabilizar que os escopos da jurisdição sejam desempenhados de maneira mais efetiva: o processo não é apenas jurídico. Essa percepção é necessária para que a disciplina e as suas instituições se coloquem em sentido favorável à sociedade humana e ao desenvolvimento. Na medida em que se objetiva inclinar o processo a funções mais complexas, é preciso que a organização de suas atividades e a atuação de seus agentes internalizem este dado, e isto não será qualquer ramo jurídico que por si só acrescentará. Falar em “gestão”, por exemplo, é reconhecer que um diálogo com o campo da Administração é imperativo.

Contudo, no que se refere a essa necessidade de “abertura” nossa prática processual se encontra defasada, instituindo um processo que além de não contribuir globalmente com a sociedade as vezes lhe é prejudicial. É também escasso o ingresso da doutrina no diálogo, subsistindo lacuna que deve ser preenchida para que o processo sirva às suas finalidades contemporâneas.

A precariedade ainda existente nessa área pode ser aferida tendo em conta, por exemplo, que conforme levantamento realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros ao longo da última década e compilado por Maria Tereza Sadek menos de metade de nossos julgadores ao apreciar um litígio pondera sobre seus impactos econômicos. O número é representativo de aproximadamente meia parte daqueles que afirmam que na decisão oferecem primazia aos parâmetros legais, demonstrando a clara desproporção entre a valorização dos dois institutos

<sup>107</sup>.

Ocorre que um jurista que não pondera globalmente os efeitos de sua

---

formalizados e compreendidos a partir da teoria econômica, acaba por levar a um resultado hermenêutico incompatível com o que dispunha a nora ou incapaz de realmente equacionar o conflito social considerado” (p.47). Idem.

<sup>107</sup> SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p.47-49.

decisão, por mais que procure realizar o primado da “justiça”, estará sempre flertando com uma injustiça bastante mais acentuada. Sua aplicação de cláusulas e princípios gerais tenderá a ser insuficiente e perigosa à comunidade. Ao descartar a reflexão não-jurídica o teórico se coloca à beira de uma distorção interpretativa da jurisdição, esquecendo-se de suas limitações e não adequando a série de elementos que se encontram em jogo. Com isso, corre um grave risco de gerar um desserviço à população e colidir com as possibilidades de um exercício jurisdicional serviente à sociedade <sup>108</sup>.

#### 2.4 O cerne do problema: o processo civil entre os “meios” e os “resultados”

Concluindo a parte introdutória do estudo, porém, deixamos como premissa que esta reinterpretação das estruturas clássicas processuais, por mais que imprescindível para que se pense em uma jurisdição efetivamente instrumental, não é unanimemente aceita em nossa doutrina. Pelo contrário, há autores que concebem o processo, mais do que como mecanismo de obtenção de resultados concretos, como estrutura de proteção e garantia das próprias partes - aproximando-se da postura garantista que é comumente suscitada na esfera penal com base em Luigi Ferrajoli <sup>109</sup>. É a partir desta linha que se costuma contrapor “instrumentalismo” e “formalismo” (ou, sob uma forma reinventada e defendida por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “formalismo-valorativo” <sup>110</sup>).

Sintetizando o embate, acreditamos que a questão central é a opção por conferir maior peso à repercussão material do processo ou ao próprio procedimento;

---

<sup>108</sup> Com efeito, é preciso que o magistrado efetivamente pondere a série de aspectos postos em jogo para que, apenas assim, possa deliberar do modo mais acertado possível, não evitando que a justiça do caso se subverta em injustiça global. Nesta linha, parece recomendável que assuma primeiramente seu papel *político*, na medida em que, conforme bem descreve Richard Posner ao tratar da magistratura norte-americana, “there is a pronounced political element in the decisions of American judges (...) judging is political (...) even if judges *wanted* do forswear any legislative, any political, role and be merely the “oracles” of the law, transmitting directives rather than directing, they could not do so in the condition they found themselves”. Nesta linha, se é objetivo do processo a consecução de uma “reforma estrutural” é preciso que haja uma releitura da atividade judicatória como aquela proposta por Owen Fiss, cujo pensamento sinaliza que “courts should not be viewed in isolation but as coordinate source of government power”, buscando sua legitimidade em uma inserção ampla na comunidade. Cita-se, POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p.368-371. FISS, Owen. *The Law as it could be*, p.54.

<sup>109</sup> Assim, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2.ed. rev. e ampl. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>110</sup> Sobre o tema, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In. *Revista de Processo*. n.137. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.



às finalidades da jurisdição ou à proteção intraprocessual do jurisdicionado. De um lado, identifica-se o processo como um mecanismo de resultados. De outro, como uma forma de garantia e proteção do cidadão e do seu eventual direito de “participação”. Em seu fundo, o debate acaba sendo o mesmo identificado por Carlos Ari Sundfeld como basal ao Direito Administrativo contemporâneo: há aqueles que almejam “domar o monstro” e aqueles que pretendem “fazê-lo funcionar”<sup>111</sup>.

A compreensão do embate é imprescindível, pois a oscilação para algum de seus lados condicionará o grau de redimensionamento estrutural admitido pelo teórico. A honestidade intelectual nos impõe, já preliminarmente, confessar nossa adesão à ideia “instrumentalista” do processo civil de resultados (concebendo-a como mais adequada à atual feição da disciplina), mas cabe ao leitor aferir suas próprias considerações. De todo modo, é essencial perceber que a adoção de algum dos polos importará necessariamente em sacrifícios, não sendo dado ao processo concretizar tudo: ou se abdica da plenitude de “participação”, ou é preciso abrir mão em alguma escala da efetividade processual.

Por elegermos a primeira alternativa e termos ciência das renúncias que esta escolha pressupõe, deixamos como premissa final que para o processo ser efetivo diante de sua nova e complexa feição funcional e de seus limites reais de atuação é preciso que rompa com o conceitualismo e o formalismo em favor de uma postura finalista e pragmática. Para tanto, é nítido o auxílio de ferramentas como a Economia, a gestão e o panprocessualismo, de tal modo que questões estranhas à visão normativa ortodoxa devem ser postas em pauta.

Por conceitualismo se entende o apego a conceitos, princípios, garantias e cláusulas processuais sem que se investigue seu conteúdo de forma cotejada com os objetivos e cânones da jurisdição e da atuação estatal. Por não propiciar uma compreensão integral da realidade e elevar interpretações antigas ao posto de dogmas, o conceitualismo, cujos males já foram denunciados na doutrina brasileira por Ovídio Baptista da Silva<sup>112</sup>, tende a tornar as finalidades do processo ineficazes

---

<sup>111</sup> Nas suas palavras, “há profissionais mais focados em fazer o monstro funcionar: estes veem o direito administrativo como o *direito do interesse público* (...) outros temem o monstro, querem domá-lo: pensam em *direito do controle sobre o poder*”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

<sup>112</sup> Ainda que o autor ofereça uma construção histórica relacionada ao “conceitualismo jurídico”, não coincidindo por completo com a noção instrumental de “conceitualismo” que é aqui adotada, são válidas suas ressalvas ao afirmar que “o conceitualismo jurídico, como temos visto, tornou-se o

<sup>113</sup>. O mesmo déficit é percebido no formalismo, representado pela ausência de adequação da forma à finalidade; ao conteúdo. Seu malefício é expresso principalmente na estipulação de ritos procedimentais e exigências positivas incompatíveis com o objetivo do processo <sup>114</sup>.

Em substituição a estes dogmas, propõe-se que o processo civil brasileiro aceite uma maior influência de teorias, leituras e programas que ofereçam primazia a aspectos finalísticos e pragmáticos. Por pensamento finalístico, define-se aquele que verdadeiramente procure a propagada instrumentalidade, relendo as estruturas conceituais, terminológicas e procedimentais do processo a partir de suas finalidades contemporâneas, em teste pelo qual grande parcela não subsistiria sem modificações e alterações. Trata-se, pois, de condicionar a estrutura aos seus objetivos. Já por pragmatismo, não se defende que o processo deva adotar objetivos pragmáticos como critério preponderante de decisão. O que se propõe é que, definidas as finalidades, a estrutura processual seja condicionada de maneira pragmática à sua consecução - não apenas percorrendo o caminho necessário para alcançá-las, mas também o fazendo da melhor e mais eficiente forma possível <sup>115</sup>.

---

princípio dominante a partir do século XVII. A idéia de que o Direito não depende da experiência encontrava-se já firmemente assentada (...). O Direito seria puro conceito. Este é ainda hoje o direito que se ensina em nossas universidades. Um direito que não consegue ir ao fórum, porque a metodologia jurídica separou-se do "fato", conservando-o fiel ao pensamento do século XVIII, depois congelado pelos filósofos e juristas posteriores". SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.84.

<sup>113</sup> Sobre o problema da doutrina brasileira para manejo de conceitos, não raro transformando-os em dogmas e incorrendo em atrasos, já anotou Orlando Gomes há mais de meio século que "os juristas-sociólogos não apanharam a realidade jurídica nova, na opulência de suas sugestões, para construir sôbre esse terreno acrescido o bloco granítico, de linhas funcionais que, a um tempo, revele o sentido da nova ordem jurídica e o senso artístico de sua construção (...) os esforços que têm sido empregados, tanto para a sistematização como para a construção, não revelam rendimento apreciável (...) a reconstrução sistemática do Direito se apresenta, dêsse modo, como o mais instante cometimento que clama e reclama pela dedicação dos juristas que não traem, dos teóricos que não empregam a inteligência e o saber para deformar a realidade social no propósito de arrefecer o calor de suas sugestões.". Cita-se, GOMES, Orlando. *A Crise do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 234-255. Republicado em *Revista Direito GV*. n.1.v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005. p.121-134.

<sup>114</sup> Conforme ensinamento de Piero Calamandrei previamente reproduzido, a manutenção de uma forma, sem que subsista a finalidade que previamente a justificativa se transforma em formalismo. (vide nota 67). Deste modo, se efetivamente há uma modificação nas finalidades contemporâneas do processo inexistente justificativa para que a defesa de suas formas primitivas siga imutável.

<sup>115</sup> Não se trata, pois, de perspectiva pragmática enquanto sentido da adjudicação estatal ou critério de decisão judicial, de tal arte que não se está ingressando no debate filosófico a respeito do pragmatismo como possível guia matriz do pensamento científico. Esta corrente, que dá base ao debate entre Richard Rorty e Jürgen Habermas, possui postulados e premissas (notadamente a ausência de uma "verdade", sequer instrumental) que certamente não cabem no presente estudo, de tal modo que, por "pragmatismo", defende-se não um parâmetro *finalístico* do processo, mas o acertamento de suas estruturas com base nas *finalidades* processuais. Cita-se, RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Barueri: Manole, 2005.

Um teste exemplificativo do que se propõe pode ser suscitado em relação à estabilidade da coisa julgada, pautada em nosso sistema pela comum relação entre limitação da imutabilidade às partes <sup>116</sup> e possibilidade de rediscussão do mérito por terceiros <sup>117</sup>. Em uma matéria em que há multiplicidade de sujeitos detentores de direitos justapostos (que poderiam ter ingressado judicialmente como litisconsortes ativos, mas não o fizeram) esta é a resposta mais adequada? É o mais correto que em litígios societários voltados à anulação ou à validação de uma assembleia, via de exemplo, haja possibilidade de que o sócio a ingressar em juízo posteriormente consiga decisão absolutamente diversa da anterior por não ter sido parte na primeira demanda <sup>118</sup>?

A questão, em suma, é o grau de comprometimento do teórico do processo com os próprios objetivos que se pretende conferir à jurisdição, compreendendo que se há a expectativa de uma proteção efetiva de forma célere é preciso arcar com o preço estrutural necessário para esta atuação. É este o atrito que se coloca, e é apenas com este cenário que se pode examinar a figura jurídica dos “direitos individuais homogêneos”. Com efeito, pois se é preciso que o direito processual civil se adéqüe pragmática e finalisticamente para que possa apresentar aderência à realidade fática, a matéria cujo estudo se inicia constitui elemento em que essa releitura é ainda mais imprescindível e apresenta constantes conflitos, conforme se lê da obra de Christopher Hodges <sup>119</sup>. Além disto, por mais que o tema não seja

<sup>116</sup> A respeito da coisa julgada e sua limitação subjetiva, bem como de sua necessária diferenciação diante da autoridade da sentença, veja-se LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

<sup>117</sup> Deste modo, haveria uma subsunção entre *imutabilidade* da decisão e *indiscutibilidade* do litígio. Em outros termos, o fato da questão que dá fundo ao processo não ser *discutível* pelas mesmas partes em um novo litígio, mas poder ser manejada judicialmente por sujeito que não foi parte no processo original, asseguraria que a decisão seria *imutável* apenas para as partes da demanda original, nada tocando aqueles que não possuísem tal condição.

<sup>118</sup> Este exemplo, ainda sem respostas suficientes em nosso ordenamento normativo, é trazido por Egas Moniz de Aragão em sua célebre obra a respeito da coisa julgada. Cita-se, ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p.302-304

<sup>119</sup> Nas palavras do autor, falando sobre a instituição global de figuras análogas aos “direitos individuais homogêneos”, “these developments in national legal systems highlight a growing tension between, on the one hand, traditional principles of law and legal systems as being based on *rights*, individual assertion of rights, and courts that declare and deliver *justice* and do, on the other hand, considerations that “justice delayed is justice denied” and a market-inspired requirement that court systems need to operate *efficiently*, speedily and involve low and proportionate costs (...) It has also been seen above that these considerations challenge what is meant by justice and what means are appropriate to deliver justice in contemporary civil society. Can courts deliver fair solutions at an acceptable cost? Is it necessary for private parties and/or regulators and governments to adopt more flexible and imaginative outcomes and procedures in order to achieve justice?”. HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p.246-247.

recente no direito brasileiro e tenha sido objeto de preciosas teorizações por parte de autores como Sérgio Cruz Arenhart<sup>120</sup>, Antonio Gidi<sup>121</sup>, Ada Pellegrini Grinover<sup>122</sup> e Teori Albino Zavascki<sup>123</sup>, ainda é comum que sua análise não tenha a devida atenção à série de aspectos indicados no presente capítulo, demandando reflexões abertas ao diálogo e à guinada que são aqui sinalizados.

É valiosa neste instante a afirmação de Issacharoff, para quem – analisando a realidade estadunidense – as ações coletivas são um aspecto que todo o teórico do processo entende merecer respostas, mas cujas respostas não há teoria que já tenha sido capaz de encontrar<sup>124</sup>. Por óbvio não se vislumbra impor uma verdade inarredável, até porque, como se percebe pela melhor tradição acadêmica, é precisamente a partir do debate que o avanço efetivo é construído. O que se almeja é trazer um novo contributo, acreditando que o diagnóstico até aqui realizado corresponde a um apoio sólido para a compreensão da matéria. Em sendo o Direito um campo inexato o mesmo objeto pode ser visto sob diversas frentes e pontos de observação, levando a distintas constatações. E com os pressupostos fixados se acredita ter desenhado um espaço de visão mais global, realista e contemporâneo para o processualista, permitindo que iguais características parem sobre sua investigação.

---

<sup>120</sup> A preocupação com os “direitos individuais homogêneos” e sua especificidade é constante na obra do autor, como se pode ver, por exemplo, em ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In. GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, e ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos* (título provisório).

<sup>121</sup> São inúmeros seus escritos dedicados à temática do processo coletivo, sempre com dedicação de especial ênfase aos “direitos individuais homogêneos”. Por todos, cita-se GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>122</sup> É o que se vê, por exemplo, em GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>123</sup> Cita-se, mencionando se tratar de obra pioneira na doutrina brasileira no que se refere ao enfoque dado à matéria, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>124</sup> Foi a afirmação do autor ao justificar à Revista da New York University o porquê de, após incursões nos campos do *law and economics* e do direito constitucional, passar a dedicar atenções ao “processo coletivo”. Cita-se, NYU. *The Law School – The Magazine of New York University*, spring. New York: NYU, 2005.

## **II PARTE**

### **3. Algumas aproximações: os “direitos coletivos” e o “microsistema brasileiro de processos coletivos”**

Marcado pelos conflitos e desafios acima delineados, o debate a respeito dos “direitos individuais homogêneos” é vasto, inexistindo consenso sequer quanto à natureza do instituto<sup>125</sup>. Tais empecilhos devem ser necessariamente esvaziados, e nessa tarefa acredita-se que um breve exame do percurso que levou à normatização de nosso “processo coletivo” constitui um relevante ponto de investigação, permitindo que se de um passo a frente no estudo.

Com essa finalidade, o atual capítulo terá início pela demonstração de que o “coletivo”, longe de representar problema instaurado unicamente no campo do direito processual, é realidade advinda do plano material. Foi ali, a partir da evolução de direitos a serem juridicamente tutelados e da modificação das suas dimensões subjetivas, que o tema dos “interesses metaindividuais” (leia-se, “direitos metaindividuais”<sup>126</sup>) se colocou na ordem do dia, de tal modo que - recordando do ensinamento de Piero Calamandrei e do processo como “instrumentalidade necessária” - foi essa necessidade funcional que fez com que o processo se adaptasse. Após, será analisado como o legislador brasileiro se portou em relação a essas modificações, investigando quais os instrumentos positivados para assegurar a tutela dos interesses transindividuais. Estará assim criado o alicerce para que possamos chegar à positivação dos “direitos individuais homogêneos” e observar como se inserem nesse jogo.

#### *3.1 A coletivização de interesses materiais e a adaptação do direito substancial*

Em um breve e instrumental resgate histórico (sempre voltado a “não falar no Código de Hamurabi”), a manifestação do Direito no período pós-absolutista foi

---

<sup>125</sup> Conforme será objeto de constatação futura, há divergência entre aqueles que identificam na figura uma realidade de direito material e aqueles que, apreendendo-a em sua funcionalidade, concebem-na como técnica processual. A diferença é acentuada: na primeira hipótese, a tutela dos “direitos individuais homogêneos” representaria um imperativo *per se*, sendo inviável a tutela atomizada; no segundo caso, a proteção aglutinada dos “direitos individuais homogêneos” representaria escolha procedimental.

<sup>126</sup> De fato, a lei opta pela adoção do termo “interesse”, provavelmente por afeição à visão individualista do direito subjetivo, conduzindo à não-aceitação de que as matérias passíveis de cognição pela via transindividual também seriam aptas a ensejar reais “direitos”. Neste sentido, GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p.17-18.

marcada pela influência liberal-burguesa, sendo central em sua origem, como demonstra Comparato, a defesa de direitos eminentemente individuais - notadamente a propriedade <sup>127</sup>. Encontrava-se ali o cerne daqueles direitos que, à lá Vasak, viriam a ser definidos como “de primeira geração” <sup>128</sup>, nomenclatura posteriormente criticada e substituída por idéias como “primeira dimensão” <sup>129</sup>.

Conforme descrições clássicas, os “direitos” ali talhados constituíam não mais do que liberdades do cidadão ante ao Estado. Sua missão era traçar espaços individuais em cujo âmbito seria, a princípio, vedado à autoridade pública se imiscuir. O esquema, elaborado tendo a proteção de direitos patrimoniais como finalidade principal, aparentemente não prescrevia como necessária a atuação do Estado, mas sim seu não-agir.

Neste ponto, é preciso que se abram parênteses para recordar que à luz da percepção dos “custos do direito” trabalhada por Stephen Holmes e Cass Sunstein a crença em um direito cuja tutela não passa pela atuação estatal não pode mais existir. É que, como destacado, ao menos os custos necessários à sua efetivação serão imperativos, pois mesmo a proteção do direito à propriedade dependerá no

---

<sup>127</sup> Neste ponto é elucidativa a menção de Fábio Konder Comparato a respeito do pensamento de Rousseau, indicando que tal autor “no Discurso sobre a economia política, publicado na Encyclopédie, considerou certo que o direito de propriedade é o mais sagrado de todos os direitos dos cidadãos e mais importante, de certa forma, que a própria liberdade. É preciso lembrar aqui, insisti, que o fundamento do pacto social é a propriedade, e sua primeira condição que cada qual se mantenha no gozo tranqüilo do que lhe pertence. Em outro escrito, incluído entre os seus Fragmentos Políticos, o grande genebrino chegou mesmo a afirmar que, fundando-se todos os direitos civis sobre o de propriedade, assim que este último é abolido nenhum outro pode subsistir. A justiça seria mera quimera, o governo uma tirania, e deixando a autoridade pública de possuir um fundamento legítimo, ninguém seria obrigado a reconhecê-la, a não ser constrangido pela força”. COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos Humanos: direitos e deveres fundamentais de propriedade*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11>>. Acesso em 26 de julho de 2011.

<sup>128</sup> A idéia de “gerações” de direitos fundamentais foi apresentada despretensiosamente por Karel Vasak no ano de 1979 em aula inaugural proferida no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem e ganhou relevo por longo tempo junto à doutrina constitucionalista – ainda que inúmeras sejam também as críticas contra si desferidas, notadamente pela incoerência prática da historicidade que é intrínseca à teoria, não havendo o perecimento de uma “geração” para a manifestação daquela que a sucede. Para o presente estudo, entretanto, o esboço é válido por questões metodológicas. Cita-se, VASAK, Karel. *For the third generation of human rights: the rights of solidarity*. Aula Inaugural, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July, 1979.

<sup>129</sup> Como dito, as críticas à observação dos direitos fundamentais em “gerações” polarizam-se essencialmente no fato da noção de “geração” poder conduzir à crença de que os direitos de distintas categorias não guardariam relação de cumulação, é dizer, a partir do nascimento daqueles de segunda geração não mais haveria espaço para os de primeira, e assim sucessivamente. É o que leva alguns, como Ingo Sarlet, a substituir a expressão pelo termo “dimensão”. Nas palavras do autor, “a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.47.

menor dos casos da existência de um Poder Judiciário apto para intervir nas hipóteses de sua violação. Entretanto, é possível didaticamente afirmar que nesses direitos de “primeira dimensão” a abstenção do Estado preponderaria, especialmente se comparados com as demais categorias com os quais há sua costumeira contraposição.

Este ideário liberal encontrou como marco imprescindível na disciplina processual o pensamento de Chiovenda, cujas idéias incontestavelmente se situam entre as mais influentes da história do processo civil. Como dito, para o autor a jurisdição representaria função substitutiva do Estado voltada à declaração da vontade concreta da lei<sup>130</sup>. A legislação – burguesa – consistia dogma insuperável pelo magistrado, notadamente pela crença de que tão-somente em seu processo de elaboração seria verificável real feição democrática, representando o legislativo o poder essencial<sup>131</sup>.

Ainda nessa perspectiva, intimamente relacionada aos ideais revolucionários franceses, fácil observar que a atuação do Estado possui viés abstencionista. “Guarda noturno”, o poder público não devia agir senão para proteção negativa dos direitos – individuais e patrimoniais – dos jurisdicionados<sup>132</sup>. Não havia a crença hoje recorrente de que uma verdadeira “liberdade” não poderia ser adimplida senão pela implementação de meios voltados à sua consecução, sustentando-se que a inação estatal representava o melhor mecanismo para que os cidadãos possuíssem direitos (devendo esta “inação”, repita-se, ser atualmente cotejada com o entendimento de que não há direitos puramente negativos).

A percepção de que a postura não era suficiente fez com que viesse a se desenvolver aquilo que Vital Moreira denominou “constituição econômica”<sup>133</sup>. O avanço das demandas materiais que lhe eram impostas, a observação de que os

---

<sup>130</sup> A percepção do autor de que a ação representaria verdadeiro direito potestativo a ser exercitado pela parte, constituindo apenas um gatilho para ensejar a atuação do magistrado (leia-se, a declaração da vontade concreta da lei) é obtida, por exemplo, em seu célebre “*L'azione nel sistema di diritto*”, previamente citado.

<sup>131</sup> Como expõe Bobbio, “a concepção liberal acolhe a solução dada pela concepção absolutista ao problema das relações entre legislador e juiz, a saber, o assim dito dogma da onipotência do legislador”. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p.38

<sup>132</sup> SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p.398.

<sup>133</sup> No entendimento de Vital Moreira, poder-se-ia entender por “constituição econômica” o “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e caracterizam, por este mesmo motivo, uma determinada ordem econômica”. MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p.05.



ideais liberal-burgueses não serviriam à obtenção da “igualdade” (mas à perpetuação da desigualdade material), a alternância de pensamento político e a necessidade de adaptação para reprodução do modelo econômico conduziram à conclusão de que o Estado não poderia mais se limitar à postura previamente adotada. Neste sentido, sua ação positiva e proativa na economia é reconhecida primeiramente (ainda que de modo assistemático) pela Constituição Mexicana de 1917 e, um biênio após, pelo texto constitucional de Weimar <sup>134</sup>. E a nova diretriz, basal à própria ideia de “direito econômico”, repercute diretamente no que se refere ao reconhecimento de direitos substanciais.

Lançando mão dos conceitos de Jellinek, os direitos materializados pelo *status negativus* passam a conviver com aqueles que importam em *status positivus* e *activus* do cidadão perante o Estado <sup>135</sup> – não mais visto unicamente sob as lentes liberais. Paulatinamente, há o reconhecimento de que caberia ao jurisdicionado a proteção e a oferta de direitos que para serem amplamente satisfeitos demandavam conduta mais ativa do sujeito estatal. Se antes imperava a crença em um Estado pautado pela omissão, reconhece-se que seu agir positivo seria por vezes corolário lógico do “social”, então elevado, como enfatiza Bobbio <sup>136</sup>, ao posto de finalidade máxima dos atos de Administração.

Transpondo os olhos ao processo civil, a releitura dos direitos substanciais e da atuação estatal deu ensejo, como citado, à manifestação de novas roupagens da função jurisdicional de resolução de litígios. A adoção de caráter ativo pelo Estado fez com que também o juiz – investido do posto de agente público – sofresse uma reconstrução do seu papel. Foi nessa revisão que a ação jurisdicional passou a ser concebida de maneira mais ampla, não se limitando à declaração judicial e

---

<sup>134</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.786.

<sup>135</sup> Sobre os *status*, JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981.

<sup>136</sup> “Da crítica das doutrinas igualitárias contra a concepção e a prática liberal do Estado é que nasceram as exigências de direitos sociais, que transformaram profundamente o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado e a própria organização do Estado, até mesmo nos regimes que se consideram continuadores, sem alterações bruscas, da tradição liberal do século XIX (...) Liberalismo e igualitarismo deitam suas raízes em concepções da sociedade profundamente diversas: individualista, conflitualista e pluralista, no caso do liberalismo; totalizante, harmônica e monista, no caso do igualitarismo. Para o liberal, a finalidade principal é a expansão da personalidade individual, abstratamente considerada como um valor em si; para o igualitário, essa finalidade é o desenvolvimento harmonioso da comunidade. E diversos são também os modos de conceber a natureza e as tarefas do Estado: limitado e garantista, o Estado liberal; intervencionista e dirigista, o Estado dos igualitários”. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p.42.

englobando, forte com Denti, a efetiva tutela do direito<sup>137</sup>.

Porém, e não obstante a guinada trazida pela mudança de *status*, o reconhecimento de direitos neste momento ainda é afeito à visão individualista do “direito subjetivo”. Por mais que o plexo de posições jusfundamentais existentes na base dos direitos tenha se alterado, não ocorreram modificações pertinentes à possibilidade de sua titularidade ser reduzida a termos individuais. Se antes preponderavam em sua composição aspectos negativos por parte do Estado (não se podendo ver os direitos como absolutamente abstencionistas, mas sendo marcante em sua estrutura elementos de verdadeira abstenção) agora o predomínio é assumido pelas posições prestacionais, tornando a concretização dependente de maiores ações positivas pelo ente estatal. Contudo, em nenhum dos casos a possibilidade de fragmentação individual se altera. Tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais são sujeitos a divisão atômica, ou seja, a exigibilidade de um único indivíduo em favor apenas de si próprio.

Com o incremento de reconhecimento dos sentidos de fraternidade e solidariedade especialmente no período pós Segunda Guerra, entretanto, a visão do operador do direito foi alargada, compreendendo que há interesses cuja titularidade não pode ser individualmente expressa ou reduzida<sup>138</sup>. Tais interesses pertenceriam a grupos ou a própria coletividade, e a sua salvaguarda não constituiria mecanismo de proteção de um único sujeito, mas de satisfação de anseios metaindividuais.

Por mais que não haja a pretensão de aprofundamento nesse item, é possível salientar, com Rodolfo de Camargo Mancuso, que o amparo desses interesses propriamente coletivos teria como tônica a ruptura com uma segmentação plena entre espaço público e espaço privado, superando o individualismo liberal<sup>139</sup>. Em igual sentido, Samantha Souza de Moura Ribeiro também denota que na base do surgimento dos direitos coletivos haveria a alteração de postura no âmbito

---

<sup>137</sup> Sobre a pertinência do conceito de tutela para o aspecto funcional do processo civil contemporâneo, bem como a respeito do papel desempenhado, por exemplo, pelo pensamento de Denti e de Marinoni nessa guinada, remete-se o leitor ao Capítulo 1 do presente estudo.

<sup>138</sup> “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.569

<sup>139</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

estatal, abdicando-se do liberalismo anterior <sup>140</sup>.

É emblemática nesta guinada ideológica a ascensão da importância destinada ao “direito ao meio-ambiente”. Sua titularidade, por óbvio, não pertence a indivíduos determinados, não sendo factível que sua proteção seja objeto de divisão ou de livre disposição. Porém, o novo traçado dos direitos fundamentais materiais observou que o fato do direito isoladamente a ninguém pertencer não acarreta na consequência de não ser essencial a qualquer indivíduo. Sua importância teria lugar perante toda a comunidade, de modo que sua proteção, longe de capricho, representaria medida inarredável.

### 3.1.1 O processo e os interesses metaindividuais no Direito Brasileiro

Esta constatação de que nem todo interesse importaria em um direito subjetivo individualmente titularizado, entretanto, evidenciou a existência de direitos incompatíveis com o processo civil então vigente <sup>141</sup>, exigindo que para atuar nesta área a disciplina rompesse com alguns de seus dogmas e majorasse seus alcances e suas possibilidades <sup>142</sup>. O debate que aqui se coloca é francamente condizente com aquele posto na parte inicial do presente estudo: cotejar a proteção jurisdicional dos direitos de “terceira dimensão” é trazer um redimensionamento das finalidades do direito processual, colocando-as no sentido da publicização e demandando adaptações estruturais para suprir sua insuficiência.

Na linha de Michelle Taruffo, vemos que os artifícios e meios para concretização desta nova proteção se desenvolveram de maneira distinta em diversas localidades <sup>143</sup>. Neste toque, por exemplo, o ordenamento estadunidense

---

<sup>140</sup> RIBEIRO, Samantha de Souza Moura. *Direitos Coletivos e Liberdade Individual*. Curitiba: Juruá, 2010.

<sup>141</sup> Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “a ação coletiva surge, por outro lado, em razão de uma particular relação entre a matéria litigiosa e a coletividade que necessita de tutela para solver o litígio”. DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p.33.

<sup>142</sup> Neste item, concorda-se com Arenhart e Marinoni, ao afirmarem que “não há como conceber o processo coletivo sob a perspectiva da ação individual, nem se pode aplicar indiscriminadamente as noções do processo coletivo sob a perspectiva da ação individual”. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. vol.5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.301.

<sup>143</sup> “In some countries – even in civil Law jurisdiction – the problem of group litigation (or, as it is sometimes defined , the problem of the judicial protection of collective, diffuse, and super-individual interests and rights) has been dealt in several ways: new statutory regulations, developments in case law, theoretical debates and projects for reform”. TARUFFO, Michele. Some remarks on group

não optou pela instituição de ritos procedimentais específicos para a proteção dos interesses coletivos, preferindo estabelecer adaptações pontuais no regime processual comum para viabilizar essa dilatação funcional. Conforme será visto, esta opção impacta diretamente no comparativo entre o sistema brasileiro de proteção de “direitos individuais homogêneos” e a *class action*, bastando-nos por ora salientar que a alternativa aqui adotada foi bastante diversa.

Também houve divergência no que se refere à própria eleição do Poder Judiciário como espaço idôneo para o desempenho do papel regulatório que a tutela de direitos metaindividuais pressupõe, conforme demonstra Maфра Leal<sup>144</sup>. Se em determinadas localidades este não foi o caminho seguido, optando-se pela delegação da tarefa às agências estatais, em outras se conferiu maior ênfase à participação jurisdicional. Issacharoff salienta que esta última alternativa recebeu especial importância nos Estados Unidos, tendo em conta que viabiliza uma intervenção estatal *ex post* mais compatível com a economia norte-americana de capitalismo liberal<sup>145</sup>.

Analisando as duas pontas na construção histórica brasileira, observamos que, em relação à segunda, efetivamente se tentou depositar algum peso na atuação das agências, mas sua precariedade reforçou a importância do Judiciário<sup>146</sup>. Já em relação à primeira, nossa tradição jurídica levou ao desenho de ferramentas processuais voltadas integral e exclusivamente à defesa dos direitos transindividuais. Conforme bem observa Alcides Munhoz da Cunha<sup>147</sup>, o embrião

---

litigation in comparative perspective. In. *Duke Journal of comparative & international Law*. n.11. Durham: Duke University, 2001.p.405.

<sup>144</sup> MAFRA LEAL, Márcio Flávio. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos. In. GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.67-68.

<sup>145</sup> “Class actions can serve an important role in deterrence as a useful complement to the underfunded and overtaxed public enforcement system (...) ex-post private regulation through aggregate litigation is an important complement to market liberalization (...) what sets the United States apart is the fact that its basic regulatory model is ex-post rather than ex-antes (...) the American tendency to litigate about topics that are handled without litigation in other societies is not pathological, but rather a logical consequence of the American method of providing activist government without a centralized bureaucracy.” ISSACHAROFF, Samuel. Fairness in Aggregation In. OTEIZA, Eduardo (coord.) *Processos Coletivos. Class Actions*. Buenos Aires: AADP, IAPL e IIDP, 2012. P.39-41.

<sup>146</sup> MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Obra citada*.

<sup>147</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. In. *Revista de Processo*. n.77. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p.225-228.

desta lógica pode ser identificado na figura da “ação popular”<sup>148</sup>, introduzida no direito pátrio pela Constituição Federal de 1934 e especialmente regulamentada pela Lei nº 4.717/1965<sup>149</sup>.

Em descrição bastante breve, a medida processual em análise representou artifício voltado a possibilitar que o cidadão ingressasse nominalmente em juízo com fito a questionar atos da Administração Pública que entendesse danosos ao patrimônio de entidades públicas. Este elemento objetivo inicial foi dilatado pela Constituição Federal de 1988, cujo art.5º, inc.LXXVIII, mantendo a figura da “ação popular”, passou a prescrever seu cabimento para a defesa de mais vasta gama de atos lesivos ao patrimônio público, incluindo em seu âmbito de proteção os patrimônios histórico e cultural, além do meio-ambiente<sup>150</sup>.

A análise da estrutura permite indicar que reside ali mecanismo não só compatível com a proteção de direitos metaindividuais, mas, mais que isso, positivado especificamente para tal fim. Isso porque os direitos passíveis de defesa pela via em comento – é dizer, aqueles relacionados ao interesse da comunidade – não são individualmente titularizados, inexistindo em seu entorno o poder de disponibilidade de qualquer sujeito. O cidadão que ingressa com a medida não age em favor de um interesse próprio, mas em defesa solidária do bem comum, contrapondo-se à Administração em favor da coletividade<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> Frise-se que, aqui, ao se falar em “ação popular” a menção é restrita ao remédio processual instituído no ordenamento brasileiro sob tal denominação, nada tocando a noção de “ação popular” advinda do direito romano (*populares actiones*) e instituídas em caráter paralelo às ações privadas (*privata judicia*). Sobre o tema, cita-se CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Edição Saraiva, 1968. p.07-20.

<sup>149</sup> Como destacam Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, a ação popular foi introduzida no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1934, mas – pela sua desarmonia com o regime posteriormente instituído – revogada pela Carta Política de 1937. Contudo, o instrumento voltou a ser positivado pela Constituição Federal de 1944 e, desde então, tem lugar em nosso cenário constitucional. TUCCI, Rogério Lauria. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.p.182.

<sup>150</sup> De acordo com Marinoni e Arenhart, “a Constituição atual inovou ao ampliar a matéria de cabimento da ação popular. Nos textos constitucionais anteriores, a ação popular estava limitada à proteção contra atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas (...) conforme dispõe o texto atual, a ação popular poderá ser usada para a proteção do patrimônio público, bem como da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural. A medida, portanto, a par de proteger o patrimônio *estatal* (aí incluída a moralidade administrativa), também agora se destina à proteção do patrimônio *público* em sentido amplo, ou seja, ao patrimônio pertencente à toda a coletividade (o que inclui, assim, o meio ambiente e o patrimônio cultural e histórico)”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos Especiais*. p.275-276.

<sup>151</sup> Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, a ação popular representaria um “instrumento de defesa dos interesses da coletividade”, cuja titularidade seria indistintamente conferida a todos os cidadãos. Em igual sentido, é válida a menção a José Afonso da Silva, responsável por conceituar o instrumento como “instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional (ou remédio constitucional), para a defesa do interesse da coletividade”. Cita-se,

Entretanto, em que pese ter constituído o marco primeiro da tutela metaindividual no ordenamento brasileiro e seguir positivada em nosso texto constitucional, a ação popular não prosperou. Como salientado por Arenhart, o instrumento até o presente momento possui reduzida pertinência prática, o que se deve, em grande escala, ao fato de não ter rompido com limitações marcantes de sua própria configuração<sup>152</sup>. É que, inicialmente, a medida encontrava entraves tanto de ordem objetiva (por se limitar à proteção do patrimônio público) quanto subjetiva (por problemas inerentes ao seu mecanismo de legitimação)<sup>153</sup>. Os primeiros, como dito, foram parcialmente superados pela Constituição Federal de 1988, cujo texto ampliou seu âmbito de cabimento, maximizando a possibilidade de sua utilização. Os entraves subjetivos, porém, não foram sanados, e são consideravelmente responsáveis pelo fato da figura não ter servido de maneira satisfatória às funções a que se propunha.

A conclusão é razoável tendo em vista que conferir unicamente ao cidadão a legitimidade para propositura da ação popular é torná-la refém da iniciativa de alguém que, de um lado, não auferirá qualquer vantagem direta com o litígio, mas, de outro, terá de arcar com os custos e esforços decorrentes do posto de litigante. Mais que no altruísmo, confia-se em um republicanismo cívico que é desencorajado pelo desgaste de quem ingressa como réu ou autor no inóspito sistema judiciário brasileiro. Além disso, o modelo de legitimação gera um inevitável desequilíbrio subjetivo entre os pólos da demanda, obrigando o sujeito a medir esforços processuais contra o próprio aparato estatal (litigante contumaz e poderoso<sup>154</sup>), assumindo verdadeiras vestes de *Parquet* sem ser totalmente beneficiado pelas

---

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.82. SILVA, José Afonso da. Obra citada. p.464.

<sup>152</sup> “Uma rápida análise da lei pode demonstrar que o seu grande defeito reside na legitimação conferida; embora represente louvável homenagem à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo para a proteção do patrimônio público, é certo que o indivíduo normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, em oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiadas pelo ato lesivo), na proteção a um patrimônio que não seja exclusivamente seu e cujo vínculo se mostre excessivamente tênue para formar no cidadão, em regra, a vontade de agir em benefício desse interesse”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*.p.152..

<sup>153</sup> CUNHA, Alcides Munhoz da. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*. p.227-228.

<sup>154</sup> Não é demais salientar que, de acordo com pesquisa divulgada pelo Conselho Nacional de Justiça em março de 2011, as três esferas da Federação (União, Estados e Municípios) figuram em 51% dos litígios em curso perante o Poder Judiciário, denotando a aptidão do Estado Brasileiro Contemporâneo para, com normalidade pouco recomendada, figurar em juízo. Cita-se, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em < [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 05 de março de 2012.

prerrogativas e garantias que a ele são destinadas <sup>155</sup>. Por estes vetores, não surpreende que hoje a medida tenha relevância mais teórica do que prática <sup>156</sup>. A identificação dos problemas inerentes à sua utilização, contudo, parece ter servido para de algum modo aprimorar nosso sistema, pois os empecilhos foram em boa margem solucionados pelo segundo instrumento de tutela de direitos metaindividuais posto em nosso ordenamento: a ação civil pública, instituída pela Lei 7.347/1985.

Como se observa pela leitura do diploma legal, a ação civil pública representou verdadeira inovação em nossa processualística. Além de já ter nascido sem a limitação objetiva primitivamente existente na ação popular <sup>157</sup>, a medida trabalha com modelo de legitimação diverso daquele que obstou o uso do primeiro remédio, conferindo poderes para propositura tanto a entidades representativas quanto a pessoas de direito público e, especialmente, ao Ministério Público, cuja importância é destacada até mesmo na doutrina estrangeira por McAllister <sup>158</sup>. Combate-se o desequilíbrio e a desmotivação antes existentes, estruturando a própria Administração para a defesa dos interesses da comunidade.

A Lei da Ação Civil Pública, desta feita, constituiu ponto essencial ao avanço do processo metaindividual no direito pátrio, de sorte que o fato de ser anterior à

---

<sup>155</sup> Vale lembrar que, se cotejada procedimentalmente com as demandas subjetivas regulares, a Ação Popular possui aspectos procedimentais vantajosos, como a isenção de custas e de ônus de sucumbência. No entanto, os benefícios não podem ser comparados com aqueles que permeiam a atuação do Ministério Público, provido de orçamento próprio e estruturação destacada para, a partir desse cenário, melhor servir à defesa dos interesses da comunidade.

<sup>156</sup> É verdade que a crítica aqui formulada não exclui a possibilidade de que, em determinadas hipóteses, a ação popular efetivamente tenha sido – e a ainda possa vir a ser – manejada como instrumento verdadeiramente voltado a permitir que o cidadão questione legítima e altruisticamente atos da Administração que entenda lesivos à comunidade. Ocorre que a prática do remédio não tem sido essa, de fato que sua previsão tem representado verdadeiro espaço para ataques providos de maior preocupação política do que cívica.

<sup>157</sup> Como observa Marçal Justen Filho, a ação civil pública “apresenta alguns pontos de semelhança com a ação popular, mas dela se diferencia por não se tratar de um instrumento cuja finalidade exclusiva seja o controle da atividade administrativa. Trata-se, muito mais, de uma ação visando ao controle de atividades que traduzem potencial efeito negativo sobre um amplo número de sujeitos.” JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.1044.

<sup>158</sup> A relevância da legitimação do Ministério Público para o manejo da Ação Civil Pública mereceu atenção, inclusive, da doutrina estrangeira, afirmando McAllister que “most interesting aspect of the public civil action in Brazil is not the procedural instrument itself, but the legal institution that has been key in establishing and using the public civil action to enforce statutory and constitutional rights. This legal institution is the Brazilian Ministério Público or, using its French name, the Ministère Public—the prosecutorial institution that constitutes the civil law tradition’s analog to the Attorney General in common law countries. In the late 1970s, the Italian legal comparatist Mauro Cappelletti identified the Ministère Public as a “promising institution” for the legal defense of group and public interests.7 In Brazil, to a greater extent than in other civil law countries, prosecutors have shown signs of living up to this promise”. MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a “Promising Institution”: Public Law Litigation in a Civil Law World. In. *Georgia State University Law Review*. n.23. Atlanta: Georgia State University, 2008. p.694.

Constituição Federal de 1988 não exclui a sua ampla consonância com o espírito que norteou o legislador constituinte – responsável por reconhecer que os direitos coletivos usufruem do posto de direitos fundamentais <sup>159</sup>. Ainda, após a edição da norma seu regime processual foi complementado pelo Código de Defesa do Consumidor, onde a axiologia constitucional também foi substancialmente sentida. Com efeito, a partir das claras referências realizadas ao instrumento da “ação civil pública”, a Lei nº 8.078/1990 realmente se inseriu no quadro normativo de nossa defesa processual de direitos metaindividuais, colaborando com o desenvolvimento da matéria e servindo ao seu delineamento pela doutrina e pela jurisprudência nacionais.

Mais do que se aliar à Lei de Ações Cíveis Públicas, é importante notar – como faz Rodrigo Mazzei <sup>160</sup> – que o CDC passou a compor em conjunto com aquele texto um verdadeiro microsistema normativo, pois os diplomas não apenas convivem paralelamente, mas fazem referências mútuas e recíprocas, de modo que mesmo dispersos constituem espécie de ordenamento sincrético <sup>161</sup>. Neste sentido, o art.90 do Código de Defesa do Consumidor claramente preceitua que se aplicam às ações processuais ali previstas “as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”, ao passo que a Lei de Ação Civil Pública, em seu art.21, dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Formou-se então modalidade de regime uno, viabilizando por definitivo a defesa judicial de direitos metaindividuais.

A isto, acrescenta-se que este “microsistema” não se encontra encastelado ou isolado no arcabouço positivo, subordinando-se de maneira hierárquica à

---

<sup>159</sup> Neste sentido é bastante elucidativo o ensinamento de Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, que demonstram, por exemplo, o fato do legislador constituinte de 1988 ter alterado a redação do art.141, §4º, da Constituição Federal de 1946, segundo o qual seria defesa à lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de *direito individual*”, para suprimir a questão da individualidade – inserindo na garantia, pois, os direitos coletivos. Cita-se MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. p.271-274..

<sup>160</sup> Cita-se, MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In. GOMES JUNIOR, Luiz Flávio (coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.

<sup>161</sup> Também reconhecendo a verificação de um microsistema pela leitura conjugada da Lei de Ações Cíveis Públicas e do Código de Defesa do Consumidor, DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Obra citada* p.45-53.



Constituição <sup>162</sup>, por exemplo. Importando constatação aferida por Eros Roberto Grau ao examinar a hermenêutica constitucional <sup>163</sup>, também o ordenamento jurídico não se interpreta em tiras, demandando diagnóstico holístico. Apenas com este enfoque se torna possível ler seus dispositivos e interpretar sua aplicabilidade prática, compreendendo o valor unitário do “mundo do Direito” já apresentado em outra ocasião por Comparato <sup>164</sup>.

### 3.1.2 O “microsistema” e os “direitos individuais homogêneos”

Ao observamos o teor deste “microsistema de processo coletivo”, porém, notamos que o legislador não se preocupou apenas em instituir os ritos e detalhes do mecanismo procedimental, mas também em definir e caracterizar os direitos cuja proteção viabilizaria seu uso. Para tanto, lançou mão de classificação que os congrega em três diferentes grupos: (i) direitos difusos; (ii) direitos coletivos; (iii) direitos individuais homogêneos. Eis aqui, deste modo, a origem normativa dos “direitos individuais homogêneos” em nossa realidade.

Analisando brevemente as duas primeiras classes, constatamos que na dos “direitos difusos” se enquadram interesses indivisíveis pertencentes a uma coletividade indeterminada e indeterminável <sup>165</sup>. O “grupo” não seria passível de

---

<sup>162</sup> Nas palavras de Luis Roberto Barroso, “a *supremacia da Constituição* é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos (...) a Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível”. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.83-84.

<sup>163</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.188.

<sup>164</sup> “Pode-se dizer hoje em dia que fugindo não só ao esplêndido idealismo das doutrinas puras do direito, como ao desprezo sistemático pelas categorias jurídicas formais manifestado pelos práticos, a cultura jurídica tende a encaminhar-se no sentido de uma compreensão global do mundo do Direito: não só o estudo das relações jurídicas segundo o aspecto formal, mas também a análise de sua evolução histórica e de sua utilidade funcional. É evidente que o direito real, o contrato ou a obrigação delitual são categorias que subsistem malgrado a diferença de sistemas econômicos e de regimes políticos; e o jurista, por ser justamente jurista, tem por missão definir tais categorias, integrá-las num sistema e aprimorar-lhes a expressão formal. Mas isto não significa que sua tarefa se esgote neste trabalho de pura análise e classificação, como se a sua ciência fosse comparável à botânica ou à matemática. Cumpre-lhe também não perder de vista o aspecto funcional ou técnico que apresenta toda e qualquer instituição jurídica na vida social; do jurista também se exige a capacidade de escolher e de aprimorar as instituições existentes, ou de criar outras novas, em função de objetivos que lhe são propostos pelas necessidades da vida quotidiana”. COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In. *Revista dos Tribunais*. n.353. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965. p.25

<sup>165</sup> Nos termos do art.81, parágrafo único, inc.I, do Código de Defesa do Consumidor, “a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para

delimitação, inexistindo vínculos jurídicos extraprocessuais entre os próprios componentes da coletividade ou entre eles e a parte contrária do litígio<sup>166</sup>. Já os “direitos coletivos” seriam titularizados por uma coletividade determinada ou passível de limitação<sup>167</sup>; por um grupo de indivíduos que em algum momento estaria sujeito a delimitação restritiva, havendo vínculos jurídicos entre si ou perante a outra parte<sup>168</sup>.

Como se extrai do resgate realizado por Rodolfo de Camargo Mancuso a respeito do entendimento doutrinário sobre o tema<sup>169</sup>, é exemplificativo para elucidar a compreensão dos direitos difusos o caso do direito ao meio-ambiente, pois se é verdade que um cidadão pode ser titular de determinadas árvores que crescem em sua propriedade também o é que não há qualquer sujeito (ou qualquer grupo limitado de sujeitos) que possa dispor do “meio-ambiente equilibrado” ou fracioná-lo. Por outro lado, seria caso de direito coletivo aquele pertinente globalmente aos “aposentados”, pois igualmente indivisível, mas pertencente a um grupo sujeito a limitação.

Por mais que sumárias, as presentes considerações nos levam a concluir inequivocamente que tanto os direitos difusos quanto os direitos coletivos *stricto sensu* conferem roupagem a interesses metaindividuais, tendo a indivisibilidade e a indisponibilidade egoística como pedras de toque. Esta similitude faz inclusive com que alguns, como Antonio Gidi, direcionem críticas à classificação e à sua utilidade prática<sup>170</sup>. De fato, aqueles que defendem sua relevância como regra a justificam na

---

efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;”

<sup>166</sup> “Os interesses difusos compreendem grupos menos determináveis de pessoas (melhor do que pessoas *indeterminadas*, são antes pessoas *indetermináveis*), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.” MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.50.

<sup>167</sup> Código de Defesa do Consumidor, art.81, parágrafo único, inc.II: “a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: 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.”

<sup>168</sup> “O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos”. DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Obra citada*. p.75.

<sup>169</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.25.

<sup>170</sup> O autor ressalta que a conceituação, em seu momento primitivo, exerceu caráter pedagógico junto ao jurista brasileiro, mas salienta que “hoje, ao lermos essas conceituações italianas “antigas”, temos a exata dimensão de que elas refletiam um estado de conhecimento bastante rudimentar sobre o fenômeno da tutela jurisdicional dos direitos de grupo. É desalentador constatar que livros brasileiros publicados neste século ainda repetem acriticamente definições de direitos difusos e coletivos

variação entre o regime de coisa julgada incidente sobre ambas as classes, mas, como frisam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni, ao fazê-lo incorrem em confusão entre coisa julgada e efeitos da sentença<sup>171</sup>, olvidando-se que a sujeição à imutabilidade da decisão não se confunde com o sofrimento de impacto por algum(ns) de seu(s) efeito(s) – até porque tais efeitos não são claramente controláveis ou visíveis.

Sem óbice do debate, aqui o que nos interessa é apenas observar que os direitos inseridos em qualquer das duas classes normativas representam moldura para tutela dos mencionados “interesses de terceira geração”. Se a construção instrumental previamente realizada demonstra uma expansão no rol de direitos mercedores de atenção jurisdicional, passando a incorporar e oferecer qualidade jurídica também a interesses cuja titularidade não é disponibilizada por um ou alguns indivíduos, foi para englobar esta nova realidade que o legislador instituiu os conceitos de “direitos coletivos” e “direitos difusos”. Seu reconhecimento e sua positivação no âmbito da ação civil pública possuem como escopo demonstrar a aptidão deste instrumento para permitir a proteção dos direitos metaindividuais, sendo que coletivos *stricto sensu*, difusos ou (fosse a opção legislativa) inominados é esta a sua característica relevante e sua teleologia.

Prosseguindo o estudo e alcançando seu objeto central, identificamos que foi ao lado destas duas categorias que o legislador concebeu os “direitos individuais homogêneos” – definindo-os laconicamente como aqueles “decorrentes de origem comum” (conceituação replicada pelo art.21 de nossa atual Lei do Mandado de Segurança)<sup>172</sup>. É chegado enfim o momento no qual, valendo-nos do arcabouço até aqui construído, podemos nos debruçar detidamente sobre esta figura jurídica, investigando do que se trata e a que se presta. Seriam tais “direitos” igualmente

---

lançadas pelos autores italianos trinta anos atrás, sem a menor aplicação prática ou teórica para o direito positivo brasileiro”. Com isso, alerta que “corremos o risco de criar uma “jurisprudência de rótulos”, em que os fatos precisam ser subsumidos à letra da lei, em vez de um sistema prático e funcional”. GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.202-210.

<sup>171</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. p. 325-327.

<sup>172</sup> Código de Defesa do Consumidor, art.81, parágrafo único, inc.III: “a defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” É importante salientar que a idéia possui forte inspiração doutrinária no pensamento de Barbosa Moreira, que ao analisar a *class action* americana se aproximou dos “direitos individuais homogêneos” ao observar a sujeição de interesses “acidentalmente coletivos” ao regime. Cita-se, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Ações Coletivas na Constituição de 1988*. In. *Revista de Processo*. n.61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

componentes de roupagem jurídica para a defesa de interesses metaindividuais?  
Seria também essa sua justificação funcional, colocando-se em um contexto de  
ampliação das finalidades da jurisdição?

#### **4. A Natureza dos “Direitos Individuais Homogêneos”**

A resposta aos questionamentos acima e a identificação teleológica dos “direitos individuais homogêneos” passam pela própria análise da sua natureza, questão que não é unânime em território brasileiro. No presente estudo as idéias serão separadas para fins didáticos em dois grupos, explicados separadamente. Após, haverá a indicação do posicionamento que se considera o adequado. Pretende-se demonstrar que, em que pese a matéria se situar em posição doutrinária conflitante, essa complexidade parece ser resultado de abstrações criadas pelo próprio processualista, e não aspecto decorrente da realidade concreta.

Os pólos da controvérsia possuem divergências recíprocas acentuadas, razão pela qual a adoção de um dos caminhos traz fortes conseqüências ao estudo. De um lado, há a defesa de uma visão material dos “direitos individuais homogêneos”, concebendo-os como categoria autônoma e os equiparando aos interesses metaindividuais. De outro, há sua qualificação como técnica processual, constituindo opção procedimental para manejar direitos eminentemente individuais. No primeiro grupo, situam-se autores como Alcides Munhoz da Cunha, Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr.. No segundo, nomes como Sérgio Cruz Arenhart e Teori Albino Zavascki.

Entende-se assim as razões pelas quais a subsunção acrítica dos “direitos individuais homogêneos” aos direitos coletivos deve ser vista com cautela. É que inexiste consenso em relação a este dado, demandando reflexões que levem em conta as peculiaridades e especificidades do instituto jurídico. Esta definição preliminar do que os “direitos individuais homogêneos” são também condiciona o que se entende por “processo coletivo”, pois a partir da inserção do instituto nesta categoria ela deve ter conteúdo que com ele se conforme. Em outros termos, se nossa tradição conceitualista fez com que os “direitos individuais homogêneos” fossem enquadrados na moldura do “processo coletivo” é preciso que ela lhes receba de modo adequado, e não que os deforme.

##### *4.1 “Direitos Individuais Homogêneos”: Direitos Metaindividuais ou Técnica Processual?*

#### 4.1.1 A(s) visão(ões) material(is) dos “Direitos Individuais Homogêneos”

Ao analisar a corrente material dos “direitos individuais homogêneos” é preciso ter em mente que as idéias e concepções dos teóricos que enquadramos nesse grupo não são plenamente uniformes. A defesa do instituto como categoria de direito substancial distinta dos direitos subjetivos “clássicos”, contudo, lhes é comum e permite seu estudo conjugado. Por mais que essa “visão material” seja atualmente minoritária na doutrina brasileira, ainda são diversos os autores que a adotam, chegando a conclusões que demandam atenção. A leitura também repercute fortemente na jurisprudência, sendo dominante no Supremo Tribunal Federal a idéia de que os “direitos individuais homogêneos” seriam classe dos direitos transindividuais<sup>173</sup>.

Acreditamos que essa postura pôde ser identificada primeiramente em nossa doutrina no pensamento de Alcides Munhoz da Cunha, um dos teóricos a pioneiramente se debruçar sobre os “direitos individuais homogêneos” em território pátrio. Sua análise, porém, diverge daquelas hoje mais comuns à “visão material”: para o autor, os “direitos individuais homogêneos” representariam espécie de “face encoberta” dos direitos coletivos ou difusos<sup>174</sup>, revelando-se apenas no momento de liquidação e execução da sentença protetiva destes interesses metaindividuais<sup>175</sup>.

Neste esquema, a figura não seria efetivamente autônoma, mas um desdobramento procedimental das duas classes anteriores. Os “direitos individuais homogêneos” não existiram sem que houvesse uma anterior condenação em litígio versando sobre “direitos difusos” ou “direitos coletivos”, e sua essência seria somente viabilizar a liquidação e a execução individual desta decisão genérica e coletiva<sup>176</sup>. Sua origem comum seria o próprio direito metaindividual previamente trazido a juízo, reconhecendo-se a “sentença condenatória genérica” como condição *sine qua non* para seu exercício.

Como indicado, esta leitura não expressa o posicionamento hoje majoritário no âmbito da “visão material”, optando-se por conferir maior autonomia à figura. É o

---

<sup>173</sup> Lê-se no Informativo nº 601 da Corte, por exemplo, o entendimento de que “direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos”.

<sup>174</sup> É esse o pensamento defendido por Alcides Munhoz da Cunha em artigo já citado. No mesmo sentido, NUNES, Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

<sup>175</sup> CUNHA, Alcides Munhoz. *Evolução das Ações Coletivas no Brasil*. p.233-235.

<sup>176</sup> Idem. p.233-235.

que se vê, por exemplo, no pensamento de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., segundo o qual os “direitos individuais homogêneos” seriam “indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução”<sup>177</sup>, passando então (após a sentença) a haver espaço para o exercício de interesses essencialmente individuais. A lógica é substancialmente invertida: se para Cunha o rito procedimental teria como momentos (i) demanda versando sobre direito difuso ou coletivo, (ii) “sentença condenatória genérica” e (iii) liquidação individual do “direito individual homogêneo”, para esta nova leitura o trinômio seria ordenado por (i) demanda versando sobre “direito individual homogêneo”, (ii) “sentença condenatória genérica” e (iii) liquidação individual de direitos “meramente” individuais. Nos dois casos, porém, colocam-se como elementos em comum a estrutura bifásica fundada na “condenação genérica” e a distinção entre os “direitos individuais homogêneos” e direitos subjetivos estritamente individuais (ou, “direitos clássicos”).

Esta obrigatoriedade de conformação bifásica faz com que Didier e Zaneti afirmem expressamente que os “direitos individuais homogêneos” de regra se prestariam apenas à proteção repressiva<sup>178</sup>, aproximando-se de Luiz Paulo da Silva Araújo Filho para defender que sua tutela deveria passar por uma condenação genérica e abstrata<sup>179</sup>. Nessa linha, os “direitos individuais homogêneos” não seriam verdadeiramente atomizáveis, dada a inviabilidade de concebê-los como fruto da soma de uma aglomeração artificial de direitos individuais<sup>180</sup>. O predomínio de aspectos homogêneos e o viés genérico da pretensão alterariam a essência do interesse, fazendo com que “direito individual homogêneo” e “direitos individuais” fossem realidades diversas e inconfundíveis, conforme explicitado por Luiz Paulo da

---

<sup>177</sup> DIDIER JR., Fredie. ZANETI JR., Hermes. *Obra citada*. p.78

<sup>178</sup> “Em suma, no direito coletivo em sentido estrito, o grupo existe anteriormente à lesão e é formado por pessoas que estão ligadas entre si ou com a parte adversária por uma relação jurídica base No direito difuso, o grupo é formado por pessoas que não estão relacionadas. Nos direitos individuais homogêneos, o grupo é criado, por ficção legal, após o surgimento da lesão (...) A relação que se estabelece entre as pessoas envolvidas surge exatamente em decorrência da lesão, que tem origem comum: essa comunhão na ancestralidade torna homogêneos os direitos individuais (...) A observação é importante: geralmente a tutela *coletiva repressiva* (posterior à lesão) será para direitos individuais homogêneos. Quando ainda não tiver ocorrido a lesão, a ação coletiva preventiva (inibitória) para evitar o dano a um número indeterminado de pessoas, relacionadas ou não entre si (grupo de “possíveis vítimas”) terá como objeto um direito difuso ou coletivo, conforme o caso” Idem . p.80

<sup>179</sup> ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.116.

<sup>180</sup> Nessa linha, DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Obra citada*. p.81-82

Silva Araújo <sup>181</sup> e implícito às ideias de Elpídio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira <sup>182</sup>. Em síntese, os “direitos individuais homogêneos” seriam uma categoria de interesse substantivo a uma pretensão genérica, não se confundindo com “direitos individuais clássicos” e impondo que este traço genérico também se impusesse sobre sua efetivação <sup>183</sup>.

#### 4.1.2 A visão processual dos “Direitos Individuais Homogêneos”

O contraponto a essa “visão material” dos “direitos individuais homogêneos” é dado pelos teóricos que identificam a figura como construção do direito processual. Nesse grupo atualmente majoritário se situam autores como Pedro Dinamarco, Rodolfo Camargo de Mancuso, Sérgio Cruz Arenhart, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teori Albino Zavascki. E é exatamente o pensamento de Zavascki e sua didática segmentação entre “tutela de direitos coletivos” e “tutela coletiva de direitos” que serve como ponto inicial para a apresentação desta “visão processual”.

Observando as “classes” de direito apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor como viabilizadoras de demandas coletivas, Zavascki enfatiza que as duas primeiras – os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu* - corresponderiam a vestes jurídicas para os interesses metaindividuais. Seriam assim

---

<sup>181</sup> “Uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interesses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão se legitimado concentra-se no acolhimento de uma tese jurídica geral, referente a determinados fatos, que pode aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões singularizadas, especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”. ARAÚJO FILHO. Luiz Paulo da Silva. *Obra citada*. p.114

<sup>182</sup> “Justamente por se tratar de tutela coletiva (ainda que artificialmente criada), o titular de um direito individual homogêneo não se confunde com os titulares dos direitos individuais provenientes de origem comum. Por essa razão, é correto afirmar que, na hipótese de direito individual homogêneo, a titularidade é atribuída a *um grupo* de indivíduos homogeneamente considerados. Quanto à divisibilidade, significa que cada membro do grupo pode postular o direito no plano individual. Contudo, faz-se necessário esclarecer que, na via coletiva, a divisibilidade manifesta-se apenas em uma segunda fase da demanda coletiva.” DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010. p.50.

<sup>183</sup> Comentando os “direitos individuais homogêneos” a partir de sua verificação no regramento do Mandado de Segurança (coletivo), Hermes Zaneti Jr. acentua que “O fato de serem determináveis os lesados, individualmente, na alegação de direito individual homogêneo, não altera a sua acolhida na forma molecular (traço distintivo das ações coletivas em relação à fragmentação da tutela, tratamento atomizado, nas ações individuais); ao contrário, é justamente esta possibilidade que eleva as lesões, homogeneamente consideradas, ao patamar das ações coletivas, com o tratamento uno da pretensão em conjunto para obtenção de um provimento genérico”. Cita-se, ZANETI JR. Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001. p.74.



fontes de reconhecimento da existência de direitos indivisíveis e insuscetíveis de titularidade individual, ou seja, de direitos coletivos. Deste modo, a ação civil pública voltada à sua proteção representaria mecanismo de “tutela de direitos coletivos”<sup>184</sup>.

Paralelamente, o autor constata que a situação dos “direitos individuais homogêneos” seria diversa. Em seu entendimento, exemplificativo da “concepção processual”, esta categoria não representaria moldura jurídica para interesses transindividuais, pois ao falar em “direitos individuais homogêneos” o legislador estaria apenas positivando uma técnica processual de aglutinação de direitos subjetivos individuais. Os “direitos individuais homogêneos” não seriam uma categoria substantiva, mas uma modalidade procedimental voltada a viabilizar a coletivização de interesses. Sua proteção não representaria “tutela de direitos coletivos”, mas “tutela coletiva de direitos”<sup>185</sup>.

Como se vê, essa concepção possui pontos de divergência essenciais diante daquela previamente introduzida. Abdica-se da idéia de que os “direitos individuais homogêneos” são decorrentes do reconhecimento de interesses materiais coletivos, identificando-os como pedra de toque de um novo rito processual voltado à tutela de direitos já existentes, mas antes passíveis somente de análise atomizada. Com esse posicionamento coaduna Antônio Herman Benjamin, salientando que os interesses que dão base aos “direitos individuais homogêneos” não são recentes em nosso ordenamento, sendo inédita apenas a possibilidade de seu manejo aglutinado<sup>186</sup>. Seriam verdadeiramente individuais, nos termos postos

---

<sup>184</sup> “Direitos coletivos são direitos subjetivamente *transindividuais* (= sem titular determinado) e materialmente *indivisíveis*. Os direitos coletivos comportam sua acepção no singular, inclusive para fins de tutela jurisdicional. Ou seja: embora indivisível, é possível conceber-se uma única unidade da espécie direito coletivo (...) É denominação que se atribui a uma especial categoria de direito material, nascida da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado. É direito que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Obra citada*. p.41-42

<sup>185</sup> “Já os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de *homogeneidade*, o que permite a defesa coletiva de todos eles (...) Os direitos individuais homogêneos são, em verdade, aqueles mesmos direitos comuns ou afins de que trata o art.46 do CPC (nomeadamente em seus incisos II e IV), cuja coletivização tem um sentido meramente instrumental, como estratégia para permitir sua mais efetiva tutela em juízo.” Idem. p.42-43.

<sup>186</sup> Para o autor, os direitos individuais homogêneos “são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais”. Cita-se, BENJAMIN. Antônio Herman. A

por Pedro Dinamarco, não cabendo a distinção proposta pela corrente material<sup>187</sup> e viabilizando o reconhecimento por Sérgio Cruz Arenhart de que a reunião de interesses em um mesmo litígio não ilidiria sua individualidade<sup>188</sup>.

Para melhor avaliar os impactos que esse posicionamento traz à temática é válido compreender como a visão material majoritária e a visão processual dos “direitos individuais homogêneos” explicariam um mesmo caso hipotético. Propõe-se para esse teste a seguinte situação: diversos consumidores, dentre eles o indivíduo X, adquiriram um veículo da montadora Y, tendo se tornado público que em todas as transações houve cobrança indevida de valores a título de retenção comercial. Por mais árdua que seja a compreensão dos “direitos individuais homogêneos” e de seu critério legal dúbio – a “origem comum” – o exemplo parece perfazer os requisitos necessários para que lhe seja atribuída tal característica, viabilizando a análise. Vejamos, pois, como critério material e critério processual serviriam para explicá-lo:

Pelo primeiro dos parâmetros, o direito a ser manejado na demanda coletiva não seria o interesse individual de cada um dos consumidores de reaver os valores incorretamente despendidos, mas um interesse coletivo genérico voltado à condenação da montadora a indenizar os sujeitos lesados. A partir dessa condenação, respaldada em uma pretensão genérica comum e em cujo bojo predominariam aspectos homogêneos, é que os direitos individuais seriam exercidos pelas vítimas, como X, no momento da liquidação e da execução. A sentença condenatória genérica assume papel essencial, e são reconhecíveis dois interesses diversos: (i) o direito subjetivo individual ao ressarcimento, jurisdicionalizado apenas na fase executiva; (ii) o direito genérico analisado na fase cognitiva – este, o “direito individual homogêneo”.

Por outro lado, ao conceber a figura a partir de sua perspectiva processual chega-se à conclusão de que não há diversidade entre dois direitos ou interesses. O

---

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, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 96

<sup>187</sup> Analisando os “direitos individuais homogêneos” o autor ratifica se tratarem de “verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva”, constituindo efeito da “moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um mesmo fato.” DINAMARCO, Pedro. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p.60

<sup>188</sup> “A técnica de coletivização do tratamento das questões individuais, a rigor, é simplesmente uma forma de racionalizar a prestação do serviço jurisdicional, sem que se possa ver aí qualquer espécie de violação às garantias das partes”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

“direito individual homogêneo” trazido a juízo seria o próprio direito subjetivo titularizado por X e pelos demais consumidores, servindo a demanda coletiva para aglutiná-los. Não haveria um direito genérico e coletivo a ser tutelado, mas um exercício de tutela coletiva de direitos, evidenciando a distinção entre “direitos individuais homogêneos” e direitos metaindividuais e tornando a “condenação genérica” desnecessária.

#### 4.1.3 Os Direitos Individuais Homogêneos como técnica de coletivização

Ainda que o debate siga presente e que haja defensores de ambos os lados, partilhamos do entendimento de que uma análise detalhada dos “direitos individuais homogêneos” inviabiliza que a figura seja entendida como classe de interesses metaindividuais. Comunga-se com a segunda concepção apresentada, compreendendo que se trata de uma construção processual voltada à coletivização de direitos individuais que poderiam ser tutelados atomizadamente, pois são compatíveis com os ritos e procedimentos do processo civil tradicional.<sup>189</sup> Em nossa visão, a coletivização de interesses por meio dos “direitos individuais homogêneos” representa uma escolha procedimental (ainda que *prima facie*)<sup>190</sup> que não enseja qualquer modificação na estrutura de seu suporte fático e não confere qualquer atributo especial à visão clássica de “direito subjetivo”<sup>191</sup>; uma técnica processual relacionada à própria estruturação do processo<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> “Os direitos individuais homogêneos, contrariamente ao que ocorre com as duas outras categorias de direitos já examinadas, são em verdade direitos individuais, perfeitamente atribuíveis a sujeitos específicos.” ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. p.157.

<sup>190</sup> Em igual sentido, LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.36.

<sup>191</sup> Com isso nos afastamos em alguma escala do pensamento de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, que ao analisar a figura a partir dos elementos de teoria geral do direito reconhece os “direitos individuais homogêneos” como verdadeiros direitos subjetivos, mas “direitos subjetivos complexos” – o que ensejaria o manejo da ação processual coletiva para sua tutela. Em sua visão, “é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão”. Parece-nos, contudo, não ser produtor para a tutela coletiva definir os “direitos individuais homogêneos” como se tivessem um *plus* diante dos direitos meramente individuais, ou atrelá-los a uma possível “relevância social”. Cita-se, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.33.

<sup>192</sup> Compreendendo os “direitos individuais homogêneos” como instrumento apto a implementar melhorias na prestação da jurisdição, compreendida como serviço público, CAPONI, Remo. *Obra citada*. p.412-413

Em uma interpretação integrativa <sup>193</sup>, assim, percebe-se que o conceito de “processo coletivo” não se confunde com o de “processo de direitos coletivos”, não sendo obrigatório que os interesses existentes em seu contexto sejam metaindividuais. Como exposto por Zavascki, a matéria é bifronte, englobando tanto a tutela de direitos coletivos quanto a tutela coletiva de direitos. É neste último quadro que os “direitos individuais homogêneos” – por serem verdadeiramente individuais – possuem encaixe <sup>194</sup>

Direcionando os nossos olhares ao panorama global para facilitar a compreensão da matéria e demonstrar o acerto inerente à adoção de uma visão processual, notamos que a existência de figuras análogas aos “direitos individuais homogêneos” (mesmo despidas deste invólucro conceitual) tem sido realidade crescente em uma série de localidades. Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor não é um elemento isolado no cenário jurídico mundial, situando-se em um contexto de preocupação com as relações de consumo que se alastrou pelo mundo (devido ao próprio triunfo do modelo capitalista <sup>195</sup>) e ensejou a propagação

---

<sup>193</sup> Em matéria de “interpretação integrativa”, é válida a menção ao pensamento de Dworkin, para quem, por exemplo, o indivíduo que é teoricamente obrigado a decidir em determinada hipótese entre ser sincero ou polido, como no caso proposto ao autor por Fallon, poderia ver estes dois valores em atrito. Contudo, a partir da unidade moral que dá cerne ao processo interpretativo em Dworkin, esse conflito seria aparente, e não mais que isso. Sua resolução demandaria apenas uma reinterpretação das próprias idéias de “polidez” e “sinceridade”, pois se nossas conceituações até então existentes a respeito desses dois sub-valores foram suficientes, no momento em que entram em conflito aparente deixam de ser, exigindo um novo entendimento integrativo. Retornando ao estudo, o conteúdo do “processo coletivo” deve necessariamente ser lido de maneira integrada aos elementos inseridos em âmbito, de sorte que sua conceituação pressupõe trabalho interpretativo com essa finalidade. Cita-se, DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011. p.119-120.

<sup>194</sup> “Uma das principais causas, senão a principal, dos equívocos nesse novo domínio processual foi a de confundir *direito coletivo* com *defesa coletiva de direitos*, que trouxe a consequência, à toda evidência distorcida, de se imaginar possível conferir aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados coletivamente, o mesmo tratamento que se dá aos direitos de natureza transindividual. A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados *direitos individuais homogêneos*, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, para todos os efeitos, como espécie dos *direitos coletivos e difusos*, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para sua defesa em juízo. Não é assim, todavia.”. Com efeito, por mais que não se concorde com algumas das conclusões que o autor afere desse caráter *bifronte* de nosso “processo coletivo” (como a legitimação do Ministério Público para defesa de “direitos individuais homogêneos”) entende-se que a percepção dessa existência de *duas realidades diversas* na seara da “tutela coletiva” é essencial. ZAVASCKI, Teori Albino. *Obra citada* .p.40-41.

<sup>195</sup> Nas palavras de Robert Heilbroner, expressas em 1989 no periódico *The New Yorker* e que ganharam o mundo tanto pela notoriedade de seu locutor quanto pela força com que se colocam, “menos de 75 anos após seu início oficial, o embate entre capitalismo e socialismo acabou: o capitalismo venceu”. Nesse sentido, podemos perceber que se, por um lado, não há notícias de ente

de figuras de proteção coletiva dos consumidores <sup>196</sup>. Essa irradiação global de mecanismos conexos com os “direitos individuais homogêneos” é evidenciada pela existência de um centro de pesquisas direcionado ao exame das manifestações de ações coletivas pelo mundo, organizado conjuntamente pelo Oxford Center for Legal-Studies, pela Tilburg University e pela Stanford University <sup>197</sup>. A fluência também é vista por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que dedica obra especificamente ao tema <sup>198</sup>.

Desta feita, a experiência brasileira não é a única, razão pela qual, por mais que seja inviável a transposição acrítica de institutos jurídicos de outras realidades para a nossa (como demonstra Roberto Gomes <sup>199</sup>), entendemos ser igualmente equivocado abdicar de toda a grandeza que a pesquisa comparada pode trazer - aspecto revelado, dentre outros, por René David <sup>200</sup>. A observação e o aprendizado mútuo são essenciais ao cenário jurídico de um mundo globalizado, como percebido no campo do processo por Daniel Mitidiero <sup>201</sup> e por José Rogério Cruz e Tucci <sup>202</sup>. E

---

estatal que tenha materializado o “capitalismo puro”, por outro, na dicotomia entre socialismo e capitalismo os Estados que ofertaram preponderância a esse último obtiveram maior êxito em seu desenvolvimento. Resumidamente, se o “capitalismo puro” não venceu, ao menos as leituras intermediárias que lhe foram dadas se sobrepujaram às do modelo socialista.

<sup>196</sup> Sobre a manifestação desse fenômeno em território europeu, Christopher Hodges destaca que “mechanisms for collective redress spread quickly across many continental European Member States from the 1960s, as part of the rise in importance of consumer rights and protection. The phenomenon started with mechanisms to protect general consumer interests, often as an adjunct to enforcement of the new national consumer protection legislation. (...) One might set out an exhaustive catalogue of similar national collective mechanisms at this point, but it is unnecessary for present purposes, and would confuse rather than assist the search for the important fundamental issues. As can be seen (...) almost every EU Member State has either an indigenous form of collective action in the consumer protection area or has introduced or reformed one during the decade since 2000 in order to implement the EU consumer protection measures.” HODGES, Christopher. *Obra citada*. p.9-15.

<sup>197</sup> Trata-se do Global Class Actions Exchange, definido por seus idealizadores como “a companion to a series of international conferences on the worldwide spread of class actions, group proceedings and other forms of collective litigation” e cujos trabalhos podem ser acompanhados em < <http://globalclassactions.stanford.edu/>>.

<sup>198</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*.

<sup>199</sup> GOMES, Roberto. *Crítica da Razão Tupiniquim*. 11 ed. São Paulo: FTD, 1994.

<sup>200</sup> Não se pretende ingressar no debate teleológico que é marcante à comparação, conduzindo a debates relacionados à própria natureza conceitual do direito comparado. Partilha-se apenas da crença de que o fundamental é relevante ao estudioso do Direito. Nesse sentido, DAVID, René. *Obra citada*. p.2-3. Também, e esmiuçando o pensamento do francês, MCAULEY, Michael. On a Theme by René David: Comparative Law as a *Technique Indispensable*. In. *Journal of Legal Education*. n.52. Los Angeles: Southwestern University, 2002.

<sup>201</sup> Com efeito, ainda que o autor não tenha publicado obra especificamente sobre o tema tem sido constante em congressos sua exposição a respeito das reformas processuais em uma perspectiva comparativista, demonstrando avanços obtidos em outras culturas e localidades para ponderar sua possível contribuição ao direito brasileiro.

<sup>202</sup> O auxílio do direito comparado ao autor pode ser visto em CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz. *Class action e mandado de segurança coletivo, diversificações conceituais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

aqui podemos constatar facilmente que o panorama mundial depõe contra a “visão material”, não conferindo maior amparo a essa desnecessária ficção.

De fato, a *class action* norte-americana (mais célebre forma de coletivização e com antiguidade relatada por Hensler<sup>203</sup>) desenvolveu-se como um mecanismo orientado à tutela coletiva de direitos, não se propondo em qualquer momento a refutar a individualidade de tais interesses. O dado é relevante, tendo em conta que resguardadas as diferenças culturais indicadas por Antonio Gidi<sup>204</sup> (mitigadas com a aproximação entre *civil law* e *common law* percebida por Taruffo<sup>205</sup>) nosso sistema possui inspiração na estrutura norte-americana<sup>206</sup>. Esta natureza funcional da ação de classe estadunidense e a sua feição plural serão analisadas futuramente de maneira detida, bastando aqui salientar que o instituto teve como objetivo inicial estruturar uma possibilidade de agregação de interesses individuais. Esta conclusão poderia ser replicada para modelos como o australiano<sup>207</sup> ou o *GLO* inglês<sup>208</sup>. Também em Israel, por exemplo, não há tentativa de negar que a coletivização toca

---

<sup>203</sup> “Early American courts incorporated the notion of collective action in their codes of civil procedure. In 1833, the first provision for group litigation in federal courts was set forth as Equity Rule 48 (...) Ten years later, in a case arising out the pre-Civil War tensions between North and South, the U.S. Supreme Court held that absent parties could be bound by the outcomes of cases brought under Equity Rule 48. The Equity Rules were overhauled in the beginning of the next century, but the representative action device remained on the books as Equity Rule 38 (...) For about 25 years, this language provided the basis for class actions in federal courts (...) The end of the early history of class action in the United States was marked by the adoption of the Federal Rules of Civil Procedure in 1938.” HENSLER, Deborah. *Class Action Dilemmas – Pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000. p.10-11

<sup>204</sup> Analisando o instituto da *class action*, o autor destaca que “não somente cada um dos institutos, como a própria estrutura do processo, do Judiciário, da profissão forense, do direito substantivo é completamente diferente nos Estados Unidos, dificultando uma análise pontual de determinado instrumento sem contextualizá-lo com o restante do processo, com o direito e a cultura. A própria função do processo na sociedade americana é diferente (...) Por mais técnica que seja a análise, não é possível compreender uma ação sem compreender o sistema processual em que ela se insere, não é possível compreender o direito processual sem conhecer o direito material e o sistema jurídico como um todo e não é possível conhecer um sistema jurídico de um povo sem compreender a sua cultura nas esferas social, econômico e política.” GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. p.22.

<sup>205</sup> Veja-se TARUFFO, Michele. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di Common Law*. In. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n.36. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001. Também, MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil*. In. *Revista de Processo*. n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.175-232.

<sup>206</sup> Nesse sentido, GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*. In. *The American Journal of Comparative Law*. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003.

<sup>207</sup> É o que se vê em MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*. p.158-162.

<sup>208</sup> Nas palavras de Christopher Hodges, “the GLO procedure provides that all claims that fall within a definition of the group are included and will be managed together, in the same court by the same judge. The emphasis is on *managerial efficiency*. A court can make a GLO when there are a number of similar claims that ‘give rise to common or related issues of fact or law’”. HODGES, Christopher. *Obra citada*. p.52.

direitos “meramente” individuais ou de distorcer essa natureza, como se abstrai das ideias de Segal e Magen<sup>209</sup>. Sobre o tema, são elucidativos os ensinamentos de Christopher Hodges, revelando que o fato dos direitos serem tutelados coletivamente não exclui sua individualidade<sup>210</sup>, e de Remo Caponi, caracterizando os “direitos individuais homogêneos” como advindos de “diversas condutas ilícitas paralelas que atingem bens individuais e geram direitos de titularidade individual”<sup>211</sup>.

Em suma, o sistema de *class action* e a majoritária parcela dos mecanismos de tutela coletiva não oferecem respaldo à “visão material” dos “direitos individuais homogêneos”, levando ao questionamento a respeito do que a fundamentaria. Em nossa visão, esta resposta é encontrada quando percebemos (com Issacharoff<sup>212</sup>) a existência de um constante atrito entre coletivização de direitos individuais e autonomia individual/individualismo, e observamos a postura desastrosa que foi adotada em nosso direito para tentar contornar o quebra-cabeça.

Realmente, à luz das teorias clássicas seria impensável que um direito individual pudesse ser conduzido a juízo de forma vinculante sem a manifestação de vontade de seu titular ou que um representante atuasse nessa condição sem poderes expressamente outorgados (dados imprescindíveis em um sistema efetivo de coletivização). Ocorre que, para fugir destas arestas, o processualista brasileiro optou por distorcer o novo para lhe adequar ao antigo. Ao invés de adaptar o processo à coletivização, fez o oposto, teorizando em cima da nova técnica e moldando seu conteúdo para que não impusesse uma reestruturação dos institutos processuais.

Em síntese, ao almejar a instituição de uma “ação de classe” nosso jurista se deparou com três opções: (i) reconhecendo a maleabilidade do processo civil e sua

---

<sup>209</sup> MAGEN, Amichai. SEGAL, Peretz. The Globalizations of Class Action: Israel. In. *The annals of the American Academy of Political and Social Science*.n.622. Philadelphia: American Academy of Political and Social Science, 2009. Sobre o tema das ações de classe em Israel, também, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. OSNA, Gustavo. A Lei das Ações de Classe em Israel. In. *Revista de Processo*. n.214. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

<sup>210</sup> Dentre outras passagens, leia-se, por exemplo, a afirmação do autor de que “in an age of mass use of products and services, it is perhaps surprising that instances in which multiple individual litigation claims that relate to the same underlying issues did not arise as na issue for European national courts to confront sooner than they did.” HODGES, Christopher. *Obra citada*. p.51.

<sup>211</sup> CAPONI, Remo. Azioni collettive: Interessi Protetti e Modelli Processuali di Tutela. In. *Rivista de Diritto Processuale*. Ano LXIII, n.5. Padova: Cedam, 2008. p.1218.

<sup>212</sup> Conforme o autor, “all western legal systems take the individual to be the core of their rules, responsibilities and rights. This individual focus, however, fits uncomfortably with the reality of mass society and poses fundamental challenges to these legal systems (...) such limitations have put pressure on legal systems to innovate in response to the changing need of society and to expand the traditional party-bound notion of litigation”. ISSACHAROFF, Samuel. *Fairness in Aggregation*. p.31-32.

natureza contextual, reinterpretar as garantias e bases liberais, compatibilizando o seu conteúdo com a nova técnica; (ii) abdicar do uso da aglutinação; (iii) ou, tentar adaptar a própria coletivização para (aparentemente) evitar sua colisão com a processualística preexistente, passando a *latere* do problema. A adoção desta terceira alternativa é a justificativa para a construção de um conceito material de “direitos individuais homogêneos”, criando um plano teórico em que o “novo” interesse pudesse ser conduzido a juízo e o “direito meramente individual” que lhe é basal seguisse intacto.

A lógica conceitual e formalista e o apego a visões liberais do processo predominaram e condicionaram a recepção da coletivização. Não surpreende, neste toque, que o processo italiano (notório por se servir destas bases) tenha sido o berço de tal estruturação<sup>213</sup>. Ao falar em uma categoria substancial de “direito individual homogêneo” a uma “pretensão genérica”, criou-se uma ficção para permitir e legitimar a tutela coletiva de direitos sem impactar na estrutura do processo. Seria o mesmo que, por exemplo, ao invés de admitir a técnica de antecipação dos efeitos da tutela se falar em uma categoria material de “direito nitidamente cognoscível” e apartá-lo do direito apreciado no momento derradeiro da lide<sup>214</sup>. Felizmente, ao menos neste equívoco nosso ordenamento não incorreu<sup>215</sup>.

Desta feita, parece-nos que em autêntica contradição performativa a “visão material” se afasta da realidade material, supondo a existência de uma categoria de interesse substantivo nitidamente mentalista com o único propósito de preservar incólume a estrutura processual liberal e suas interpretações. Não obstante, sua presença e sua defesa seguem presentes em nosso espaço jurídico, havendo quem, como Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr., chegue a afirmar que a “visão

---

<sup>213</sup> Como nota Antonio Gidi, “Em contraste com o direito francês e alemão, os doutrinadores italianos, inclusive os processualistas, estudam a proteção dos direitos de grupo sob a perspectiva do direito substantivo (direitos difusos e coletivos) e não sob a perspectiva dos meios processuais para sua defesa em juízo. A doutrina italiana é particularmente rica com tentativas de definir os conceitos de direitos difusos e coletivos. Existem tantas definições quanto doutrinadores”. Neste sentido, cita-se especialmente o pensamento de Vigoriti, influência marcante em nosso direito processual civil. Veja-se GIDI, Antonio, *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. p.202-203. VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.

<sup>214</sup> Sobre a antecipação de tutela como técnica processual e os equívocos nessa percepção que decorrem da tentativa de unificá-la à tutela cautelar (está efetiva categoria autônoma), cita-se MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. p. 199-208.

<sup>215</sup> Atente-se, inclusive, que na questão da antecipação de tutela nosso ordenamento obteve maior funcionalidade prática pelo fato de ter conseguido romper com o intelecto italiano, como percebe Edoardo Ricci em RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. In. *Revista de Direito Processual Civil*. n.6. Curitiba: Gênese, 1997. p.691-720.



processual” dos “direitos individuais homogêneos” importaria *capitis diminutio* para o tema <sup>216</sup>. Entretanto, reconhecer a realidade ao invés de querer forjá-la conceitualmente não nos parece *capitis diminutio*. Do mesmo modo, o fato dos autores identificarem a possibilidade de execução pelo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos como lastro para esta visão material <sup>217</sup> é revelador, expondo uma leitura errônea a respeito da *class action* que será apontada ao longo do estudo.

#### 4.2. Alguns efeitos do reconhecimento dos “direitos individuais homogêneos” como técnica processual

Esta definição dos “direitos individuais homogêneos” como um instrumento processual traz consequências em diversos aspectos relacionados ao instituto, impactando em sua compreensão. Ao perceber que os interesses a que essa roupagem jurídica é atribuída não discrepam daqueles meramente individuais, vê-se que inúmeros tópicos da matéria acabaram sendo distorcidos pela “visão material”. Com a compreensão de que essa abstração é desnecessária e representa fruto de um apego formalista, uma série de barreiras é movida e se amplia a funcionalidade da disciplina. Apenas com a ciência dessa individualidade seus parâmetros e fundamentos de legitimação podem ser relidos.

Com esta base, o que se pretende no presente tópico é demonstrar algumas das reinterpretações estruturais que decorrem do abandono da “visão material”, abdicando da crença em uma “pretensão genérica” inconfundível com o “direito meramente individual”, concebendo a figura como técnica processual e, conseqüentemente, abrindo esta nova porta para o processo. Compreender os “direitos individuais homogêneos” como eminentemente individuais, ainda, leva à formulação de diversos questionamentos. Por que instituir outro procedimento para a tutela de interesses cuja proteção pelo processo clássico é possível? O que autorizaria essa modificação?

---

<sup>216</sup> DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Obra citada*. p.80-81.

<sup>217</sup> “Ora, pelo que podemos perceber até aqui, a tutela desses direitos não se restringe aos direitos individuais das vítimas. Vai além, tutelando a coletividade mesmo quando os titulares dos direitos individuais não se habilitarem em número compatível com a gravidade do dano, com a reversão dos valores ao FDD. Assim, não se pode continuar afirmando serem esses direitos estruturalmente direitos individuais, sua função é notavelmente mais ampla. Ao contrário do que se afirma com foros de obviedade não se trata de direitos acidentalmente coletivos, mas de direitos coletivizados pelo ordenamento para os fins de obter a tutela jurisdicional constitucionalmente adequada e integral.” Idem. p.80

As perguntas são pertinentes e demandam atenção. Ao longo das próximas linhas, espera-se oferecer respostas que não apenas as satisfaçam, mas também contribuam para a compreensão do papel da coletivização no complexo jogo entre limites e objetivos da jurisdição. É a partir desse cenário que será possível analisar nosso ordenamento normativo e suas possíveis imperfeições.

#### 4.2.1 “Direitos Individuais Homogêneos” ou “Técnica de Coletivização”?

Conforme destacado, o sistema brasileiro de tutela coletiva possui forte inspiração da doutrina italiana, tendo sido dali que se retirou a própria noção de “direitos individuais homogêneos”<sup>218</sup>. O conceito hoje está presente em nosso texto normativo e consagrado em nossa realidade jurídica. Mesmo havendo debate a respeito de sua natureza, pouco se questiona quanto à sua manutenção no ordenamento.

Nada obstante, o que se defende aqui – radicalizando a “visão processual” – é que a própria expressão “direitos individuais homogêneos” é desnecessária. Além de não contribuir para a melhor compreensão da matéria, ela exerce função contrária nessa caminhada. Sua presença é resquício de uma construção conceitualista, contribuindo para que a “visão material” siga viva e evitando que o processo deixe a abstração e se aproxime da realidade.

De fato, falar em “direitos individuais homogêneos” viabiliza as repetidas tentativas de conceituar e analisar tais direitos como se fossem divergir estruturalmente dos demais interesses individuais. Essa insistência é um dos grandes entraves à maximização da tutela coletiva em território nacional, instaurando preocupação avessa à funcionalidade da disciplina e limitando sua atuação (dificuldade percebida, por exemplo, por Sérgio Cruz Arenhart<sup>219</sup>). Contrariamente, compreender que o instituto representa uma técnica processual permite colocá-lo no mesmo patamar teórico do litisconsórcio, do chamamento ao processo ou do julgamento antecipado da lide. Dessa forma, a preocupação não deve ser centralizada em conceituar o que os “instrumentos” são, mas em analisar

---

<sup>218</sup> Para apreciação do “processo coletivo” na doutrina italiana contemporânea, cita-se GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Molino, 2008.

<sup>219</sup> O autor salienta que a dificuldade para obtenção de provimentos favoráveis em demandas coletivas é verdadeiramente experimentada por aqueles que possuem a oportunidade de vivenciar o manejo cotidiano do processo coletivo por nossos Tribunais. Neste sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*.

para quais finalidades servem e em quais hipóteses é cabível seu manejo – o que, de fato, ocorre em todos os demais casos<sup>220</sup>.

Uma comprovação didática dessa distorção pode ser obtida pela análise comparativa entre a técnica de coletivização via ação coletiva e a técnica do “julgamento de recursos repetitivos” prevista na Lei 11.672/2008. Ambas representam figuras processuais motivadas por escolhas e necessidades do próprio processo. Ocorre que apenas no “julgamento de recursos repetitivos” isso foi aceito, inexistindo preocupação legislativa em conceituar o que seriam “recursos pares” ou “recursos homogêneos”. O legislador se ateuve à elaboração de critérios a partir dos quais é viável a utilização do mecanismo<sup>221</sup>, discrepando do que foi feito em relação à técnica de coletivização prevista no microsistema de processo coletivo.

Com esse pano de fundo e com a negativa do conceito material de “direitos individuais homogêneos” é possível chegar a uma conclusão contundente que dará cerne à continuidade do estudo: *“direitos individuais homogêneos” não existem*. A figura (pouco clara e em nada serviente à jurisdição) encobre conceitualmente a existência de uma técnica de coletivização, este sim o dado a ser considerado. Esta perspectiva opera verdadeira guinada terminológica: quando se discute o que caracteriza os “direitos individuais homogêneos”, discute-se – às avessas - o que viabiliza a coletivização ali prevista; quando se debate se determinado direito é ou não “individual homogêneo”, o que se contesta é se comporta ou não a aglutinação. A inversão revela que a figura dos “direitos individuais homogêneos” é uma alegoria desnecessária, servindo mais à defesa abstrata da “visão material” que à

<sup>220</sup> O regramento normativo dessas três figuras é exemplificativo para demonstrar que uma *técnica* processual não é habitualmente definida a partir dos interesses que ensejam seu uso, não existindo categorias como “direitos litisconsorciáveis”; “direitos similares em litisconsórcio” ou outras similares. Senão veja-se: “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.”;

“Art. 77. É admissível o chamamento ao processo: I - do devedor, na ação em que o fiador for réu; II - dos outros fiadores, quando para a ação for citado apenas um deles; III - de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum.”;

“Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II - quando ocorrer a revelia (art. 319).”.

<sup>221</sup> “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 (...)

instrumentalidade da jurisdição. Não é por acaso que Cound, Friedenthal, Miller e Sexton indicam que a Reforma Legislativa de 1966 aprimorou o uso da *class action* ao romper com a postura conceitualista então vigente<sup>222</sup>. É que uma técnica pragmática e funcional, como a coletivização, somente será frutífera se analisada sob este enfoque, reconhecendo o possível atrito que apresenta face à interpretação clássica das garantias individuais, mas compreendendo que – para um processo efetivo – esta hermenêutica não é mais possível. Retornaremos a este ponto ao longo do estudo.

Além disso, também é comum a subsunção entre “direitos individuais homogêneos” e “direitos de massa” – conceito que, na acepção de Richard Nagareda, encontra-se em “estado de arte”<sup>223</sup>. Neste toque, empresta-se esta última situação para descrever realidade na qual a primeira figura se inseriria. A explicação se remete ao próprio fenômeno da “sociedade de massa” e à eventual instituição de “novos direitos” que teria ocorrido em seu contexto<sup>224</sup> impactando nas relações sociais<sup>225</sup>. A leitura não é equivocada e a sua análise do plano concreto é

<sup>222</sup> “Originally Rule 23 attempted to describe when a class action was proper in a highly conceptualized way. However, this structure proved to be confusing to apply (...) which led the Advisory Committee in 1966 to rewrite Rule 23 completely to substitute functional tests for the conceptual categories”. COUND, John J. FRIEDENTHAL, Jack H. MILLER, Arthur R. SEXTON, John E. *Civil Procedure – Cases and Materials*. 8 ed. Saint Paul: West Group, 2001. p.696.

<sup>223</sup> O autor chega a essa constatação ao afirmar que “the mass torts phenomenon is all too familiar in recent decades, not only to lawyers but also to the public at large (...) these accumulates examples have made “mass torts” into a term of art in the law – something understood not merely to involve tortuous misconduct on a mass scale but, more specifically, a kind of mass tortuous misconduct that is especially difficult for the legal system to address”. NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a world of settlement*. Chicago: University of Chicago Press, 2007. p.vii-viii.

<sup>224</sup> Ainda que não haja consenso acerca da definição e das características da “sociedade de massa”, notadamente por sua formatação tomar longo período histórico – gerando modulações estruturais -, é viável estabelecer em caráter instrumental que “a Sociedade de massa pode ser definida como uma sociedade em que a grande maioria da população se acha envolvida, seguindo modelos de comportamento generalizados, na produção em larga escala, na distribuição e no consumo dos bens e serviços, tomando igualmente parte na vida política, mediante padrões generalizados de participação, e na vida cultural, através do uso dos meios de comunicação de massa”. ORTEGATI, Cassio. Sociedade de massa. In. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola, PASQUINO, Gianfrancesco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmem C. Varriale. 8. ed. rev. v.1. Brasília:UNB, 1995. p. 1211

<sup>225</sup> Nessa aproximação, veja-se ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. Cita-se, também, Didier Jr. e Zaneti Jr., que afirmam que, sob uma perspectiva sociológica, as ações coletivas “podem ser verificadas e identificadas no aumento das “demandas de massa” instigando uma “litigiosidade de massa”, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea. A constitucionalização dos direitos e os movimentos pelos direitos humanos e pela efetividade dos direitos fundamentais (como direitos humanos constitucionalizados), partindo dos primeiros documentos internacionais resultantes do fim da II Guerra Mundial, levaram o Direito a um novo patamar pós-positivista e principiológico, exigindo uma nova postura da sociedade em relação aos direitos. A visão dos destinatários das normas jurídicas e do aparelho judicial e não apenas dos órgãos produtores do direito passa a ingressar no cenário. Para tutelar efetivamente os

correta. A ressalva que se faz aqui é que, abdicando da própria tentativa de definir os “direitos individuais homogêneos”, o conceito de “direitos de massa” também deve ser visto com cautela, dada a possibilidade de resgatar uma “visão material” incompatível com o processo em sua perspectiva funcional.

Sem pretensões de aprofundamento, pode-se afirmar que com a “sociedade de massa” diversas relações passaram a ser travadas de maneira replicada e idêntica, tornando mais corriqueira a verificação de interesses afins relacionados a matérias similares. Um exemplo dessa massificação pode ser visto nos contratos bancários. É notório que esses negócios jurídicos não são celebrados mediante prévia negociação das partes. A situação, talvez, sequer pudesse ser diversa, tendo em vista as necessidades econômicas e o dinamismo da sociedade contemporânea. De qualquer modo, celebrando termos contratuais idênticos a instituição financeira gera uma cadeia em que, havendo irregularidades de cobrança, diversos sujeitos que não se conhecem possivelmente possuirão interesses afins, estarão na mesma poltrona diante do ordenamento normativo e ocuparão posição fática similar. Realmente, esses interesses poderiam ensejar campo fértil para a técnica de coletivização. Todavia, também aqui é incorreto afirmar que surgiu uma nova categoria de direitos, e a utilização do conceito de “direitos de massa” pode conduzir a essa errônea interpretação.

É certo que o fato de negócios terem assumido natureza plural (tornando os interesses relevantes a uma “massa”) contribuiu para que a técnica de coletivização se alastrasse. Porém, a aproximação entre os elementos não pode levar à procura por uma nova categoria material que explique a coletivização. Nesse sentido é que, mesmo que a noção dos “direitos de massa” seja menos obscura que o conceito de “direitos individuais homogêneos”, parece mais apropriado (se há pretensão de reproduzir o caráter massivo das demandas) falar-se em “litígios de massa”, aproximando-se da própria visão de “*mass litigation*” que é comum na doutrina estrangeira<sup>226</sup>. O objetivo da substituição é simples: evitar que se insista em refutar a equivalência entre os interesses coletizáveis e quaisquer interesses “meramente” individuais.

---

“consumidores” do direito, as demandas individuais não faziam mais frente a nova realidade complexa da sociedade.” DIDIER JR. Fredie. ZANETI JR. Hermes. *Obra citada*. p.34.

<sup>226</sup> Sobre o tema, NAGAREDA, Richard. *Obra citada*.

#### 4.2.2 Coletivização ou Coletivizações?

Rasgando o véu conceitualista dos “direitos individuais homogêneos”, assim, observar-se a previsão do Código de Defesa do Consumidor a partir de sua funcionalidade, constatando que o texto legal dá vazão a uma técnica procedimental. Naturalmente, seu uso pressupõe que haja parâmetros teleológicos de similitude entre os interesses individuais, visando gerar benefícios como a economia processual e a redução do risco de decisões conflitantes. Tais justificativas serão analisadas de forma detida no próximo capítulo, mas a formação deste quadro preliminar é relevante para embasar a seguinte conclusão: a técnica de coletivização prevista no regramento da ação civil pública não é a única existente em nosso ordenamento.

Para embasar este raciocínio é importante observarmos, como faz Arenhart, que a “coletivização” constitui ferramenta procedimental de destacada valia para lidar com interesses total ou parcialmente justapostos, em maior ou menor escala. Neste prisma, falar em “coletivização” é se referir a um instrumento sujeito a modulação dimensional, podendo ensejar o julgamento conjunto tanto de todo o interesse individual (por ser maior a correlação) quanto a apreciação de alguma questão comum essencial para o deslinde de possíveis pretensões individuais<sup>227</sup>.

Ato contínuo, a coletivização de um interesse pode ser total (*tout court*) ou parcial, suprindo seu conhecimento atomizado por completo ou, no menor dos cenários, instituindo uma decisão estável sobre parcela de sua causa de pedir. Em ambos os casos, estabelece-se uma preclusão sobre determinada dimensão do litígio, almejando permitir ao Poder Judiciário trabalhar de maneira mais adequada (e mais afeita ao pragmatismo e ao funcionalismo). A diferença entre as técnicas dita a intensidade e o contorno com que esse tratamento coletivo se dá, assim como sua eficiência para atingir os benefícios esperados de um sistema de aglutinação.

Ao lado da técnica de coletivização prevista em nosso microsistema de processo coletivo, podemos destacar neste contexto alguns dos outros instrumentos disponibilizados no direito brasileiro para que se aborde coletivamente, de maneira total ou parcial, um interesse. O primeiro deles, já citado ao longo do estudo, é a técnica de julgamento de recursos repetitivos. De fato, a análise deste ferramental revela que sua instituição teve como objetivo implantar um sistema de

---

<sup>227</sup> Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

prejudicialidade no qual a análise de um recurso determinasse o rumo das demais demandas que versassem sobre o mesmo tópico. Trata-se, assim, de coletivizar a decisão proferida no julgamento do recurso paradigma, fazendo-a incidir sobre os casos análogos.

Também neste caminho, pode ser reconhecida como uma técnica de coletivização de interesses a ferramenta das súmulas, de uso crescente no direito brasileiro. O mesmo vale para quaisquer outros mecanismos calcados nos precedentes: sua instituição passa pela opção política de que a deliberação a respeito de um interesse tome proporções coletivas, para que assim situações tidas como próximas recebam igual tratamento.

Da mesma maneira, ao reger o denominado “incidente de resolução de demandas repetitivas” o anteprojeto de Código de Processo Civil atualmente em trâmite possui como objetivo instituir uma nova possibilidade de coletivização<sup>228</sup>. Seu foco também é o redimensionamento dos efeitos da decisão, tornando-a impositiva para situações análogas àquela tomada como piloto, em estrutura inspirada no *Musterverfahren* alemão<sup>229</sup>.

Sintetizando, o que se nota a partir da ruptura pragmática com o conceito material de “direitos individuais homogêneos” é que o que está em sua base é um mecanismo de coletivização. Em um visão panprocessual como a de Sérgio Cruz Arenhart, contudo, percebemos que o nosso sistema jurídico não possui somente uma técnica de coletivização, mas técnicas de coletivizações – tanto por serem múltiplos os ferramentais quanto por também ser variante a dimensão que a coletivização pode assumir, ora tocando questões parciais inerentes ao interesse, ora tomando o interesse de forma total. Isto se comprova quando observamos, por

---

<sup>228</sup> Ainda em trâmite em nossas Casas Legislativas, assim dispõe o art.930 do Anteprojeto, em seu relatório apresentado em caráter final ao Senado Federal: “Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”.

<sup>229</sup> Após se remeter à necessidade de combater a “dispersão excessiva da jurisprudência” e o “assobramento de trabalho no Poder Judiciário”, a exposição de motivos do anteprojeto refere explicitamente que “com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta”. Em nota de rodapé, a exposição esclarece (nota 19) que “no direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu” e enfatiza (nota 20) que “tais medidas refletem, sem dúvida, a tendência de coletivização do processo”.

exemplo, que o ordenamento norte-americano contempla uma série de mecanismos de coletivização diversos da *class action*<sup>230</sup>.

No presente estudo, nosso recorte seguirá sendo o regime de coletivização total de direitos, isto é, a técnica que permite o exame e a proteção aglutinada *tout court* dos interesses em uma única demanda – amparada em nosso Direito no microsistema de processo coletivo com os “direitos individuais homogêneos”. Fica, porém, o lembrete de que qualquer mecanismo que procure instituir um precedente ou um paradigma é em última análise uma ferramenta de coletivização.

#### 4.2.3 Limites à conceituação: “Origem Comum”; “Interesse Predominante”; “Prevalência”?

Desviando deste enfoque pragmático, todavia, o debate a respeito do que os “direitos individuais homogêneos” são e do que caracteriza sua “homogeneidade” tem sido amplo, passando por temas como a suficiência da conceituação legal. Com essa observação distorcida, as hipóteses em que a técnica de coletivização seria cabível são vistas às avessas, perdendo-se aspectos relevantes ao estudo.

Analisando superficialmente a discussão, nota-se que a inspiração do Código de Defesa do Consumidor na *class action* para definir os “direitos individuais homogêneos” a partir de sua “origem comum” é falha. Isso porque o que a *Federal Rule* indica como pressuposto à certificação da *class action* não é a “origem comum”, mas a existência de “questões comuns de fato ou de direito”. Esse

<sup>230</sup> Entre estes instrumentais, podemos destacar, por exemplo, o *multidistrict litigation* positivado no 28 USC, §1407, técnica regulamentada em 1968 que prevê que “quando demandas civis envolvendo uma ou mais questões comuns de fato ou de direito estejam pendentes de julgamento em distintos distritos, elas sejam transferidas para qualquer um deles para consolidação ou coordenação dos procedimentos de *pre-trial*”. Deve-se destacar que sua extensão atinge litígios relacionados à matéria federal e que pode ser impulsionada tanto por alguma das partes quanto pelo *Judicial Panel on Multidistrict Litigation*. Coloca-se na mesma linha a transferência fundada no 28 USC §1404, segundo a qual “para a conveniência das partes ou testemunhas, ou no interesse da justiça, uma corte distrital pode transferir determinada demanda civil para qualquer outro distrito ou divisão onde poderia ter sido manejada”. Em tempo, por mais que o procedimento também seja restrito ao sistema judicial federal, seu uso como técnica de agregação possui uma vantagem direta se comparado ao *multidistrict litigation*: aqui, a coletivização não se dá apenas para o *pre-trial*, ocorrendo verdadeira redistribuição do litígio. Por último, destacamos o *multyparty, multiform trial jurisdiction act* de 2002, texto normativo que viabiliza o deslocamento para a competência federal de alguns casos de *mass torts* que, tipicamente, deveriam ser apreciados pelos Tribunais estaduais. Para tanto, seria preciso que houvesse um potencial conflito entre estados relacionado aos efeitos do acidente e à discrepância entre os domicílios das partes e o local do dano. Além disso, o texto também prevê que, no caso de deslocamento de litígios para a competência federal, seria necessária a notificação do *Panel* para que averiguasse a possibilidade de coletivização, conferindo-lhe claros poderes gerenciais.



requisito, denominado doutrinariamente de *commonality* (replicado pelo diploma inglês ao regular a *GLO*<sup>231</sup>), é bastante mais elástico, propiciando valorações que em nada tocam a “origem” do direito<sup>232</sup>.

Por outro ponto, a comunhão de questões fáticas ou jurídicas não é o único aspecto relevante no direito estadunidense para a certificação. De fato, pois o regime da *Federal Rule of Civil Procedure 23* não prevê uma forma única e exclusiva de ação de classe, mas ampara normativamente ao menos três *class actions* a partir de um diálogo entre requisitos *gerais* e pressupostos *específicos* de certificação – como enfatizado por Issacharoff<sup>233</sup>. Ao contrário do que ocorre com o nosso microssistema de processo coletivo, reconhece-se com isto que a instrumentalidade nem sempre poderá se dar através de uma mesma e uniforme trilha.

Com efeito, a questão é esclarecida quando constata-se que a legislação estipula inicialmente os seguintes requisitos genéricos da *class action* (previstos na Rule 23(a) como “pré-requisitos”): (i) “que a classe seja tão numerosa que o ingresso de todos os membros seja impraticável”; (ii) que haja questões de fato ou de direito comuns à classe”; (iii) “que os pedidos ou as defesas das partes representadas sejam compatíveis com os da classe”; (iv) “que os interesses da classe sejam representados de forma adequada e justa”<sup>234</sup>. Apenas após, na Rule 23(b), são cominados os requisitos específicos para cada uma das formas de *class action*,

<sup>231</sup> Nos termos do Schedule 2, 19.10, da Emenda de 2000 ao Código de Processo Civil Inglês “19.10 A Group Litigation Order (“GLO”) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the “GLO issues”).”

<sup>232</sup> Conforme pontuado pela United States Court of Appeals for the Ninth Circuit ao se manifestar sobre o caso *Dukes v Walmart Inc.* (2007), “Rule 23(a)(2) has been construed permissively. All questions of fact and law need not be common to satisfy the rule. The existence of shared legal issues with divergent factual predicates is sufficient, as is a common core of salient facts coupled with disparate legal remedies within the class (...) The commonality test is qualitative rather than quantitative — one significant issue common to the class may be sufficient to warrant certification. (...) As the district court properly noted, “plaintiffs may demonstrate commonality by showing that class members have shared legal issues by divergent facts or that they share a common core of facts but base their claims for relief on different legal theories”.

<sup>233</sup> “As the name would imply, the Rule 23 (a) prerequisites for class certification are just that: prerequisites. Rule 23 (b) then requires that a court finding that the prerequisites are met determine which of the three primary sorts of class action is to be created. The distinct class action types correspond to familiar problems in the joinder rules, responding to competing demands for insufficient resources, the indivisibility of the remedies sought by the class, or the simple efficiency commands of aggregate treatment of small claims that would not merit prosecution on their own”. ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005. p.79.

<sup>234</sup> “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

revelando que se tratam de três. A primeira (23 (b)1), centra-se no fato do prosseguimento isolado das ações gerar riscos de: (i) decisões que impusessem comportamentos contraditórios ao réu; (ii) decisões cuja realização individual fosse atingir diretamente as possibilidades de reparação dos outros membros da classe <sup>235</sup>. A segunda classe (23 (b) 2) é a manejada nos casos em que a conduta do réu atinge a classe de modo que a decisão final deve se aplicar extensivamente a ela (ex. decisões mandamentais) <sup>236</sup>. Já a terceira, denominada *class action for damages*, impõe como requisitos, genericamente, a predominância de questões fáticas ou jurídicas comuns e a superioridade da *class action*. Para aferição deste par de elementos, traz os seguintes parâmetros: (i) o interesse dos membros da classe em controlar as possíveis demandas individuais; (ii) a natureza de possíveis litígios já iniciados a respeito da controvérsia; (iii) os benefícios ou desvantagens de concentração do litígio coletivo; (iv) as possíveis dificuldades na gestão da *class action* <sup>237</sup>.

Não há assim uma *class action*, mas *class actions* no plural - fundadas em pretextos diversos. Em nossa tradição conceitual, porém, o texto normativo errou duas vezes: a primeira por não definir a técnica, mas os próprios direitos que viabilizariam seu uso (diferença percebida por Antonio Gidi <sup>238</sup>); a segunda, e consequência da anterior, por impor a “origem comum” como condição exclusiva de constituição dessa definição (por isso, insuperável).

---

<sup>235</sup> “(b) A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests”.

<sup>236</sup> “(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole”.

<sup>237</sup> “(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

<sup>238</sup> É o que se percebe claramente pela redação do próprio diploma legislativo. Em sentido similar, é válido transcrever o pensamento de Antonio Gidi, para quem “Comparison of the rules reflects a profound philosophical difference between the two procedural systems: while lawyers in common-law jurisdictions think of law in terms of “types of actions” or “types of facts,” civil lawyers think of it in terms of “types of substantive rights”. GIDI, Antonio. *Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*. p.350.

Por mais que Kazuo Watanabe tente refinar o conceito doutrinariamente <sup>239</sup>, não há na legislação brasileira critérios nítidos para delimitar o que seria a aludida “origem comum”. A noção é porosa e não parece capaz de dar base a uma teoria da aglutinação minimamente densa, sujeitando-se a valorações subjetivas desguarnecidas de parâmetro concreto <sup>240</sup>. Além disso, é questionável se o elemento é o bastante para englobar todas as situações em que a coletivização poderia ser útil.

A ausência de clareza levou a doutrina a prosseguir com o debate, encontrando uma nova baliza na “preponderância das questões coletivas” - idéia que ganhou corpo com o pensamento de Ada Pellegrini Grinover <sup>241</sup> e hoje é tão recorrente quanto a “origem comum” <sup>242</sup>. Adotando esse critério, um direito seria “individual homogêneo” caso em seu entorno existissem, quantitativamente <sup>243</sup>, mais aspectos relevantes à comunidade do que ao próprio litigante (prevalecendo o “interesse público” sobre o “particular”).

Essa ideia representa outra importação da *class action* <sup>244</sup>, mas também aqui

<sup>239</sup> Destaca Watanabe que “origem comum” não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como cauda de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles”. WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.629.

<sup>240</sup> Tomando como exemplo os contratos bancários, âmbito plenamente compatível com a *class action* norte-americana, não há possibilidade de com as balizas postas pelo direito brasileiro afirmar-se que a comunhão de origem decorre da assinatura de um mesmo contrato, da similitude da irregularidade ou mesmo da justaposição entre os estilos de investimento realizados. É natural que doutrina e jurisprudência devam exercer papel no preenchimento desse conteúdo abstrato. Entretanto, o fato é que a previsão normativa propicia interpretações literais que limitem a incidência da técnica de coletivização.

<sup>241</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In. *Revista de processo*. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>242</sup> Como afirma Sérgio Cruz Arenhart, “Talvez o critério mais conhecido para a identificação dos direitos individuais homogêneos seja aquele, especialmente empregado por Ada Pellegrini Grinover, com nítida inspiração norte-americana, que reconhece o caráter homogêneo aos direitos individuais sempre que houver preponderância das questões coletivas sobre as questões individuais”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

<sup>243</sup> “Trata-se de um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva. Se houver várias questões coletivas envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento “geral”, que aprecie as questões comuns em uma só decisão, porque com isso se poupa tempo e recursos judiciais nas ações individuais”. Idem.

<sup>244</sup> “Rule 23: (b) Types of Class Action - A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (b) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun

a transposição não é satisfatória. A par das críticas de Antonio Gidi<sup>245</sup>, o que é suficiente perceber no presente momento é que a “preponderância” não é um critério adotado isoladamente para certificação da *class action*, sendo conjugada com uma gama de situações. No momento em que se eleva esse requisito ao posto de condição de constituição do “direito individual homogêneo”, entretanto, faz-se dele elemento *sine qua non* e único da coletivização. Servível ou não à realidade brasileira, o que é certo é que ao ser utilizado para definir os “direitos individuais homogêneos” o critério se torna mais conceitual do que prático.

Neste ponto, seria possível observar ainda a “superioridade” da tutela coletiva ou outros elementos que nossa doutrina procurou para explicar os “direitos individuais homogêneos”<sup>246</sup>. Contudo, essa exposição sequer é necessária, pois toda tentativa dessa natureza será falha. Como descrito, *tais direitos não existem materialmente*, de modo que querer os definir é *procurar subsídio concreto em uma abstração*, trabalhando com um conceito incerto e inviabilizando a coletivização, à lá Bordieu<sup>247</sup>. De fato, não há razão para que a instituição de uma técnica se dê pela adjetivação dos interesses sujeitos ao seu uso. A positivação reflete apego conceitualista e o debate deve ser revisto.

#### 4.2.4 Relendo o processo: o que autoriza uma técnica de coletivização?

O reconhecimento de que os “direitos individuais homogêneos” nada mais são do que uma técnica processual voltada à aglutinação de interesses subjetivos nos leva, ainda, a um último questionamento – expresso no próprio título do presente tópico. A indagação se evidencia quando observamos a distinção funcional entre a positivação dos “direitos individuais homogêneos” e a normatização dos

---

by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

<sup>245</sup> “O requisito da predominância é absolutamente desnecessário e inaplicável à nossa realidade e pode conduzir a sérios problemas na aplicação prática dos processos coletivos no Brasil (...) Esse é apenas mais um exemplo em que se utiliza o direito norte-americano de forma acrítica e inadequada, sem o menor conhecimento de seu contexto (...) Trata-se, portanto, de utilização mal-feita, acrítica, descontextualizada e desnecessária do direito processual norte-americano.” GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. p.189-190.

<sup>246</sup> Critério expresso, por exemplo, em GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>247</sup> Do pensamento do autor se extrai que a verificação de condições objetivas (como conceitos condiciona e restringe a atuação subjetiva daqueles que delas fazem uso (como os agentes processuais). Assim, a inexistência de feições claras do que seriam os direitos individuais homogêneos dificulta seu uso, demandando uma nova análise da problemática. BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.

interesses verdadeiramente metaindividuais, fazendo com que sua importância seja ressaltada. De fato, para o estudo de uma técnica procedimental é inarredável investigar o que a justifica, fundamentando sua defesa em desfavor da visão clássica de lide bilateral e da “ordinarização do processo”<sup>248</sup>.

Analisando a evolução histórica da disciplina processual civil e partindo do próprio comparativo acima, acreditamos que as adaptações do processo podem obedecer, inicialmente, à insuficiência da disciplina para dar conta de novas realidades ou de elementos colocados de maneira inédita à apreciação jurisdicional. Aqui, as modulações do processo são imperativas, constituindo caminho necessário para que a disciplina acompanhe as modificações realizadas no plano concreto e para que sejam supridas as lacunas que impeçam sua funcionalidade.

Como dito, foi exatamente este o fundamento que motivou a preocupação legislativa em equipar o processo de instrumentos para a tutela dos interesses metaindividuais. Caso a medida não tivesse ocorrido, ou a jurisprudência teria se visto obrigada a aceitar conformações procedimentais para permitir a proteção destes “interesses de terceira geração” ou o mundo do Direito seguiria inapto para desempenhar este papel. O processo civil tradicional seria incapaz de permitir a adequada resolução de litígios relacionados a estes novos interesses, razão pela qual foi para suprir uma *insuficiência* que se pensou nas categorias de “direitos difusos” e “direitos coletivos *stricto sensu*”.

Esta insuficiência procedimental também vem sendo suscitada, por exemplo, por alguns dos teóricos que reconhecem a importância de participação do processo em tópicos afeitos a políticas públicas (dilatação funcional apresentada no capítulo 1), mas questionam se a atual estrutura do litígio possui meios para viabilizar que esta atuação ocorra de forma democrática. Haveria, assim, um ponto cego no procedimento clássico bilateral, forjando defesas como a realização de audiências públicas no curso do litígio e a ampliação de importância da figura dos *amici curiae*<sup>249</sup>. Indo mais longe, Mark Tushnet sustenta uma lógica de diálogos institucionais

---

<sup>248</sup> Sobre a “ordinarização do processo” e suas raízes no entendimento do autor, cita-se SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>249</sup> Sobre a ampliação informativa dos juízes no exercício da tutela constitucional, cita-se, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

que acarreta na releitura das próprias feições da decisão e de sua imutabilidade <sup>250</sup>. A questão é clara: as modificações seriam necessárias devido à imputação sobre a jurisdição de novos objetivos, cujo cumprimento adequado não teria respostas na estrutura procedimental tradicional.

Com os “direitos individuais homogêneos”, porém, a situação é diversa. Como visto, os interesses cuja coletivização é viabilizada através da figura são exatamente aqueles que se subsumem à visão clássica de “direito subjetivo individual”, sendo plenamente viável sua proteção por meio dos próprios institutos do direito processual civil liberal. Em síntese, não há qualquer lacuna no ordenamento normativo que demande a instituição da técnica, inexistindo omissões que façam com que sua positivação represente verdadeira necessidade funcional.

Parece-nos, contudo, que além da *insuficiência* a positivação de técnicas processuais pode ser legítima por outro motivo, relacionado às ponderações apresentadas nos capítulos 1 e 2 do estudo. É que, como posto, também a função jurisdicional clássica vem sofrendo um considerável ganho de complexidade, assumindo novos cânones (da declaração à tutela) e se deparando com desafios crescentes (ampliados por tópicos como a celeridade processual e o “acesso à justiça”). Com esse redimensionamento, mesmo em hipóteses nas quais o processo tradicional é capaz de dar uma resposta final tem sido comum que sua atuação seja *ineficiente*. É a rejeição a esta prestação jurisdicional precária que fundamenta a adoção de técnicas pragmáticas de otimização, contexto em que a coletivização de direitos deve se enquadrar.

Não temos dúvidas de que esta assertiva pode chocar boa parte de nossos processualistas, seja por estarem desatentos às necessidades concretas da sociedade e ao cenário caótico em que se encontra o nosso Poder Judiciário, seja por conferirem em sua análise maior peso aos *meios* do que aos *resultados*, refutando o processo como dado instrumental e se colocando no sentido “formalista” indicado no ponto derradeiro do capítulo 2. Ainda que não partilhemos desta última leitura, reconhecemos sua legitimidade teórica. Contudo, como será visto, sua adoção deve necessariamente fazer com que a própria positivação dos “direitos individuais homogêneos” seja questionada – o que não vem sendo comum.

Além disso, por mais que possa haver refutação doutrinária, uma breve

---

<sup>250</sup> Por todos, TUSHNET, Marc. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2007.

observação revela que a adoção de medidas desta natureza vem sendo constante em nosso processo civil, mesmo que de forma silente. De fato, o que justificaria a recente incorporação em nosso Código de Processo Civil da técnica de julgamento de recursos repetitivos ou do indeferimento liminar previsto em seu art.285-A? A resposta é diversa ao analisarmos a instituição em nosso ordenamento da técnica de edição de súmulas pelos Tribunais?

Um olhar mais atrás demonstra inclusive que preocupações como essa sequer são tão recentes, não havendo como refutar que no mesmo quadro – ainda que de maneira mais sutil – também se inserem ferramentas como a denunciação da lide e o próprio litisconsórcio facultativo simples. Todas essas técnicas (e também a coletivização de direitos) são respostas estruturais do processo para permitir um melhor cumprimento de suas finalidades; representam modulações do procedimento para assegurar uma maior eficiência da jurisdição. A revogação de nenhuma delas faria com que houvesse interesses desamparados pela ordem jurídica, mas fatalmente conduziria a um cenário ainda mais precário do que aquele que atualmente se afigura.

Com esse quadro, acreditamos que a única conclusão cabível é que uma técnica calcada na eficiência processual, e não em suas potenciais lacunas procedimentais, possui como justificativa os próprios benefícios e vantagens que possa trazer ao exercício jurisdicional (considerando a complexa equação entre funções e possibilidades). É este o fundamento que pode embasar sua instituição, e, simultaneamente, o vetor que deve determinar em quais hipóteses seu uso será recomendado.

## **III PARTE**



## **5. A coletivização de direitos no quadro do processo civil contemporâneo: razões e benefícios da nova técnica**

Assim, considerando que as técnicas de otimização jurisdicional se justificam pelos benefícios que possam trazer à moldura clássica do processo e que a coletivização de direitos (“direitos individuais homogêneos”) dispõe desta natureza, a fundamentação do seu uso pressupõe o exame dos seus benefícios. Com efeito, só é possível saber quando a coletivização de direitos pode ou deve ter lugar se há a compreensão de quais os fatores/vantagens que a motivam, demonstrando que estes dois elementos convivem em um constante diálogo.

Prosseguindo no estudo, pretendemos observar no presente capítulo quais seriam as principais vantagens inerentes a um sistema efetivo de coletivização. Ressalta-se que as considerações não se dão a partir do regramento de nosso microsistema de processo coletivo, mas da idealização do que entendemos constituir a “máxima eficiência” do mecanismo. Após, identificaremos a impossibilidade de subsumir de maneira acrítica esta dimensão funcional a diversas leituras contemporâneas da *class action* (concepção comum e avessa à compreensão da técnica), finalizando com uma breve exposição a respeito da adequação entre o direito brasileiro e este feixe funcional.

### *5.1 Os benefícios/fundamentos da coletivização de direitos*

#### **5.1.1 A coletivização de direitos como técnica de Administração Judiciária**

Para iniciar esta investigação funcional, essencial à justificação da coletivização de direitos, lembramos que um dos problemas que persegue contemporaneamente o nosso Poder Judiciário é o acúmulo de demandas e a limitação no número de magistrados e em sua condição de trabalho. Há uma conta que custa a bater. Em tempos pouco distantes, Egas Moniz de Aragão demonstrou que mesmo que trabalhassem incessantemente os Ministros de nossos Tribunais Superiores não conseguiriam dedicar a atenção necessária para a análise dos

litígios a si distribuídos <sup>251</sup>- situação que, de lá para cá, não apresentou melhora suficiente <sup>252</sup>. Além disso, nos primeiros graus jurisdicionais o cenário é ainda mais crítico, de modo que por mais que medidas de *accountability* dos magistrados sejam necessárias <sup>253</sup> é preciso também reconhecer que suas condições atuais de trabalho são inglórias <sup>254</sup>.

Ao lado dessa barreira estrutural, entretanto, há a constatação de que inúmeros processos que se encontram atualmente em nossas varas veiculam pretensões afins <sup>255</sup>. Essa percepção é evidente em campos como as relações de consumo e as questões tributárias, sendo também exemplificativas as demandas relacionadas ao Sistema de Financiamento Habitacional (responsáveis pela

<sup>251</sup> É o que se vê em ARAGÃO, Egas Moniz de. Estatística Judiciária. In. *Revista Forense*. n.365. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>252</sup> É fato que a imposição de cláusulas obstativas de recursos para graus superiores, como as exigências de repercussão geral e prequestionamento – além da vedação de reexame probatório – vem reduzindo o volume de demandas a serem julgadas pelos Tribunais de instância extraordinária. Contudo, a situação ainda está distante do ideal. Prova disso é obtida quando notamos que, no final de 2011, o Superior Tribunal de Justiça anunciou ter julgado mais de 309 mil litígios ao longo do ano – ou seja, quantia bastante superior a mil por dia de expediente (desconsiderando o desconto que deveria decorrer da realização de sessões). Por outro lado, as estatísticas do Supremo Tribunal Federal demonstram que a Corte, por mais que venha tentando reduzir sua carga de litígios, julgou no ano de 2011 mais de 97 mil processos, quantia que inviabiliza o exercício da tarefa reflexiva que se esperaria de uma Corte Constitucional. Cita-se, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mais de 309 mil processos julgados pelo STJ*. Disponível em < [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=estatisticas](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estatisticas) >. Acesso em 29 de março de 2012. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Movimento Processual*. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> >. Acesso em 27 de março de 2012.

<sup>253</sup> Como já anotamos brevemente, o redimensionamento do papel do julgador deve ser acompanhado pela majoração das possibilidades de utilização dos novos poderes e das responsabilidades relacionadas ao seu uso, recriando uma estrutura simétrica em que seja desencorajada a irresponsabilidade ou a impossibilidade de que os agentes estatais desempenhem plenamente os objetivos e metas do Estado. Sobre o tema, OSNA, Gustavo. Poderes, Possibilidades e Responsabilidades do Julgador – A Necessidade de Reconstrução Simétrica. In. *Páginas de Direito* (online). Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/353-artigos-abr-2012/8429-poderes-possibilidades-e-responsabilidades-do-julgador--a-necessidade-de-reconstrucao-simetrica>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

<sup>254</sup> A análise dos índices fornecidos pela Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, revelam que ao longo do ano de 2011 foi distribuída aos juízos de Primeiro Grau a assustadora quantia de cinco milhões, trezentos e vinte e sete mil e oitocentos e noventa e nove demandas. Cita-se, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Comunicado CG 73/2012*. Disponível em < [http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=36866](http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=36866) >. Acesso em 30 de março de 2012.

<sup>255</sup> Este dado é corroborado, por exemplo, por Armando Castelar Pinheiro, ao demonstrar que os próprios julgadores – termômetros ideais para a averiguação da identidade de demandas – ressentem-se da possibilidade de utilizar maiores poderes de gestão para esses casos. Cita-se, PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In. ZYLBERSTAJN, Décio. STAJN, Rachel. *Direito & Economia*. p.257 e ss.

instauração de Varas Federais específicas) ou aos expurgos econômicos <sup>256</sup>. Em outras matérias como as relações ambientais ou comerciais a situação não difere: são inúmeros os litígios que partilham de comunhão jurídica ou fática. E a técnica de coletivização pode abrir uma nova perspectiva para a tutela desses direitos, desonerando a estrutura jurisdicional. Tanto no entendimento de Gidi <sup>257</sup> quanto no de Arenhart <sup>258</sup>, esta é exatamente uma das razões que a fundamenta.

Aglutinando direitos individuais, pretensões que seriam julgadas inúmeras vezes por inúmeros magistrados podem ser resumidas em um único processo, passando por uma única fase instrutória e gerando uma única decisão. Ganha-se em recursos humanos e materiais, facultando que o magistrado dedique um maior tempo ao litígio e evitando que o mesmo ou vários julgadores tenham que decidir sucessivamente sobre casos afins. Sob esta perspectiva, a coletivização é uma medida de otimização do exercício jurisdicional e da jurisdição; uma questão de gerenciamento de processos, na expressão de Adrian Zuckerman <sup>259</sup>.

Neste toque, a técnica vai ao encontro de relevantes balizas interpretativas sinalizadas nos momentos iniciais do estudo (como a gestão judiciária) e reconhece que a readequação do processo contemporâneo no sentido de sua facticidade não passa por tópicos exclusivamente jurídicos. De fato, este dado pragmático foi um dos responsáveis pela própria formulação do modelo norte-americano de *class action*, reconhecendo-se, conforme Laughlin, que o mecanismo seria uma solução processual para um problema estrutural do próprio processo (o acúmulo de demandas) <sup>260</sup>; um meio de viabilizar o apreço jurisdicional com menores custos e

---

<sup>256</sup> Trata-se da questão referente aos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II, que ensejaram a propositura de incontáveis ações pleiteando a reparação da correção de valores retidos no final da década de 80 e início da década 90. A quantia de litígios relacionados a esta matéria propostos em face da Caixa Econômica Federal, por exemplo, tornou-a protagonista do avanço e proliferação dos Juizados Especiais Federais Cíveis.

<sup>257</sup> Nas palavras do autor, “o objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva (...) a possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário.” GIDI, Antonio. *A Class Action*.... p.26

<sup>258</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

<sup>259</sup> Sobre o tema, veja-se ZUCKERMAN, Adrian. The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation. In. *City University of Hong Kong Law Review*. Kowloon: CityU, 2009. p.49-71.

<sup>260</sup> “Historically, the class action was developed as a mechanism to vindicate in one suit the claims of a group of individuals with common grievances. Three fundamental policy considerations underlie the class action concept: reducing the burden on the courts; eliminating the risk to parties of inconsistent determinations by different courts relating to the same issue; and most importantly, providing a vehicle

esforços, em raciocínio exposto por Posner<sup>261</sup>.

É verdade que houve quem se levantou contra esse benefício, afirmando que, ao veicular interesses que individualmente tenderiam a não ser levados a juízo, a coletivização dificultaria o exercício da jurisdição. Foi esse o raciocínio, por exemplo, de Lebowitz<sup>262</sup> e de Simon<sup>263</sup>. Entende-se, porém, que a lógica não se aplica, seja por não possuir embasamento empírico, seja por pressupor que a tutela de direitos não é interesse do Estado (o que é aceitável considerando que tais teorizações foram exaradas há cerca de quarenta anos, mas não condiz com o atual quadro funcional da jurisdição).

O benefício também foi questionado na realidade norte-americana devido à flexibilização que impõe no sistema *adversarial*, como se lê na obra de Redish<sup>264</sup>. Isto porque se nesta sistemática a produção de provas não se dá diante do magistrado e o julgador não possui interferência direta na instrução do litígio (havendo um vasto espaço para a liberdade individual<sup>265</sup>), com a aglutinação o juiz teria que envidar mais esforços e ser mais ativo para assegurar a proteção dos interesses representados, como demonstrado por Issacharoff<sup>266</sup>. Todavia, além da crítica não parecer ilidir a vantagem econômica da *class action* ela é irrelevante para o ordenamento brasileiro, em que o sistema *adversarial* não vigora<sup>267</sup>.

---

for redressing small injuries to a large number of persons". LAUGHLIN, James P. Federal Appellate Review of the Grant or Denial of Class Action Status. In. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*.n.18. Boston: Boston College, 1976. p.101.

<sup>261</sup> "There have always been techniques for aggregating a number of small claims into one large enough to justify the costs of suit – or, stated otherwise, for realizing economies of scale in litigation (...) the contemporary class action presents an opportunity for generalizing this technique". POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. p.449.

<sup>262</sup> LABOWITZ, Edward S. Class action in the federal system and in California: shattering the impossible dream. In. *Buffalo Law Review*.n.601. Buffalo: University at Buffalo Law School. 1974.

<sup>263</sup> SIMON, William. Class Actions - Useful Tool or Engine of Destruction. In. *FRD 355*. Washington: Federal Rules Decision, 1973.

<sup>264</sup> Veja-se, REDISH, Martin *Wholesale Justice – Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009. p.97-98.

<sup>265</sup> Para uma compreensão do sistema adversarial e de sua importância na conformação do processo civil norte-americano, recomenda-se HAZARD JR, Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1995.

<sup>266</sup> "Modern class action requires a new concept of "adequate representation" as a prerequisite for binding individuals to the outcome of a case, and that this in turn requires that the class representatives "fairly represent them with respect to the matters as to which the judgement is subsequently involved" (...) the modern class action rule requires a trial court to justify the extraordinary step of allowing non-participating parties to be bound to a judgement and to inquire directly at the threshold stages of the litigation as to the adequacy of representation." ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p.74-76.

<sup>267</sup> No Brasil a colheita de provas não se dá de maneira alheia ao magistrado, que possui papel ativo na realização desta tarefa. Além disto, são crescentes os poderes que lhe são disponibilizados no curso desta tarefa, como vê em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Obra citada..*

Superadas as ressalvas, constata-se que a coletivização pode contribuir para equalizar as finalidades da jurisdição e seus meios, otimizando-os de forma eficiente e efetiva. Há um teste matemático certo, reforçado pelo pensamento de Bone<sup>268</sup>: se antes mil conflitos poderiam corresponder a mil processos, a técnica permite que a tutela se dê em apenas um. Com isso, o magistrado pode analisar o caso e suas nuances de maneira mais detida, realocando o tempo e a distribuição do exercício jurisdicional. Traz-se uma racionalidade essencialmente empresarial para o espaço público, reconhecendo que – por mais que haja diferenças teleológicas essenciais entre os setores (esquecidas pela crítica de Lebowitz) - os limites estruturais da jurisdição tornam esse pragmatismo necessário.

### 5.1.2 A coletivização de direitos como técnica de uniformização de decisões

Ainda no plano da gestão, a coletivização de direitos oferece resposta a outro problema não menos importante: a existência injustificada de decisões conflitantes a respeito de uma mesma matéria<sup>269</sup>. Essa mazela, de um lado, fere a seriedade da jurisdição e seu caráter uno e, de outro, colide com a igualdade material e com alguns de seus desdobramentos essenciais. A evidência deste problema tornou comum em nossa doutrina a defesa da valorização dos precedentes e de seu caráter vinculante, em especial por Luiz Guilherme Marinoni<sup>270</sup>. Também por aqui, há alterações no próprio corpo normativo que parecem de algum modo encampar essa visão (caso das súmulas vinculantes e do julgamento de recursos repetitivos).

<sup>268</sup> “By adjudicating lots of otherwise separate suits in one proceeding, the class action avoids the high social costs of relitigating issues common to the different suits (...) there is considerable benefit in being able to litigate the common issues only once.” BONE, Robert G. *Obra citada*. p.202

<sup>269</sup> Nas palavras do autor, “Parece certo fixar como premissa fundamental a ideia de que a tutela dos interesses individuais homogêneos, no ordenamento brasileiro, tinha duas finalidades essenciais: a) racionalizar o trabalho judiciário, tornando desnecessário que cada indivíduo lesado tivesse que buscar a tutela jurisdicional do Estado para si, em demanda própria; b) tratar de forma isonômica os interesses individuais de massa, diminuindo, na medida do possível, os riscos de decisões conflitantes a respeito do mesmo tema”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

<sup>270</sup> Em linhas gerais, o autor sinaliza que a ausência de valorização dos precedentes é realidade dos países de civil law por força do próprio contexto histórico em que se desenvolveu o direitos processual que lhe deu origem. Sua base está na Revolução Francesa, em que, por razões históricas à época plenamente justificáveis, era destacado o dogma do juiz exegeta, devendo sua decisão se limitar à declaração da lei e, conseqüentemente, não possuindo importância para além da relação em exame. Acreditava-se, pois, em um juiz absolutamente imparcial e neutro, crença de inviável consecução prática e que, à luz do direito anglo-americano, nunca existiu, o que fez com que ali se tivessem desenvolvido os precedentes para assegurar a estabilidade do sistema. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010..

Parafraseando Owen Fiss, vivemos em uma “comunidade de iguais”<sup>271</sup>. O direito material não vê caras, credos ou etnias, devendo ser aplicado indistintamente. Como percebeu Celso Antonio Bandeira de Mello, essa “igualdade” (normatizada na forma de princípio) somente deveria ser mitigada nos casos em que o fator de *díscrimen* justificasse a reinterpretação<sup>272</sup>, contexto a que a existência de decisões divergentes para hipóteses iguais não tende a se adequar. Em tais casos, o que costuma ocorrer é uma verdadeira lesão à isonomia, como nota Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>273</sup>.

É comum que na mesma semana algum de nossos juízes federais determine à União o fornecimento de um medicamento enquanto no gabinete ao lado o manto da “reserva do possível” fundamenta a rejeição de pretensão idêntica. Também não é raro que em um concurso público alguns candidatos obtenham pela via judicial a anulação de uma questão cujo gabarito lhes foi desfavorável (beneficiando-se da pontuação equivalente), mas outros não. Em casos como esses, nos quais a situação é a mesma, a existência de decisões conflitantes fere a isonomia e a igualdade material. Ingressar em juízo se torna um jogo de sorte em que a justiça pode ser determinada pelo café da manhã do julgador, conforme máxima imputada a Jerome Frank<sup>274</sup>.

A análise do problema corrobora o fato da técnica de coletivização constituir uma das ferramentas compatíveis com sua resolução. Realmente, ao reunir direitos afins em um mesmo processo garante-se que todos serão tutelados por uma única sentença, inviabilizando os conflitos intrínsecos à pulverização. Procedente ou não o pedido, os indivíduos que se encontram em posições análogas enfrentarão a mesma decisão.

---

<sup>271</sup> A expressão dá nome a uma das mais célebres obras do autor, qual seja, FISS, Owen. *A community of equals*. Boston: Beacon Press, 1999.

<sup>272</sup> Para aprofundamento no tema, cita-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

<sup>273</sup> “Os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas (...) 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”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*. p.35-36.

<sup>274</sup> Por mais que esta ideia realista clássica de que “*justice is what the judge had for breakfast*” seja comumente imputada a Frank - teórico adepto do realismo e ele próprio um magistrado – é preciso ressaltar que, aparentemente, não existem registros históricos capazes de permitir que se determine de maneira segura a autoria da máxima.

Não restam dúvidas de que esta estabilização uniforme impactaria profundamente em inúmeros aspectos de nossa realidade social, como as relações contratuais e os negócios entabulados em cadeia. Como exemplo, é crível que a insegurança jurídica advinda do conflito de decisões impacte no mercado de capitais (como demonstra Lionel Zaclis em obra específica sobre o tema <sup>275</sup>) ou faça com que as instituições financeiras tenham que elevar sua taxa de *spread*, em prejuízo à cadeia de consumidores. Os efeitos desta insegurança foram experimentados em tempos recentes no Estado de Goiás na situação que ficou conhecida como “soja verde”, julgada por diferentes magistrados e conduzindo empresários a diversos destinos, como analisaram Resende e Zylberstajn <sup>276</sup>. Naturalmente, a falta de isonomia trouxe consequências negativas tanto à seriedade da justiça quanto aos impactos sociais do Direito, gerando incertezas e desconfianças incompatíveis com um processo que se declara justo.

Além do desequilíbrio, há também situações em que o tratamento conjunto é elementar para que as proteções individuais apresentem a mínima harmonia com o princípio da igualdade. É o que ocorre, por exemplo, quando diversas demandas são manejadas sucessivamente contra a mesma pessoa jurídica e é improvável que após dar cumprimento integral às primeiras obrigações o ente possua condições de satisfazer plenamente as últimas a serem julgadas. Este tipo de possibilidade, caracterizada pela doutrina norte-americana como *limited fund*, é o que justifica a existência na falência do chamado “juízo universal” (caso comumente tratado no direito estadunidense como uma hipótese típica de coletivização <sup>277</sup>). O mesmo problema que embasa esse “juízo universal”, porém, também deveria ensejar a obrigatoriedade de isonomia em outros casos, o que uma técnica geral de coletivização poderia viabilizar. Sabemos que tanto em relação a este elemento quanto àqueles suscitados no parágrafo anterior a mera pacificação de uma decisão poderia não ser suficiente, vez que o desequilíbrio seguiria existindo em desfavor dos indivíduos que não conduzissem seu pleito a juízo. Também aqui, porém, a coletivização pode aprimorar a prática processual, por razões apresentadas no tópico a seguir.

---

<sup>275</sup> ZACLIS, Lionel. *Proteção Coletiva dos Investidores no Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>276</sup> RESENDE, Cristiane Leles. ZYLBERSTAJN, Décio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. In. *Revista Direito GV*. n.13. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011. p.155-176.

<sup>277</sup> Neste sentido, por exemplo, veja-se HENSLER, Deborah. *Obra citada*.

### 5.1.3 A coletivização de direitos como técnica de “acesso à justiça”

Por último, acreditamos que a técnica de coletivização poderia se fundamentar por ser benéfica ao próprio “acesso à justiça”, cujas feições contemporâneas colocam um desafio na mesa do processualista<sup>278</sup>. É que, se em um momento anterior bastava facultar ao cidadão a possibilidade de conduzir sua pretensão a juízo, agora é preciso que o exercício desse direito seja faticamente assegurado, passando por temas como a instituição de defensorias públicas, o valor da advocacia *pro bono* e a informação aos cidadãos a respeito de seus direitos. Em suma, entre um real “acesso à justiça” e o simples “acesso ao Judiciário” há uma diferença profunda, fazendo com que pensadores como Deborah Rhode, Cappelletti e Garth tentem construir – mais que teorias - técnicas concretas para sua concretização<sup>279</sup>. Como afirma Rhode, há um hiato entre o princípio e a prática<sup>280</sup>.

Nesse novo panorama, acreditamos que uma técnica de coletivização adequada pode contribuir ao menos em duas escalas. A primeira delas se relaciona à proteção dos sujeitos que não teriam condições de ingressar pessoalmente no Judiciário ou seriam desencorajados a fazê-lo a partir da ponderação entre benefícios e custos potenciais do processo. A segunda corresponde ao reconhecimento de que o acesso à justiça é uma via de mão-dupla, devendo servir também ao réu e lhe assegurar a estabilidade e a proteção inerentes a um sistema processual minimamente razoável.

#### (a) Acesso à justiça, hipossuficiência e desestímulo ao litígio

Um breve recorte sociológico demonstra que mesmo em países

<sup>278</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Brian. *Obra citada..*

<sup>279</sup> Na obra que possui nome análogo ao do próprio direito de acesso, a autora efetivamente apresenta propostas voltadas a de algum modo tentar transformar a garantia em realidade fática, passando por temas como a obrigatoriedade de litigar por meio de advogados, a eventual imposição aos profissionais da advocacia do exercício de serviços *pro bono* e outros. A mesma preocupação é a tônica da célere obra de Cappelletti e Garth, citada na nota anterior, com suas “ondas” de acesso à justiça. Veja-se, RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004.

<sup>280</sup> Falando sobre a realidade norte-americana, em nada pior do que a nossa, a autora salienta que “no issue presents a more dispiriting distance between America’s core principles and actual practices than access to justice (...) we embrace equal justice as a social ideal, but fail to make even minimal access a social priority (...) Most Americans are not well informed about access to justice.” Como se vê, por mais que a lição possua como foco o déficit de acesso à justiça existente em território estadunidense, sua ressalva é amplamente compatível com o cenário brasileiro. Cita-se, RHODE, Deborah L. *Obra citada*. p.19



desenvolvidos há uma série de aspectos que obstam a plenitude do “acesso à justiça” por criarem (ainda que em escalas possivelmente reduzidas) situações de hipossuficiência técnica ou financeira, como os custos do litígio, a escassez de defensores dativos e a desinformação a respeito do direito. A existência destes entraves na realidade brasileira é ainda mais evidente, edificando um obstáculo social à concretização da garantia <sup>281</sup>.

Como exemplo, imaginemos a cobrança de uma taxa ilegal pela instituição bancária X em prejuízo a todos os seus correntistas. Neste caso, por mais que qualquer dos prejudicados pudesse pleitear individualmente a reparação, é bastante plausível que diversos deles jamais tivessem conhecimento da irregularidade. Mesmo entre os que possuíssem esta informação, todavia, haveria consumidores que não disporem de mecanismos idôneos para ingressar em juízo. Em ambos os grupos, verificada a hipossuficiência técnica ou a hipossuficiência financeira, existiria uma negativa de “acesso à justiça”.

Tendo em vista a modificação de finalidades do Estado e seus impactos na jurisdição, esta situação não pode ser conformada pelo processo, cabendo-lhe modificar sua estrutura para evitar este déficit. O fato de o indivíduo desconhecer o ilícito ou não possuir condições de ingressar em juízo não lhe torna menos vítima, tampouco implica em renúncia ao direito ou ao “acesso à justiça”. Esta presunção negativa é incompatível com a realidade material em um ordenamento jurídico que eleja a tutela de interesses (e não a simples resolução de conflitos) como finalidade relevante. Não obstante, no processo clássico individual o efeito da hipossuficiência e da renúncia prévia é o mesmo: a ausência de proteção.

Ciente do problema, acredita-se que uma técnica de coletivização efetiva pode desempenhar um papel relevante nesse aspecto, pois permitir que uma única demanda processual veicule direitos materiais de diversos indivíduos viabiliza que os afetados pela decisão sejam protegidos sem a necessidade de ingressarem autonomamente em juízo - tornando irrelevante se teriam condições de arcar com a

---

<sup>281</sup> Basta recordar, conforme demonstrado em relatório estatístico elaborado no ano de 2011 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) e divulgado pelo Portal eletrônico G1, que o Brasil possui atualmente mais de 5 milhões de pessoas em estado de miséria, colocando-se apenas na octogésima quarta colocação entre os cento e oitenta países no que se refere ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A colocação nos situa abaixo de países como Trinidad e Tobago, Venezuela e Cuba, demonstrando a precariedade que ainda dá marca a inúmeros aspectos de nosso cotidiano. Para aferição dos dados, cita-se G1. *Mais de 5 milhões vivem em situação de pobreza no Brasil, segundo IDH*. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/mais-de-5-milhoes-vivem-em-situacao-de-pobreza-no-brasil-segundo-idh.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

causa ou se dispunham da informação necessária para buscar o provimento judicial. Cria-se uma alternativa pragmática para que eventual direito material reconhecido judicialmente seja garantido a todos aqueles que estejam inseridos no grupo de vítimas. Desta forma, no exemplo da cobrança irregular realizada pela instituição bancária X, um único processo traria ao Judiciário todos os correntistas prejudicados, evitando óbices técnicos ou financeiros.

Ao problema gerado ao “acesso à justiça” pela hipossuficiência, acrescenta-se a existência de hipóteses em que, mesmo ciente da lesão e dispondo de condições para pleitear a reparação judicial, o indivíduo é desestimulado a fazê-lo pela análise entre custos e benefícios do processo. Também neste caso é equivocado compreender o desestímulo como renúncia, sendo errôneo acreditar que uma presunção negativa implícita como aquela decorrente do processo civil clássico deva prevalecer. Permitir este cenário seria ignorar que o Estado possui real interesse na tutela do direito material e que as barreiras ao acesso à justiça – por mais que inevitáveis – são sua responsabilidade.

Valendo-se do exemplo anterior, relacionado à cobrança de uma taxa irregular por instituição bancária, há a possibilidade de que o dano individual mensal seja reduzido à faixa de poucos reais, fazendo com que a eventual indenização não torne o ingresso em juízo atraente o bastante para suplantar os custos do processo. Esses *small claim*, conforme definição dada pela doutrina norte-americana<sup>282</sup>, gerariam aquilo que John Coffee Jr. identificou como basal às *class action* para tutela de direitos “tipo b”<sup>283</sup>. Trata-se de interesses que em uma “análise lenta” como a descrita por Daniel Kahneman jamais chegariam à jurisdição ou receberiam tutela estatal<sup>284</sup>.

<sup>282</sup> Em relação às *small claim* e seu especial relevo no campo das relações de consumo, cita-se GILLES, Miriam. *Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions*. In. *Cardozo Working Paper nº 278*. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009.

<sup>283</sup> O autor segmenta as *class actions* em três grupos, adotando o potencial de mercado dos direitos individuais tutelados coletivamente como pedra de toque para a classificação. Em suas palavras, “Type A class actions are those in which each claim would be independently marketable even in the absence of the class action device. By “marketable” I mean either that the client could convince an attorney to take the case on a contingent fee basis or that the client would herself pay the attorney on some other basis (...) Type B class actions are those in which no claim would be independently marketable (...) Type C class actions are those in which there are both marketable and unmarketable claims.” COFFEE JR. John. *The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action*. In. *University of Chicago Law Review*. n.54. Chicago: The University of Chicago Press, 1987. p.877-906.

<sup>284</sup> Com formação acadêmica em psicológica, mas estudos que passam pelo *economic behavior*, o autor foi contemplado com o prêmio Nobel de Economia devido aos seus estudos relacionados aos distintos caminhos que podem levar o indivíduo à tomada de alguma decisão. Estas constatações são

De fato, salvo impulsos explicados pela econômica comportamental (menos prováveis pela burocracia de nosso Judiciário e pela necessidade de capacidade postulatória para ingressar em juízo <sup>285</sup>) a análise que o indivíduo faz antes da propositura de uma demanda é preponderantemente econômica, como exposto por Cooter e Ulen <sup>286</sup> e por Patrício <sup>287</sup>. Em explicação sumária, em um peso da balança se colocam os potenciais benefícios a serem auferidos com a demanda. No outro, os custos e custos de transação relacionados ao processo. Neste jogo, é natural que em hipóteses nas quais os possíveis proventos a serem obtidos com a lide sejam reduzidos possa haver sua superação pelos custos do litígio.

Ocorre que, aos olhos de um Estado interessado na tutela do direito material, por menor que uma lesão seja ela não deixa de ser uma lesão (especialmente se praticada de maneira sistemática). Além disso, o fato do indivíduo

---

sintetizadas em *“Thinking, Fast and Slow”* – possivelmente a obra mais célebre de Kahneman – em cujo curso o pensador segmenta a mente humana em dois sistemas: o primeiro (Sistema 1) possuiria atuação instintiva, rápida e quase automática, conferindo papel de destaque às intuições subjetivas; o segundo (Sistema 2) colocaria estas intuições em segundo plano, possuindo feição calculista e racional. Kahneman ressalta que em inúmeros momentos deixaríamos de utilizar devidamente o Sistema 2 por hipervalorizar as possibilidades de nossas intuições, incorrendo com isso em equívocos que seriam evitados mediante a análise “lenta” que a utilização do “sistema racional” viabilizaria. Cita-se, KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

<sup>285</sup> Ainda lançando mão do pensamento de Kahneman, pode-se ver que os sistemas judiciais, de regra, trabalham com alguns filtros de mecanismo que fazem com que a análise pelo litígio se torne, ao menos parcialmente, “dominada” pelo Sistema 2, tendo em conta que: (i) é necessária a contratação de um advogado para ingressar em juízo; (ii) o processo é predominantemente formal e burocrático; (iii) o sistema judicial não dispõe de confiança diante da população. Os dois primeiros elementos certamente obstam que o processo se torne uma *opção impulsiva* do litigante, gerando custos que atenuam as hipóteses em que a litigiosidade toma estas vestes (o que, em tempo, seria ampliado se houvesse um real cumprimento por parte dos advogados de seu Código de Ética, alertando os clientes a respeito da natureza frívola de suas demandas). O último, faz com que, neste análise econômica preponderantemente lenta, haja mais um dado de desestímulo para o processo.

<sup>286</sup> Os autores questionam “por que processar” e procura, firmando-se na economia, obter respostas através da aplicação da Teoria dos Jogos ao processo. Neste percurso, identifica cinco elementos imprescindíveis na tomada de decisão: (i) o valor do imbróglio; (ii) a dimensão da indenização; (iii) os custos inerentes ao litígio; (iv) a disponibilidade de advogados; e (v) a atuação dos advogados enquanto agentes. De suas palavras, pode-se ver que “to file a complaint, the plaintiff must usually hire a lawyer and pay filling fees to the court. Filing a complaint creates a legal claim. To decide whether to initiate a suit, a rational plaintiff compares the cost of the complaint and the expected value of the legal claim. The expected value of the legal claim (EVC) depends upon what the plaintiff thinks will occur after filing a complaint (...) To decide whether to file a complaint, the rational plaintiff must attach probabilities and payoffs to these events”. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Obra citada*. p.377 e ss.

<sup>287</sup> Conforme sua exposição, “pode afirmar-se, com razoável segurança, que a ponderação custos-benefícios é natural ao raciocínio de qualquer indivíduo, o que pode ser aferido ao nível das decisões econômicas individuais e, por uma extensão admissível, também ao nível das decisões colectivas (...) no caso específico da litigância, a utilização desta ponderação parece, aliás, constituir uma evidência, pois o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão”. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Obra citada*. p.14.

não possuir incentivos suficientes para ingressar em juízo em defesa de seu direito não corresponde a uma renúncia à proteção, mas apenas a um efeito dos próprios limites estruturais do Poder Judiciário. Se em uma situação utópica de “acesso à justiça” esse desestímulo inexistiria (pois os custos seriam quase nulos), é preciso adotar medidas capazes de ao menos reduzir seu impacto. E em consonância com Castro Mendes<sup>288</sup> entendemos que, por viabilizar a proteção dos sujeitos sem que haja a necessidade de comparecimento pessoal em juízo, um sistema de coletivização efetivo apararia esta aresta.

(b) Acesso à justiça como “via de mão dupla”

Dando um passo ao lado vemos que, como posto por Rachel Mulheron ao observar as “ações de classe”, o “acesso à justiça” não é uma garantia exclusiva do proponente da demanda e possível vítima da infração material, mas uma estrada de “mão dupla”. Ao mesmo tempo em que deve assistir ao autor do litígio sua proteção não pode ser negada ao réu, furtando-lhe garantias como a estabilidade, a segurança jurídica e, enfim, a justiça<sup>289</sup>.

Para demonstração deste dado, é válido mais uma vez nos valermos da via exemplificativa, supondo a cobrança hipotética de um percentual X pela companhia telefônica Y sobre o valor total de cada ligação, sob a alcunha de “custo de operação”. Neste caso, seria possível que inúmeros dos usuários dos serviços de Y

---

<sup>288</sup> “Os danos (...) são frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça (...) com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada (...) as ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça (...)”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*. p.28-29.

<sup>289</sup> “The second caveat is that access to justice is “a two-way street”: class action jurisprudence must also seek to ensure that the defendant is protected from unmeritorious claims, and understands, and can plead a defense to, the case brought against it. Class action statutes are intended to set up a procedural mechanism only, not to create any new cause of action to confront the defendant. Having said that, however, it is judicially acknowledged that procedural statutes by their very nature can have far-reaching effects upon substantive justice, and the class action legislation is no exception. Moreover, the use of the class action device to protect the defendant from inconsistent obligations that may be created by varying results in different courts has already been noted. In addition, “defendants should not have to spend money or face adverse publicity as a result of unfounded claims brought against them”—“the procedural balance must not be tipped too far on the side of the plaintiffs”. For whatever the language used in the class action statutes of the focus jurisdictions which may reflect an endorsement of class proceedings, the experience to date has shown that there remains considerable scope for the defendant to attack successfully their commencement on legal, procedural, financial and factual grounds”. MULHERON, Rachel. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004. p.57.

ingressassem em juízo questionando a cobrança. Contudo, suponhamos que já no primeiro litígio a sociedade empresária demonstra a legalidade da conduta e tem esta situação reconhecida judicialmente. Em um modelo ideal de “acesso à justiça” – até mesmo pela relevância da isonomia – esta decisão deveria evitar que a companhia seguisse sujeita à apresentação de inúmeras defesas judiciais e ao controle de inúmeros processos. Sob o manto do processo civil clássico, entretanto, é sabido que isto não é o que ocorre, gerando um passivo desnecessário e injusto para o réu.

Qual o custo mensal de uma corporação com seu departamento jurídico ou com advogados externos? Quanto é despendido com estes elementos de transação? O prejuízo é revertido em desfavor do mercado consumidor? O panorama é compatível com um possível desenvolvimento econômico e social? O processualista não parece ter se preocupado devidamente com estes questionamentos, mas a partir de uma perspectiva aderente à realidade não lhe é facultado confundir potencial econômico com desperdício econômico e internalizar nos réus seriais prejuízos advindos da insuficiência da estrutura do processo<sup>290</sup>. É preciso reinventá-la para evitar que o direito represente um entrave ao desenvolvimento.

Corroborando este item, resgatamos que a estabilidade constitui o próprio fundamento político da coisa julgada, como destacado por Eduardo Couture já na primeira edição de seu *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*<sup>291</sup>. Ocorre que os

---

<sup>290</sup> Neste ponto, discorda-se da corriqueira afirmação de que a desproporcionalidade dos gastos a serem contraídos, por exemplo, por sociedades empresárias fornecedoras de serviços de telefonia seria justificada devido ao seu poderio econômico, o que tornaria necessário que este dado do acesso à justiça fosse ponderado em menor escala do que aqueles relacionados à proteção dos hipossuficientes ou à tutela dos direitos das partes ausentes da demanda. Com efeito, entende-se que vivemos em um espaço de livre mercado no qual o predomínio da produção capitalista faz com que as sociedades empresárias atuantes nos limites da lei não possam ser punidas pelo simples fato de disporem de condições econômicas e financeiras suficientes para arcar com os custos do litígio, até mesmo porque é preciso recordar que a perenidade destas Companhias é imprescindível para a própria continuidade do sistema. Em outros termos, não se pode oferecer espaço para um *punitivismo vingativo* em que o fato de determinada empresa possuir recursos seja compreendido como a obrigatoriedade de que tenha que despendê-los para se defender de demandas frívolas ou relacionadas a questões já decididas judicialmente.

<sup>291</sup> “Es verdad que em el sistema del derecho la necesidad de certeza es imperiosa (...) Pero la verdad es que aun siendo esto así, la necesidad de firmeza debe ceder; em determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, em preséncia de una nueva prueba o de um nuevo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorrerse de nuevo El camino andado para restablecer el império de la justicia (...) La cosa juzgada es, en resumen, una exigência política y no propriamente jurídica: no es de razón natural, sino de exigência práctica. Sin embargo, como ya se há

avanços da sociedade e a multiplicação das relações sociais têm feito com que o regime tradicional da *res iudicata* não consiga dar conta dos motivos que embasaram sua instituição, tornando-o questionável e levantando na doutrina norte-americana debates como o uso extensivo ofensivo do *collateral estoppel*<sup>292</sup>. Aqui, onde a tradição formalista é forte, o tema ainda se posiciona como um dogma, mas isso não inibe a realidade: para que o valor da estabilidade seja salvo deve passar por releituras e adaptações (como aquela que permita a mínima pacificação ao réu potencialmente coletivo).

Com um modelo adequado de aglutinação de direitos entende-se que um passo neste sentido é dado, pois a preclusão coletiva desonera o réu da necessidade de se defender de inúmeras pretensões reconhecidamente infundadas, restituindo e viabilizando seu acesso à justiça. No caso acima, por exemplo, a técnica propiciaria que uma mesma demanda reconhecesse a legalidade da cobrança X diante de todos os usuários de Y, sujeitando-os à imutabilidade da declaração. Evitam-se gastos sucessivos com advogados e permite-se a concentração de esforços em uma defesa, razão pela qual é crível no sistema norte-americano de *class action* que os próprios demandados apoiem a certificação do litígio coletivo, como demonstra Hensler<sup>293</sup>.

## 5.2 Benefícios da coletivização e “novas funções” do Judiciário?

Em observação conjunta dos três tópicos anteriores, identificamos que a coletivização de direitos introduz algumas ordens de benefício ao cumprimento da “função jurisdicional clássica” de resolução de litígios, contribuindo com o realinhamento entre a ampliação de sua complexidade e as limitações estruturais do

---

anticipado, la evolución legislativa, es cada día más acentuada hacia una marcha rápidamente acelerada en busca de una sentencia que decida de una vez por todas y en forma definitiva el conflicto pendiente”. COUTURE, Eduardo J. *Obra citada*. p.246-247.

<sup>292</sup> Sobre o tema e as alterações que se operam na extensão das ideias de *claim preclusion* e *issue preclusion*, cita-se SHAPIRO, David L. *Civil Procedure - Preclusion in Civil Actions*. New York: Foundation Press, 2001.

<sup>293</sup> “Although public commentary frequently depicts damage class actions as *plaintiff lawyers’* suits, an alternative view is that they are the creature of *defendants’* desires to forestall more costly forms of litigation or continued consumer complaints. Indeed, in the qualitative interviews we conducted with attorneys before we conducted the case studies, some respondents claimed that *defendants*, rather than plaintiffs, sometimes initiate damage class actions (...). Once defendants decided to support class action treatment of the litigation against them, they (not surprisingly) favored as broad a definition of the class as possible. Defendants also sought to bind class members definitively, by seeking certification of non-opt-out classes or subclasses”. HENSLER, Deborah. *Obra citada*. p.407-410.

Poder Judiciário. Por outro lado, algumas leituras recentes têm visto nesta coletivização uma nova dimensão funcional, possuindo como alicerce uma série de reconstruções feitas ao longo das últimas décadas no regime norte-americano da *class action*. Acreditamos, porém, que a compreensão do fenômeno em sua totalidade demonstra que sua existência não impacta nos direitos basais à coletivização, ou na própria justificação da técnica.

Para demonstrar este dado, salientamos que as sucessivas menções à doutrina norte-americana realizadas no tópico antecedente não são coincidência, decorrendo do fato de historicamente a *class action* ter se desenhado como um mecanismo tipicamente atrelado às funções específicas da coletivização <sup>294</sup>. Conforme demonstrado por Deborah Hensler, contudo, esta exclusividade se alterou no curso da evolução histórica da disciplina <sup>295</sup>, havendo graduais tentativas de identificar o mecanismo como instrumento de alteração de condutas e modificação de práticas sociais avessas ao direito (isto é, de regulação geral da sociedade) <sup>296</sup>. Encontramos na doutrina contemporânea uma série de construções e dados que corroboram esta ideia, imputando à ação de classe funções que não coincidem com os fundamentos da tutela coletiva de direitos e chegando a conceber a resolução de litígios como secundárias.

A primazia dos objetivos globais é expressamente defendida, por exemplo, por Gilles e Friedman. Para ambos, em um processo que se evidenciaria no caso das *small claim*, o valor da coletivização de direitos para os sujeitos que tivessem seus interesses judicialmente protegidos seria inferior àquele que a ferramenta traria para toda a sociedade, ao surtir um efeito de *deterrence* (dissuasão) sobre o réu

---

<sup>294</sup> Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. p.141-147.

<sup>295</sup> HENSLER, Deborah. *Obra citada*. p. 68-71.

<sup>296</sup> Traditionally, class actions were understood to be representative litigation, pursued on behalf of absent parties. So, for example, a typical damage class action might arise when representative plaintiffs allege that a defendant acting illegally has imposed small losses on a large number of people or entities. No single individual would find it worthwhile to pursue a lawsuit independently, nor would someone wishing to act independently find it easy to obtain legal representation. But collectively, class members can—if the suit is successful—force the defendant to disgorge its ill-gotten gains. Hence, many see class actions as a powerful regulatory enforcement tool and view those who bring them as “private attorneys general.” Much of the recent controversy in the United States over class actions pertains to the use of class actions to resolve mass torts. These class actions differ from traditional representative litigation in that many class members have obtained individual legal representation and filed their own lawsuits prior to class certification. Mass tort class actions that are amalgams of individual claims and claims on behalf of absent parties pose particularly intense conflict of interest problems”. HENSLER, Deborah. *Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation*. In. *Duke Journal of Comparative and International Law*. v. 11, no. 2, Durham: Duke University, 2001.p.182-183.

coletivo – fazendo-o abdicar futuramente da repetição da prática ilícita<sup>297</sup>. Sob este prisma (com ponderações práticas apresentadas por John Coffee Jr.<sup>298</sup>), cria-se uma lógica de prevenção negativa<sup>299</sup> em termos que em alguma medida se aproximam dos de Feuerbach<sup>300</sup> e flertam com o *nudge* mental proposto por Sunstein e Thaler<sup>301</sup>.

Esta dimensão global do processo e seu poder de alteração comportamental também são identificados por alguns, como Richard Posner, a partir do próprio arranjo do mercado e da economia. Não é por acaso que para o autor o principal benefício da *Rule 23* seria instituir um mecanismo idôneo para fazer com que o réu coletivo se visse obrigado a internalizar os custos de sua conduta ilegal, sem poder

---

<sup>297</sup> “We assert that the primary goal in small-claims class actions is deterrence, and that the only question we should ask with respect to any rule or reform proposal in this area is whether it promotes or optimizes deterrence. Once we abandon our obsession with agency costs and windfall fees, discard our compensationalist lenses, and pledge fealty to the one true value of compelling corporate defendants to internalize the social costs of their actions, everything takes on a new light. An examination of some of the hot-button issues in the class action arena bears this out”. GILLES, Myriam. FRIEDMAN, Gary B. Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers. In *University of Pennsylvania Law Review*. n.155. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2006. p.139

<sup>298</sup> Trabalhando especificamente as *securities class actions*, o autor salienta que a punição poderia, mediante estratégias de transferências de perda adotadas pelo réu coletivo, repercutir de maneira mais intensa em sujeitos que não teriam atuado para a prática da conduta ilícita do que nos verdadeiros responsáveis. Este cenário fatia com que houvesse uma perda significativa do papel de dissuasão da demanda coletiva, levando Coffe Jr. a propor possíveis alternativas normativas para assegurar que a punição efetivamente repercutissem em quem devesse ser punido. Cita-se, COFFEE JR., John C. Reforming the Securities Class Action: An Essay On Deterrence and Its Implementation. In. *Columbia Working Paper n.293*. New York: Columbia University, 2006.

<sup>299</sup> Utilizando de maneira analógica a construção do *deterrence* realizada no âmbito do direito penal, esta transformação da ação de classe em ferramenta de modificação comportamental pode ser apreendida tanto em um sentido específico quanto em um viés geral. Sob a primeira ótica, afirma-se que a propositura de uma *class action* (tendo em conta a dimensão vultosa gerada pela aglutinação) faria com que o réu do litígio coletivo cessasse a prática da conduta potencialmente ilegal e não voltasse a replicá-la. Sob a segunda visão, a existência de uma ferramenta como a *class action* e a sua constante aceitação pela jurisprudência imporiam uma verdadeira forma de repensar o valor do ilícito no âmbito de toda a sociedade, tendo em conta que o temor de responder a uma ação de classe recomendaria cautelas e precauções para evitar o ilícito serial.

<sup>300</sup> Como anotei em outra ocasião, “afirmava o teórico que a punição, cuja aplicação decorreria da execução de determinada conduta, teria como finalidade inibir a totalidade de cidadãos à comissão de novas práticas delituosas. É atribuída à pena a tarefa de coagir psicologicamente a massa de indivíduos (...) Deste modo, a lei representaria, aos olhos da sociedade, uma ameaça latente, abstrata, cuja concretização seria dada após a verificação da conduta criminoso”. Por mais que o pensamento de Feuerbach seja, assim, inserido no bojo do Direito Penal, é latente em si a *intimidação*, elemento que – na medida em que se tenta imputar à *class action* um conteúdo de dissuasão – é internalizado em sua estrutura. OSNA, Gustavo. O enrijecimento das sanções penais frente à problemática da criminalidade. In. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

<sup>301</sup> THALER, Robert H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.



se locupletar pelos proveitos auferidos por meio de sua reiteração<sup>302</sup>. Esta visão também prioriza o efeito global da ação de classe no plano social, colocando o indivíduo e a proteção do seu interesse em segundo plano.

Por qualquer das vias, o que notamos é que a ferramenta processual se transforma em um verdadeiro mecanismo regulatório, situação ressaltada em tópicos como as relações de consumo - palco de destaque para a *class action*<sup>303</sup> (refletindo na própria importância do Código de Defesa do Consumidor em nosso microsistema). Resgatando a segmentação existente na base da ideia de “processo coletivo”, todavia, vemos que esta mutação teleológica da ação de classe fez com que o procedimento fosse inserido no tópico da tutela de direitos coletivos, pois ao falarmos em regulação *ex post* colocamos em cena questão que dialoga frontalmente com interesses metaindividuais (levando a debates doutrinários profundos sobre a legitimidade e a coerência desta nova função). De fato, a questão não passou imune a críticas, fundadas essencialmente em divergências ideológicas e no maior ou menor apego à visão liberal do processo e do direito. Se foi dito que existe um constante atrito entre individualismo e coletivização, aqui vemos esta questão se ratificar, ensejando aquilo que Lahav denomina de “duas grandes formas de ver a *class action*”<sup>304</sup>.

### 5.2.1. Duas visões contemporâneas da *class action*

Em um primeiro lado, encontramos teóricos que refutam a possibilidade da ação de classe ser justificada por questões que vão além dos fundamentos típicos da própria aglutinação. Esta leitura, tratada corriqueiramente por *aggregation view*, foi sustentada em tempos recentes por Martin Redish (um dos nomes de maior peso

<sup>302</sup> Em suas palavras, “the most important point, on an economic analysis, is that the violator be confronted with the costs of his violation – this achieve the allocative purpose of the suit – not that he pay them to his victim”. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. p.449-450.

<sup>303</sup> Ver, SHERMAN, Edward F. Decline & Fall: As the golden age of consumer class actions ends, the question now is whether they have any future. In. *American Bar Association Journal*. Washington: American Bar Association, 2007.

<sup>304</sup> “There are two dominant views of the class action’s structure and two dominant views of the class action lawyer. Some see the class action as an aggregation of individuals, a complex joinder device and nothing more. Others view the class action as transforming the class members into an entity. Similarly, there are two dominant views of the class action lawyer. Many see the class action lawyer as an entrepreneur, seeking out litigation and personally benefitting from gains accruing to class members. Others view the class action lawyer as a public servant or a “private attorney general,” privately vindicating rights through lawsuits that public officials do not have the resources to pursue”. Cita-se, LAHAV, Alexandra D. Two Views of Class Action. In. *Fordham Law Review*. n.79. New York: Fordham University, 2011. p.1939.

do processo civil norte-americano), para quem a recomposição funcional constituiria uma verdadeira alteração na natureza do instituto, distorcendo-o e ignorando que seu norte fundador deveria ser a proteção dos direitos individuais. Partindo de premissas confessadamente individualistas e liberais, o autor ilumina o regime da *class action* a partir destes pressupostos (tidos por si, ao lado do sistema *adversarial*, como basilares ao processo estadunidense<sup>305</sup>), chegando a conclusões que fluem para a valorização dos interesses coletivizados e a redescoberta da autonomia de seus titulares (levando a algumas críticas à própria lógica de *opt out*<sup>306</sup>). A perspectiva vai além, tocando até mesmo a possibilidade do Poder Judiciário atuar em questões afeitas a políticas públicas: para Redish, a resolução dos litígios seria o limite funcional da jurisdição, e sustentar o redimensionamento teleológico da *class action* feriria a própria lógica de divisão de poderes.

Na outra trincheira, encontramos teóricos que ao perceberem a dilatação funcional da *class action* procuraram reconstruí-la para viabilizar a obtenção legítima destes escopos. Encontram-se nesta área autores como Owen Fiss, John Bronsteen, Samuel Issacharoff, David Rosenberg e David Shapiro. É deste último a célebre visão da “classe como cliente”, basal à chamada *entity view* do mecanismo e à defesa desta feição “coletivizada”<sup>307</sup>.

Em linhas gerais, Shapiro fundamenta a unidade da *class action* – e a possibilidade de restrições ao exercício da autoexclusão – a partir da ideia de que ao ter seu interesse aglutinado o sujeito perderia de algum modo a autonomia em seu exercício<sup>308</sup>. Com efeito, o direito não deixaria de pertencer ao seu titular<sup>309</sup>, mas

---

<sup>305</sup> Delineando sua perspectiva da *class action* como mecanismo de agregação de direitos, o autor enfatiza que as teorias divergentes “ignore or reject core notions of liberal individualism which, I believe, underlie American liberal democracy in general and our adversary system of litigation” (p.88), constatando que “there are, to be sure, potential tensions between the class action procedure and the political theory of process-based individualism. In situations where this tension is inescapable, the dominant normative force of process-based individualism requires that the class action procedure be justified by a showing of a truly compelling justification”. (p.125). REDISH, Martin. *Wholesale Justice*.

<sup>306</sup> Em seu entendimento, uma estrutura desta natureza “has the effect of putting words into a litigant’s mouth – a practice that contradicts fundamental concepts of liberal theory”. Não obstante, deve-se ver que mesmo o autor, sem se descurar do caráter funcional da coletivização (como comumente acontece em nossa doutrina), enfatiza que em hipóteses como a das *small claim class action* a estrutura de *opt out* poderia se mostrar superior, por ser pouco concreta a presunção de que os indivíduos teriam um interesse vultoso em manter o “controle” sobre seus litígios. Idem. p.131-135.

<sup>307</sup> Assim, SHAPIRO, David L. *Class Actions: The Class as Party and Client*. In. *Notre Dame Law Review*. vol.73. Notre Dame: University of Notre Dame, 1998.

<sup>308</sup> O teórico destaca que “the individual who is a member of the class, for whatever purpose, is and must remain a member of the class, and as a result must tie his fortunes to those group with respect to the litigation, its process and its outcome”. Idem. p.919.

haveria também como se cogitar de uma visão unitária da própria classe, permitindo a observação de funções regulatórias e de discursos contrários a preceitos demasiadamente liberais.

Esta percepção “coletivizada” da aglutinação também é sustentada por Rosenberg, em relação especialmente aos litígios de *mass torts*<sup>310</sup>. Em sua perspectiva, visivelmente contraposta às ideias de Redish, a *class action* efetivamente seria um ferramental de coletivização, mas a sua função no contexto social estadunidense justificaria que os interesses aglutinados fossem vistos de forma predominantemente utilitarista – servindo como meio para a formação de um litígio com potencial de dissuasão e alteração comportamental<sup>311</sup>. Igualmente aqui, a classe é vista em seu viés unitário e serve menos como um meio de proteção dos interesses coletivizados do que como um veículo para a perseguição de objetivos de escalas globais.

Na mesma batida “coletivista”, colocamos como último exemplo a visão política da *class action* apresentada por Owen Fiss e John Bronsteen, para quem (em correlação à própria ideia de “reforma estrutural”) a ação de classe serviria como importante mecanismo de reestruturação da sociedade no sentido de metas de feição pública/metaindividual<sup>312</sup>. Assim, o mecanismo – ao permitir a *structural*

---

<sup>309</sup> Com efeito, Shapiro salienta, por exemplo, que “even this entity model does not deny the class member the opportunity to seek private advice, or to contribute in some way to the progress of the litigation”. Em sua visão, de fato, não há qualquer forma de negativa de que a *class action* agrega direitos individuais, mas apenas uma limitação à autonomia individual em juízo. Idem

<sup>310</sup> Ver, ROSENBERG, David. Mandatory-Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In. *Harvard Law Review*. vol. 115. Cambridge: Harvard University Press, 2002. Na mesma linha, o autor também ratifica em coautoria com Hay, em artigo previamente citado, que “first, to exploit litigation scale economies fully, courts should automatically and immediately aggregate all potential and actual claims arising from mass tort events.” ROSERNBERG, David. HAY, Bruce. “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Action: Reality and Remedy. In. *Notre Dame Law Review*. n.75. Notre Dame: University of Notre Dame, 2000

<sup>311</sup> Idem.

<sup>312</sup> “The class action enables the claims of all the individual victims to be aggregated, thereby spreading the lawsuit’s costs among all class members and creating a potential recovery that is large enough to make the suit economically viable (...) The costs of the large public harm are borne by the person or firm responsible for it, and incentives to commit future transgressions are removed. In this way, the class action provides for the private enforcement of laws that are aimed at protecting the public (...) Obviously, such a method of appointment and the system of representation it sets into motion are inherently suspect and frate against even a minimum regard for allowing individuals to be in charge of their own destiny. The willingness of the legal system to tolerate interest representation and the methods of appointment it implies might stem from two considerations (...) One is the social importance of the class action (...) There, although permitting interest representation denies absent class members formal access to the courts, rejecting that form of representation renders the legal system powerless to perform its most important function – holding accountable the party responsible for a great social harm (...) We believe it is important, however, to revise Rule 23 to make certain that is used only in those situations where that social purpose is served”. BRONSTEEN, John. FISS,

*injunction* – seria um espaço adequado para que o Poder Judiciário esvaziasse as barreiras à concretização dos valores constitucionais. Para os autores, este fundamento contemporâneo seria central para a *class action*, mais uma vez deixando os interesses coletivizados em um plano secundário.

Em síntese, identificamos em ideias como as de Fiss e Bronsteen, de Rosenberg ou de Shapiro uma forte tendência à aceitação de que a *class action* tenha seus contornos desenhados para o cumprimento de funções globais. De outro lado, pensamentos como o de Redish, partindo de premissas mais liberais, refutam o desempenho pela ação de classe destas finalidades, sob pena de distorção de sua própria natureza. Há um debate que segue vivo, como percebe Lahav, expressando-se na jurisprudência e em teorizações a respeito de tópicos como o direito de autoexclusão<sup>313</sup>. Por outro lado, não é dúbio que o cenário poderia suscitar dúvidas quanto à própria natureza da ação de classe ou dos interesses coletivizados, levando até mesmo a uma errônea aproximação com a visão material dos “direitos individuais homogêneos”. Trata-se, porém, de equívoco que deve ser prontamente ilidido.

Para tanto, é essencial lembrar que o sistema processual norte-americano adotou postura diversa da de nosso legislador para viabilizar a proteção jurisdicional de interesses metaindividuais, não optando pela antecipação normativa de uma série de balizas próprias para esta tarefa (como ocorre na Ação Civil Pública), mas pela instituição de medidas pontuais no próprio processo comum voltadas a compatibilizá-lo com o cumprimento deste fim (com primazia para o trabalho da jurisprudência). Um exemplo seria a releitura do papel do julgador sinalizada por Abram Chayes<sup>314</sup>. Foi neste toque funcionalista que, como percebe Antonio Gidi, não houve ali a preocupação em talhar conceitos como “direitos difusos” ou “direitos coletivos”<sup>315</sup>, preferindo-se, para resolver problemas pertinentes a uma coletividade, interpretá-los como matérias de *interesse público*. Seria sob este manto, do *public law litigation*, que caberia a judicialização de direitos metaindividuais - aproximação iluminada quando constatamos que para McAllister assumiriam esta qualificação os

---

Owen. The Class Action Rule. In. *Notre Dame Law Review*. n.78. Notre Dame: University of Notre Dame, 2002. p.1419-1423.

<sup>313</sup> LAHAV, Alexandra D. *Obra citada*.

<sup>314</sup> ASSIM, CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In. *Harvard Law Review*. n.89. Cambridge: Harvard University Press, 1976.

<sup>315</sup> GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. p.202.

litígios que se voltassem à defesa de “interesses pertencentes a um grupo ou a toda a coletividade”<sup>316</sup> (ou seja, a exata descrição legal dos “direitos difusos” e “coletivos *stricto sensu*”).

Com este quadro e sua acentuada liberdade procedimental, não é incorreto afirmar que há a tutela de interesses metaindividuais a cada vez que um sujeito, mesmo que em nome próprio, questiona judicialmente aspectos cuja resposta deve ser dada conjuntamente à comunidade (como em *Brown v. Board of Education*<sup>317</sup>), assumindo vestes de *private attorney general*<sup>318</sup>. Em resumo, ao invés de se pensar em um processo específico ou em uma categoria específica para a tutela metaindividual, molda-se o modelo individual clássico para permitir que corresponda à nova atuação, cingindo a discussão a tópicos procedimentais como a correlação entre representatividade adequada e vinculação subjetiva ao *estoppel*. Acreditamos ser exatamente este o cenário em que se inseriu a dilatação funcional da *class action*, entendendo-se o porquê de Owen Fiss explicitamente conceber o instituto como mecanismo de *public law litigation*<sup>319</sup>.

Com efeito, ao retermos a segmentação entre *entity view* e *aggregation view* a partir desta premissa percebemos que o debate de fundo acaba sendo a própria viabilidade de conceber a *class action* como uma ferramenta idônea para a tutela *também* de interesses metaindividuais. O que se coloca em debate é se o instrumento pode ou não assumir o desempenho desta nova rede de proteção, não havendo em qualquer momento a refutação de que os direitos que dão base à ação de classe são verdadeiramente individuais e se questionando, ao máximo, o grau de autonomia conferido em seu exercício (devido à própria bifurcação funcional).

<sup>316</sup> MCALLISTER, Lesley K. *Obra citada*.

<sup>317</sup> De fato, os julgamentos denominados “Brown I” e “Brown II” foram talhados em ações individuais movidas isoladamente por um único sujeito, mas levaram a Corte a proceder a uma revisão global das políticas raciais segregacionistas existentes no país, impactando assim no próprio interesse público (ou, em nossa visão conceitualista, em direitos “difusos” e “coletivos”). Para um maior aprofundamento no tema, veja- o caminho e as modificações de postura que levaram a Corte a Brown em UNITED STATES COURTS. *The History of Brown v Board of Education*. <<http://www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/LegalLandmarks/HistoryOfBrownVBoardOfEducation.aspx>> . Acesso em 07 de abril de 2012.

<sup>318</sup> Sobre o tema, veja-se FISS, Owen. *The Political Theory of Class Action*. In. *Washington and Lee Law Review*. n.53. Lexington: Washington and Lee University Virginia, 1996. p. 21-31.

<sup>319</sup> Criticando esta leitura, Redish destaca que “because Fiss’s model, much like the theory of civic republicanism, focuses exclusively on protection of the public interests, he seems to dismiss the possibility that, under certain circumstances, use of the class action device could effectively facilitate the vindication of private rights. There is no reason, however, why the public and private uses of the class action need be considered mutually exclusive. Contrary to Fiss’s suggestion, the class action may produce strategic benefit even to positive value claim holders, whatever its impact on enforcement of public regarding law”. REDISH, Martin. *Obra citada*. p.124

Neste quadro, a *class action* possui uma flexibilidade teleológica bastante clara, repercutindo em dados como o manejo mais adequado da figura dos *punitive damages*<sup>320</sup>. Há uma verdadeira “orientação mista”, permitida pela ausência de amarras conceituais. Esta lógica pode ser trazida para nossa realidade pelo exemplo das corriqueiras condenações da União ao fornecimento individual de medicamentos que não constam da listagem do Ministério da Saúde. Nestes casos, por mais que fosse recomendado aglomerar todos os indivíduos em um mesmo litígio (evitando os riscos da pulverização), ainda assim se estaria diante de um feito voltado apenas à resolução de pretensões individuais. Entretanto, esta situação seria alterada quando se pleiteasse não apenas o fornecimento da droga, mas sua inclusão na listagem do Sistema Único de Saúde. Aqui, haveria medida de *public law litigation* pelo “interesse metaindividual” que a medida prospectiva estaria protegendo. Em tempo, percebe-se assim o equívoco de Didier e Zaneti ao tentarem identificar na lógica de *fluid recovery* uma “dimensão social” dos “direitos individuais homogêneos”<sup>321</sup>. O que ocorre é que, no regime norte americano, é admissível que a *class action* proteja simultaneamente um direito metaindividual e por isso haja em seu deslinde uma condenação que não esteja diretamente voltada a ressarcir as vítimas (o que, em termos exclusivos de “direito individual homogêneo”, não é aceitável).

Além disso, acreditamos que, em um sistema que opta pela positivação expressa dos direitos metaindividuais, são os instrumentos voltados à sua tutela que encontram alicerce nestes escopos regulatórios, e não a coletivização. Por mais que a aglutinação também possa ser contributiva nesta frente, esta justificativa funcional – íntima aos interesses coletivos – não nos parece ocupar lugar de destaque em sua fundamentação.

Exemplificando, suponhamos que uma marca de refrigerante realiza a venda durante o período de um ano de garrafas de “dois litros” contendo apenas um litro e novecentos mililitros do líquido. Nesta hipótese, supondo que cerca de duzentos mil consumidores tenham adquirido cada um 20 unidades do produto, o prejuízo individual será de exatamente uma garrafa, gerando um exemplo de “*class action* de tipo B” e sendo improvável que qualquer sujeito ingresse em juízo pleiteando sua

---

<sup>320</sup> Com efeito, pois quando, por exemplo, uma *class action* veicula direitos individuais decorrentes de um dano ambiental e no mesmo litígio acarreta na imposição de *punitive damages* contra o infrator, protege simultaneamente os direitos individuais existentes na base do litígio e o interesse público (ou seja, o “direito metaindividual”).

<sup>321</sup> Vide nota 217.

reparação. Caso a situação fosse processualmente coletivizada, porém, haveria um novo prisma de observação do problema, notando-se que sua dimensão global não é insignificante e sendo crível que o litígio realmente pudesse animicamente servir como ameaça ao réu. Veja-se, assim, que a demanda: (i) seguiria voltada para a tutela de direitos individuais; (ii) poderia alcançar vantagens como aquelas pontuadas por Posner, Friedman e Gilles. Não afastamos este dado. Contudo, cremos que em nossos termos legislativos o instrumento imediatamente embasado por estas finalidades regulatórias seria a própria proteção do interesse metaindividual do público consumidor. A coletivização poderia ser vantajosa nesta frente, mas isto não ilidiria a natureza individual de seus direitos e não nos parece mudar suas justificativas funcionais.

### *5.3 Síntese Funcional: o que fundamentaria um sistema de coletivização?*

Em um quadro geral, acreditamos que os aspectos indicados acima representam os principais benefícios que um sistema ótimo de coletivização de direitos poderia introduzir na prática processual ordinária. Estamos cientes de que estes benefícios não são os únicos, podendo-se a eles acrescer, por exemplo, o combate à assimetria de informações entre autores individuais e entre eles e o réu do litígio (sinalizada por Rosenberg e Spier<sup>322</sup>) e a equiparação de armas e forças

---

<sup>322</sup> Ainda no âmbito de considerações preliminares, os autores destacam, comparando as possibilidades da coletivização e da decisão pulverizada de questões comuns, que “fundamental structural bias arises in the separate action process quite simply because the defendant has an inherent investment advantage over plaintiffs in litigating common questions – due not to its wealth, but rather to its natural incentive to outspend the plaintiff in any given separate action. As the “owner” of the common defense to all claims, the defendant can not only fully capture and exploit the information and other benefits (“spillovers”) from litigating the common questions across all claims. But key to its superior litigation power, as we show, the defendant can also fully centralize its investment decisions to optimize its common question defense across all claims. By contrast each plaintiff in the separate action context will be myopic and concerned only with the value of his or her own recovery in damages or otherwise – a fraction of the recovery from all claims – and will invest accordingly. Each will also tend to free-ride on the efforts of others and consequently plaintiffs cannot match the defendant’s critical capacity to centralize investment decisions to maximize the value from litigating the common questions across all claims. Joint action negates the structural bias favoring the defendant, leveling the playing field with plaintiffs. This leveling occurs not by preventing the defendant from exploiting spillover and centralized investment opportunities as fully as it otherwise would in the separate action context. The defendant always invests commensurate with its liability exposure in the aggregate, whether the total derives from many separate actions or a single joint action. Proceeding by joint action, however, enables plaintiffs to fully centralize their investment decisions as well capture information and other benefits from litigating the common questions. In short, plaintiffs can exploit centralized and spillover opportunities equivalent to defendant’s for maximizing their payoff from litigating the common questions in all claims”. Por outro lado, poderia haver assimetria de informações também entre os próprios membros da classe vitimada, como demonstra Ratliff. Cita-se, ROSENBERG, David. SPIER, Kathryn E. *On Structural Bias In The Litigation Of Common Question*

entre os litigantes (denotada, entre outros, por Bone<sup>323</sup>). Contudo, em nossa visão estas vantagens – ainda que decorram diretamente da coletivização – possuem importância colateral, não assumindo igual relevância na justificação da aglutinação de direitos individuais.

Desta forma, situamos o incremento de acesso à justiça ao réu coletivo e à “cifra oculta” de autores, a isonomia e a administração judiciária como os aspectos que servem de fundamento para se pensar na adoção da técnica funcional em exame. Seriam estas as arestas que permitiriam seu uso. Mais que isso, acreditamos que a pedra de toque da coletivização deve ser, exatamente, viabilizar que estas três ordens de vantagens sejam obtidas de forma imbricada. Esquemáticamente, eis os benefícios que fundamentariam a adoção do instrumento, rompendo com a lógica clássica de lide bilateral:

Administração judiciária	Uniformização de decisões	Estabilidade para o réu coletivo	Superação de barreiras ao litígio
-----------------------------	------------------------------	----------------------------------------	-----------------------------------------

A partir de uma conexão didaticamente válida, ainda, acreditamos que a análise destes elementos (próximos àqueles talhados por Castro Mendes<sup>324</sup>) nos permite centrar sua funcionalidade prática em duas áreas: a preclusão coletiva e o acesso à tutela. Se os elementos acima servem de fundamento à coletivização, a garantia de que a prestação material será assegurada à coletividade e o fato do

---

*Claims*. Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1950196](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950196)>. Acesso em 28 de janeiro de 2012. RATLIFF, Jack. Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect. In. *Texas Law Review*. n.67. Austin: Texas Law Review, 1988.

<sup>323</sup> Em suas palavras, “the large potential recovery in the class action can attract a better lawyer than would be interested in an individual suit and the efficiencies of group litigation make possible a higher level of investment in discovery and trial preparation (...) By aggregating all the individual suits together in one proceeding, the class action helps align investment incentives and restore parity across party line”. Este dado também é demonstrado por Rosenberg e Hay, expressando ser pouco plausível que em ações de menor porte – para não falar naquelas de “tipo B” – o indivíduo obtivesse êxito na contratação de patronos qualificados. Cita-se, BONE, Robert G. *Obra citada*. p.262-263. ROSENBERG, Davis. HAY, Bruce. *Obra citada*.

<sup>324</sup> “Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*. p.226.



litígio coletivo fazer preclusas as demandas que lhe sejam afins se colocam como dados imprescindíveis, razão pela qual o procedimento de aglutinação não pode perdê-los de vista.

Deste modo, tendo em conta que um sistema de coletivização possui como justificativa os seus próprios benefícios, observar sua adequação e sua eficiência passa pela elaboração de um teste esquemático em que, de um lado, sejam colocados estas vantagens ditadas pela “máxima eficiência” e, de outro, sejam inseridos os seus aspectos e dados procedimentais. Quanto maior a compatibilidade entre os fundamentos da coletivização e o sistema em apreço, maior será sua eficiência. Contrariamente, uma técnica de aglutinação incapaz de atingir satisfatoriamente estes benefícios deverá ser revista, pois inócua para as finalidades a que se deveria propor.

### 5.3.1 Os benefícios da coletivização e o sistema brasileiro

Finalizando o presente capítulo, pretendemos realizar sucintamente este cotejo funcional a partir da técnica de coletivização prevista em nosso microsistema de processos coletivos (sob a máscara conceitualista dos “direitos individuais homogêneos”). Deve-se ressaltar que nosso objetivo não é esmiuçar detidamente os trâmites procedimentais instituídos para a ação civil pública, mas somente realizar um breve diagnóstico da eficiência deste modelo. Para tanto, optamos pela observação específica de três vetores que consideramos reveladores de suas potencialidades: (i) a condenação genérica e a liquidação atomizada dos danos individuais; (ii) a coisa julgada *secundum eventum litis*; (iii) a relação entre o momento de certificação da demanda coletiva, a suspensão de ações individuais e o regime de prescrição.

#### (a) Sentença condenatória genérica, liquidação e execução individuais

Como descrito no Capítulo 3 do estudo, o microsistema de processo coletivo, ao mesmo tempo em que instituiu o regime da ação civil pública e seus trâmites procedimentais, positivou as categorias de direitos “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, regulando-as conjuntamente em diversos dispositivos. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor também disciplinou a partir de seu art.91 aspectos de uma “ação coletiva” aplicável apenas à proteção dos “direitos

individuais homogêneos”<sup>325</sup>, fazendo com que alguns afirmassem que o microsistema prescrevia dois ritos procedimentais diversos (a ação civil pública para a proteção de direitos metaindividuais e a “ação coletiva” para defesa de “direitos individuais homogêneos”) e concluíssem que a aglutinação teria que necessariamente seguir o rito e os trâmites desta “ação coletiva”.

Foi o caso de Teori Albino Zavascki, harmonizando esta idéia à sua já analisada segmentação entre “tutela coletiva de direitos” e “tutela de direitos coletivos”<sup>326</sup>. No entendimento do autor, naturalmente amplificado devido à sua condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a proteção dos “direitos individuais homogêneos” ocorreria obrigatoriamente nos moldes descritos nos arts.93 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, não sendo possível que se servissem do rito geral da ação civil pública<sup>327</sup>. Ocorre que esta “ação coletiva” possuiria possibilidades bastante restritas, pois a procedência do pedido poderia ser acolhida apenas mediante uma “sentença condenatória genérica”<sup>328</sup> (conferindo ao procedimento uma estrutura necessariamente bifásica e obstando o uso das sentenças intrinsecamente executáveis). A técnica condenatória seria a única idônea para findar a “ação coletiva” favoravelmente à classe e a execução do julgado para reparação do dano individual dependeria da iniciativa do sujeito, prevendo-se a hipótese subsidiária de execução dos valores pelo e para o Fundo de Defesa dos

---

<sup>325</sup> Com efeito, o Capítulo II do Título III de nosso Código de Defesa do Consumidor é denominado “Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos” e, em seu dispositivo inicial (art.91), preceitua que “os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. Neste toque é que: (i) percebe-se que suas disposições se aplicam exclusivamente aos direitos individuais protegidos coletivamente pelo CDC; e (ii) cria-se a idéia, a partir da própria interpretação normativa, de que apenas esta “ação coletiva” seria idônea para a tutela dos “direitos individuais homogêneos”.

<sup>326</sup> Ver, ZAVASCKI, Teori Albino. *Obra citada*.

<sup>327</sup> “É equivocada, por exemplo, a suposição, largamente difundida, de que a ação civil pública, criada pela Lei 7.347, de 1985, e destinada a tutelar direitos transindividuais, pode ser também indiscriminada e integralmente utilizada para a tutela de direitos individuais (...) Ora, a formatação processual da ação civil pública foi desenvolvida para atender a essa espécie de litígios, e não a outros, relativos a direitos individuais. Na verdade, ressalvadas as aplicações subsidiárias admitidas por lei ou impostas pelo princípio da analogia, pode-se identificar, em nosso sistema processual, um subsistema que delinea claramente os modos e os instrumentos de tutela dos direitos coletivos (que são as ações civis públicas e a ação popular) e os modos e os instrumentos para tutelar coletivamente os direitos subjetivos individuais (que são as ações civis coletivas, nela incluído o mandado de segurança coletivo)”. Idem. p.57-58.

<sup>328</sup> “Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.”

Direitos Difusos <sup>329</sup>.

Contra esta visão há autores que se manifestam firmemente. É o caso de Sérgio Cruz Arenhart, que afirma ser injustificado que a defesa dos “direitos individuais homogêneos” não pudesse se valer das mesmas técnicas construídas para o processo individual <sup>330</sup>. Sob este prisma, a “ação coletiva” prevista no CDC seria apenas uma forma tipificada de proteção dos direitos “individuais homogêneos”, mas não a única passível de uso para este fim, desconstruindo a barreira teórica entre “ação coletiva” e “ação civil pública”.

Por mais que a menção expressa a esta distinção seja gradualmente menos comum, é importante observar que o próprio Conselho Nacional de Justiça, em seu “Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas”, apresenta “Ação Civil Pública” e “Ação Civil Coletiva” como classes diversas <sup>331</sup>. Além disso, notamos resquícios da posição restritiva da “ação coletiva” em nossa doutrina e em nossos tribunais, pois como demonstrado quando se apresentou a “visão material” dos “direitos individuais homogêneos” não são escassas as manifestações doutrinárias e os julgados que ainda defendem que na coletivização é obrigatório o binômio “sentença condenatória”/liquidações individuais <sup>332</sup>. Em nosso entendimento, a infelicidade do texto normativo contribui para esta leitura, servindo como válvula de escape para a construção. Para o presente tópico, porém, o que importa é testar se os efeitos deste modelo se adéquam aos fundamentos e benefícios da coletivização, pois apenas assim se pode aferir se uma estrutura desta natureza é eficaz e se seu uso é justificado. E, conferindo olhares funcionalistas à questão, entendemos que esta adequação não ocorre.

Primeiramente, o modelo faz com que os problemas do acúmulo de

---

<sup>329</sup> “Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.”

<sup>330</sup> Neste sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*.

<sup>331</sup> De fato, o sistema pressupõe a diferenciação entre as “duas classes processuais” ao apresentá-las como categorias diversas (e, conseqüentemente, com código diversos) da chave “Procedimentos Regidos por Outros Códigos”. Com esta orientação, a “Ação Civil Pública” seria identificada pelo numeral 65, ao passo que a “Ação Civil Coletiva” corresponderia à classe de número 63. Veja-se, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas*. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta\\_publica\\_classes.php](http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_classes.php)>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

<sup>332</sup> Vide item 4.1.1.

demandas repetidas e da sua pulverização não sejam combatidos, mas apenas postergado da fase de conhecimento para os momentos de liquidação e execução; aprimora-se o momento cognitivo do processo, mas apenas ele. No mesmo sentido, não há em sua base um verdadeiro compromisso com a isonomia, pois conferir aos jurisdicionados um tratamento isonômico não se restringe a garantir que a mesma “condenação genérica” possa ser liquidada e executada, devendo atingir a própria prestação material. Com as liquidações individuais, porém, as diversas pretensões executivas são jurisdicionalizadas de forma atômica, fazendo com que o risco de decisões divergentes volte a se manifestar. Nos dois lados, a efetividade é bastante limitada.

Mais que isso, se o incremento trazido pela tutela coletiva ao “acesso à justiça” e à aplicação do direito material está diretamente relacionado à possibilidade do indivíduo ter seu interesse tutelado sem a necessidade de agir pessoalmente em juízo, com a obrigatoriedade de liquidações e execuções individuais estes benefícios são perdidos. A hipossuficiência e os custos do processo que impedem ou desmotivam o pleito individual não são findados pela diferença entre “fase de conhecimento” e “fase de execução”, fazendo com que para alguns indivíduos, mesmo vitimados, a “condenação genérica” de nada sirva. Entendemos ainda que a possibilidade de execução pelo “fundo” – nos moldes hoje verificados – institucionaliza uma verdadeira “apropriação indébita” de seus interesses, fazendo com que nossa doutrina fale em *fluid recovery* sem notar que o modelo nada tem de *recovery*<sup>333</sup>.

Para analisar pela via exemplificativa esta série de problemas decorrentes da “condenação genérica”, suponhamos que uma editora causa o mesmo dano a 15 mil assinantes de seus periódicos. Nesta hipótese, a coletivização evitaria que a pulverização dos litígios atentasse contra a boa-gestão judiciária e criasse o risco de decisões anti-isonômicas. Além disso, também asseguraria a proteção material

---

<sup>333</sup> Isto se dá pois nossa prática não faz com que as verbas executadas pelo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos tenham que ser investidas na reparação dos danos que ensejaram a condenação. E, compreendendo que por trás dos “direitos individuais homogêneos” há a coletivização de interesses individuais nada parece haver no direito que autorize a usurpação do montante devido a título de ressarcimentos individuais para fins absolutamente diversos de sua reparação, possibilitando, por exemplo, que pretensões individuais de consumidores da região nordeste sejam executadas coletivamente para que, após, o fundo invista o montante na reparação de danos ambientais no interior do Acre, não havendo que se cogitar sequer da tentativa de sua reparação. Decididamente, nestes casos se fala em *fluid recovery* sem entender que não há sequer a tentativa de obter o *recovery*, em uma medida nitidamente equivocada.

daqueles assinantes que não tivessem conhecimento do ilícito, que não dispusessem de condições de desafiá-lo ou que fossem desencorajados a fazê-lo devido aos custos totais do processo – mantendo, assim, a igualdade material entre todos.

Com a lógica bifásica e as execuções individuais, porém, estes fundamentos não são satisfatoriamente alcançados. De início, porque cada um dos assinantes seria obrigado a ingressar em juízo pessoalmente para proceder à liquidação e à execução do julgado, gerando um novo acúmulo no Judiciário e mais uma vez potencializando o risco de decisões divergentes. Após, porque esses pedidos individuais não são imunes às barreiras e custos que atingem o processo, sendo provável que boa parte dos assinantes não procedesse à recuperação e não usufrísse da tutela de seu interesse individual. A técnica pouco contribui, limitando-se a prescrever uma hipótese em que – pelo fato da questão já ter sido decidida – a fase de conhecimento seria dispensada. E isto, por mais que não seja errôneo (como é a coisa julgada *in utilibus*<sup>334</sup>), é bastante insuficiente.

#### (b) Coisa julgada secundum eventum litis

De acordo com a leitura sistemática do art.103, III, do Código de Defesa do Consumidor, nas demandas coletivas propostas para a defesa de interesses individuais a “coisa julgada” seria *erga omnes*, mas “apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”<sup>335</sup>. A previsão é complementada pelo parágrafo segundo do mesmo dispositivo, segundo o qual “em

<sup>334</sup> Com efeito, por mais que a coisa julgada *in utilibus* prevista no art.104 de nosso Código de Defesa do Consumidor (permitindo que após a procedência de uma demanda voltada à tutela de direitos metaindividuais as “vítimas” eventualmente atreladas ao mesmo dano procedessem diretamente à liquidação e à execução de seus prejuízos individuais) seja comumente elogiada pela doutrina por servir à funcionalidade do processo, entendemos que a previsão fere o bom senso, pois não há identidade entre pedido individual e pedido coletivo ou entre causa de pedir coletiva e individual. Neste toque, transpor uma decisão prolatada em um litígio em que estiveram em jogo pedido e causa de pedir coletivos para um processo individual é suplantar a necessidade de que a própria causa de pedir individual seja confrontada, criando uma suposição avessa à lógica.

<sup>335</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: (...) 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. (...) § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual” e pelo *caput* do artigo seguinte, que dispõe que a decisão coletiva “não beneficiará” “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”<sup>336</sup>. É este arcabouço que doutrinariamente se chamou de “coisa julgada *secundum eventum litis*” (nomenclatura criticada por Antonio Gidi<sup>337</sup>).

Esquematisando as previsões normativas constatamos que: (i) no caso da demanda coletiva ser julgada procedente, os membros da classe serão beneficiados tenham ou não intervindo no litígio – excetuados apenas aqueles que tenham proposto ações individuais e não requerido sua suspensão; (ii) no caso da demanda coletiva ser julgada improcedente, todavia, a propositura superveniente de ações individuais e a consequente rediscussão da matéria será obstada apenas para os sujeitos intervenientes. A procedência ou não do pedido, deste modo, é fator determinante para que a “preclusão coletiva” se imponha, justificando o porquê da extensão subjetiva da imutabilidade ser tratada como “segundo o evento da lide”.

Pela via exemplificativa, suponhamos que os inúmeros estabelecimentos comerciais situados no centro de Curitiba passem a ser vitimados por uma conduta irregular da Prefeitura Municipal, fundamentando sua veiculação coletiva. A partir do texto legal, se neste caso houver decisão favorável à classe todas as vítimas serão beneficiadas (com a ressalva das que não requererem a suspensão das possíveis ações individuais). Por outro lado, se o litígio for decidido favoravelmente ao Município todos os membros representados na demanda coletiva poderão rediscutir a questão individualmente, excetuados aqueles que tenham intervindo no feito.

Com este quadro, mesmo um indivíduo sem qualquer conhecimento técnico (mas provido do mínimo de bom senso) questionaria o porquê de um sujeito optar por intervir pessoalmente na ação coletiva, arguição para a qual não há resposta lógica. Realmente, inexistem vantagens processual ou financeira suficientes para o

---

<sup>336</sup> “Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e 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.”

<sup>337</sup> Ainda que adotando posicionamento em alguma escala diverso do aqui exposto, o autor critica a noção de “coisa julgada *secundum eventum litis*” em GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. p.288 e ss.

interveniente, mas há um claro prejuízo, pois para ele a imutabilidade não será *secundum eventum litis*. Porém, em uma análise finalística como a que aqui se propõe, este é o menor dos problemas. O cotejo entre os benefícios da coletivização e a coisa julgada *secundum eventum litis* demonstra que esta estrutura é falha em si, não contribuindo para que o processo coletivo alcance um patamar de efetividade.

De fato, se ao falarmos nas vantagens de um sistema de aglutinação passamos pela economia na administração judiciária e pela uniformização das decisões, no atual regime de nosso microssistema é nítido que tais benefícios só são alcançados quando a demanda coletiva é julgada favoravelmente à classe. Sendo diversa a decisão, ignora-se que a questão já foi analisada pelo Judiciário e se permite sua rediscussão de forma pulverizada, rompendo com a eficiência na gestão judiciária<sup>338</sup>. Como consequência, também volta a existir a possibilidade de decisões divergentes sobre a mesma matéria e o risco em potencial à isonomia - dado implícito na permissão legal<sup>339</sup>.

A estrutura também descarta aquilo que no capítulo anterior foi apresentado como a “mão-dupla” do acesso à justiça, pois institui uma moldura em que o réu coletivo ocupa posição de desequilíbrio e é visivelmente preterido pelo legislador. Entre os regimes de *opt in* e de *opt out* - guias centrais do cenário da coletivização de direitos<sup>340</sup> - elegeu-se um meio-termo claramente tendencioso: se a decisão for

<sup>338</sup> Sobre o tema, veja-se BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. In. *Revista do advogado*. nº 33. São Paulo: AASP, 1990. p. 80-82.

<sup>339</sup> Concordamos com Elpídio Donizetti e Marcelo Cerqueira quando afirmam que “a extensão da coisa julgada conforme o resultado da lide (...) desprestigia a economia processual e a própria eficácia da tutela coletiva, ao permitir que, após julgado improcedente o pedido formulado em ação coletiva suficientemente instruída e adequadamente litigada, sejam ajuizadas ações individuais para reverter, no plano individual, o resultado negativo da demanda coletiva”. DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Obra citada*. p.368.

<sup>340</sup> Em síntese, o primeiro modelo adota a perspectiva de que o indivíduo, a não ser que não requeira de maneira expressa, não está sujeito à decisão coletiva – presumindo-se seu desinteresse nesta sujeição. Já no segundo a presunção é inversa: o indivíduo estará sujeito à lide coletiva a não ser que expressamente requeira sua desvinculação. Em descrição precisa a respeito das distinções entre os dois sistemas, Christopher Hodges assim expõe: “the opt-in versus opt-out debate has three technical aspects: the first involves the mechanistic need to produce a result that is binding on relevant individuals; the second involves observation of fundamental rights; and the third involves issues of financing a collective action. These issues will be considered in turn, but ultimately the issue is how to maximize justice. How can people who have valid claims be compensated, and defendants be made to pay up when they should, without making defendants pay when it is not justified? Solving this issue opens up considerations of power and abuse. The decision is ultimately one for resolution as a political decision. The difference between the opt-in and opt-out mechanisms is straightforward to understand, but selection between them is far more difficult, since the consequences that flow from both are complex and require a difficult balancing exercise to be undertaken”. HODGES, Christopher. *Obra citada*. p.118-119.

prejudicial ao réu, vigora a lógica extensiva do *opt out*, se lhe for benéfica, incide o pensamento restritivo do *opt in*.

Vê-se, pois, que o modelo retira quaisquer vantagens que a coletivização poderia trazer ao demandado, formando um procedimento em que ele nada tem a ganhar <sup>341</sup>. Caso seja condenado, terá que satisfazer os inúmeros interesses individuais (o que, ressalvados os equívocos da “sentença condenatória genérica”, realmente parece adequado). Contudo, caso prove que as pretensões não procedem, seguirá sujeito ao manejo de inúmeras ações individuais, não obtendo segurança ou estabilização. Por mais que se respeite o *stare decisis* do caso coletivo e que nenhum dos autores individuais venha a obter um provimento positivo (fatores que em nosso sistema judicial são pouco críveis), os gastos que o réu coletivo terá para a manutenção de representantes judiciais e de acompanhamentos processuais serão injustos e inevitáveis. Negligenciar este elemento sob o argumento de sua capacidade econômica é lhe transferir indevidamente um dever estatal.

Assim, se é comum a afirmação de que instituições telefônicas, bancárias ou outras que celebram contratos massivos militam politicamente contra a coletivização, diante de um regime como o do microssistema elas sequer podem ser reprovadas por fazê-lo. Não surpreende também que o Estado, maior réu coletivo em potencial na realidade brasileira <sup>342</sup>, tenha realizado um controle político explícito das ações coletivas em que poderia figurar como demandado, fazendo constar no microssistema através da Medida Provisória nº 2.180-35/2001 que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”. Entendemos com Cássio Scarpinella Bueno <sup>343</sup> que a previsão é

---

<sup>341</sup> Neste sentido, CAPPELLETI, Mauro. *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*. In. *Le azione a tutela de interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia*. Padova: CEDAM, 1974. Também, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada* e DINAMARCO, Pedro. *Obra citada*.

<sup>342</sup> Vide nota 154.

<sup>343</sup> Nas palavras do autor, “é flagrantemente inconstitucional a vedação trazida pela Medida Provisória. Isto evidentemente, sem considerar eventual ausência dos pressupostos legitimadores de sua reedição (CF, art. 62) ou um patente desvio de poder (de função ‘legislativa’) na edição de um ato como aquele. O que é muito claro no novo parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85 é que o Executivo Federal quer, vez por todas, vedar (ou debelar) todas e quaisquer ações civis públicas que tenham como objeto as matérias que enumera. Quer evitar, assim, o acesso coletivo à Justiça e que permite (ou deveria permitir, não fossem os problemas apontados no item 2, supra), com uma só



inconstitucional e não atende ao interesse público (por mais que harmônica aos interesses do próprio Estado). Contudo, em um sistema em que o réu jamais ganha, podendo no máximo não perder, sua positivação é bastante compreensível. Este dado, que sequer é o único ponto questionável em relação à imutabilidade da decisão coletiva<sup>344</sup>, depõe contrariamente à eficiência do instrumento. Em suma, a

---

decisão jurisdicional e de uma só vez, ver reconhecido o direito de um sem número de pessoas afetadas por atos governamentais. É tolerável o acesso individual (visão anacrônica e insuficiente dos princípios constitucionais do processo que mencionei) porque ele é atomizado e fraco e desorganizado, por sua própria natureza. Ver-se, a União Federal, inibida de lançar determinado tributo de um contribuinte? Nenhum problema. Ver-se, no entanto, a União Federal inibida de cobrar determinado tributo ou devolver arrecadações pretéritas flagrantemente inconstitucionais para toda uma coletividade, para todos aqueles que o lançamento tributário pretendeu atingir? Isto é problema, por definição. Daí não se admitir, não se querer e não se tolerar o acesso coletivo ao Judiciário". Cita-se, BUENO, Cassio Scarpinella. Ações coletivas e o poder público. In. *Processos Coletivos*. vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_artigo.asp?id=44](http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=44)> Acesso em: 15 maio de 2012.

<sup>344</sup> Com efeito, pois outro dado que merece especial atenção em relação a este tópico é a possível existência de limites territoriais à coisa julgada advinda da decisão coletiva sobre direitos individuais, questão que passa por divergências interpretativas e encontra abordagens diversificadas na doutrina. O problema possui como origem a redação nada técnica do art.16 da Lei de Ação Civil Pública, segundo o qual "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator". Neste sentido, como mostra Sérgio Cruz Arenhart, doutrina e jurisprudência se dividiram em três grupos quanto à aplicabilidade do art.16 e o teor de sua questionável regra. Alguns, percebendo seu equívoco, negaram-lhe integralmente vigência. Outros conferiram ao dispositivo interpretação literal, ignorando a natureza confusa e pouco técnica de sua redação. Por fim, houve quem conferisse ao texto uma "interpretação conciliadora", destacando que os efeitos da decisão ("coisa julgada", na dicção do dispositivo) seriam redimensionados conforme a questão alcançasse um maior grau jurisdicional. É nítido que as duas idéias acima que pugnam pela aplicabilidade do dispositivo tornam o sistema inefetivo. Primeiramente, é implícito à interpretação literal do art.16 que - se os benefícios da demanda coletiva só podem ser usufruídos no espaço territorial sobre o qual é facultado ao juiz manifestar a jurisdição - a reparação de danos individuais gerados coletivamente em todo o território nacional dependerá de inúmeras ações e manifestações de diversos magistrados. Com isso, a coletivização deixa de ser funcional e não combate os problemas a que deveria se propor. Como percebe Mancuso, volta a haver a pulverização de demandas, perdendo-se em economia processual e mantendo-se o risco de decisões conflitantes. De outra banda, A solução que condiciona a eficácia territorial da decisão à própria abrangência do órgão julgador (modulando a "coisa julgada" de acordo com o grau jurisdicional) é igualmente problemática, conduzindo à conclusão de que apenas os Tribunais Superiores poderiam decidir demandas coletivas com abrangência nacional. Assim, seriam possíveis somente duas alternativas procedimentais: (i) a demanda coletiva que veiculasse lesões individuais de abrangência nacional teria que ser proposta diretamente junto aos Tribunais Superiores (extrapolando a sua competência originária sem o amparo normativo necessário ); (ii) a demanda coletiva que veiculasse lesões individuais de abrangência nacional seria satisfatoriamente decidida somente em grau recursal, após a deliberação de Tribunal Superior. Nesta última hipótese a inidoneidade se torna ainda mais evidente, considerando que: (i) se este recurso jamais vier a ser manejado, a decisão nunca será efetiva; (ii) os atos anteriores a ele se tornam condutas pro forma, esvaziando o sentido da atividade jurisdicional. Em todos os casos, surge mais uma vez o risco de decisões conflitantes, além da hipótese de indivíduos com idêntica situação material não serem tutelados de maneira uniforme, justificando o porquê de haver autores que refutam por completo a utilização do dispositivo. Fugindo deste ceticismo, identificamos posições como a de Arenhart conjugando a interpretação do art.16 da Lei de Ação Civil Pública com os demais dispositivos do microsistema (notadamente o art.3º da mesma lei e o art.93 do Código de Defesa do Consumidor) para concluir que o preceito não mais faz do que reforçar que os juízos situados nas capitais de Estado e no Distrito Federal são os competentes para conhecer questões cujo dano possua abrangência nacional. Cita-se, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos*

opção adotada é bastante prejudicial à matéria, como também diagnosticado por Castro Mendes <sup>345</sup>.

(c) Certificação, suspensão de ações individuais e prescrição

Para aferir a eficiência do microsistema, também selecionamos como dado relevante a relação entre três aspectos estruturais do seu procedimento de coletivização: (i) o momento e a forma de admissão judicial do tratamento coletivo; (ii) os efeitos desta admissão sobre o regime de prescrição das pretensões materiais individuais; e (iii) a harmonia entre estes efeitos e a suspensividade das demandas individuais eventualmente propostas. Acreditamos que estes fatores possuem relação simbiótica e que sua atual composição forma um arcabouço pouco compromissado com os fundamentos/benefícios da aglutinação de interesses individuais.

No que se refere ao primeiro item, o regime do microsistema não dá regramento específico à decisão que (aferindo a “origem comum” dos interesses individuais e a legitimidade do litigante para sua defesa) admite a demanda coletiva. Não há um procedimento de certificação como o da *class action* <sup>346</sup> ou de admissão como o do julgamento do caso-piloto alemão <sup>347</sup>. Assim, a deliberação a respeito destes tópicos se sujeita ao processo ordinário, podendo ser conduzida a sucessivas instâncias recursais e sofrer seguidas revisões. A estrutura traz efeitos visivelmente negativos, gerando empecilhos à duração razoável do processo e à segurança jurídica ao tornar incerto para o indivíduo se a ação coletiva tutelará seus interesses (definição que é indevidamente postergada) <sup>348</sup>. O cenário caminha na contramão dos fundamentos da coletivização e traz consequências complexas para os outros

---

*individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos.* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. p. 403-404.

<sup>345</sup> “Situação diversa, entretanto, ocorre no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, em que a extensão *secundum eventum litis* da decisão será absoluta, vinculando ou não conforme o julgado seja ou não favorável à parte coletiva, método este que enseja maior insegurança jurídica, aumento do número de causas e tratamento anti-isonômico para as partes”. MENDES, Aluisio Gonçalves. *Obra citada*. p.301.

<sup>346</sup> Sobre a relevância da decisão de certificação e a legitimidade de seu potencial preclusivo, ver CLERMONT, Kevin M. *Class Certification's Preclusive Effects*. In. *University of Pennsylvania Law Review*. n.159. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2011.

<sup>347</sup> Sobre o tema, ver CABRAL, Antonio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. In. *Revista de Processo*. n.147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.123-146.

<sup>348</sup> Neste sentido, ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

dois elementos acima indicados (prescrição e suspensividade).

Quanto ao primeiro, a questão se coloca nos seguintes termos: qual o regime incidente sobre a prescrição das pretensões individuais quando uma demanda coletiva voltada à sua proteção está em curso, mas posteriormente é inadmitida como tal? O problema foi experimentado recentemente em nossa jurisprudência e não possui resposta pré-estabelecida no texto legal<sup>349</sup>, conduzindo a interpretações que podem romper frontalmente com a eficiência esperada do mecanismo de coletivização.

Para facilitar a compreensão, suponhamos que é proposta uma ação coletiva pelo Ministério Público do Rio de Janeiro para a defesa de interesses individualmente pertencentes a diversos consumidores que ali residem. Devido à estrutura normativa de nosso microsistema, haverá no litígio a possibilidade de discussões sucessivas a respeito da legitimidade do *Parquet* e do “caráter homogêneo” dos direitos, de modo que (considerando a morosidade do sistema judiciário brasileiro) é bastante crível que este debate dure por período superior ao próprio prazo prescricional dos interesses individuais ou se prolongue o bastante para suplantar seu termo final. Desta forma, caso em último grau recursal se reconheça a ilegitimidade haverá um hiato capaz de suscitar o seguinte questionamento: a demanda coletiva teria interrompido a fluência dos prazos prescricionais individuais ou as pretensões subjetivas (por não ter ocorrido atuação do interessado) estariam prescritas?.

Considerando que entre as finalidades da coletivização está facilitar a veiculação dos interesses individuais em juízo ao tornar desnecessária sua atuação pessoal, não temos dúvidas de que é necessário que a demanda interrompa as prescrições individuais, no que concordamos com Arenhart<sup>350</sup>. Com efeito, a

---

<sup>349</sup> É emblemático aqui o caso da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do nº. AI 382.298 AgR/RS, cujo acórdão, relatado pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, concluiu em sede de agravo regimental no agravo de instrumento no recurso extraordinário na ação rescisória que a associação representativa que havia obtido a condenação na demanda rescindida (*in casu*, a Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores) não era legítima para o feito. No caso, caso se entenda que a demanda coletiva não possui o condão de interromper o prazo de prescrição das ações individuais, todos aqueles que confiaram na ação coletiva (e, com isso, permitiram-na alcançar suas finalidades) terão suas pretensões mutiladas.

<sup>350</sup> “Finalmente, um último tema que merece ser analisado diz respeito à fluência do prazo prescricional para as pretensões individuais na pendência de ação coletiva que trata desses interesses. Talvez aqui resida a questão mais complexa, e que exige maior ponderação. Ao que parece, a melhor solução é aquela que advoga que, proposta a demanda coletiva, ocorre a interrupção do prazo prescricional para ações individuais, até a conclusão deste feito, quando então, em princípio, poderá ser postulado o direito de forma individual, no caso de improcedência daquela.

interpretação contrária é funcionalmente falha, pois quando se admite que o juízo de inadmissão pode se protelar no tempo sem que a prescrição individual tenha sido interrompida se cria um quadro em que o sujeito que possui possibilidades para ingressar individualmente em juízo é encorajado a fazê-lo. Trata-se da única alternativa para garantir que a prescrição não correrá contra si, mas também daquela que menos se adéqua à gestão do judiciário e aos fundamentos da coletivização.

A situação, porém, torna-se ainda menos funcional quando observamos que o nosso sistema não impõe a suspensão das ações individuais durante o trâmite do feito coletivo<sup>351</sup>, fazendo com que, ao mesmo tempo em que o regime de prescrição incentiva a pulverização, os feitos atomizados possam ser decididos de maneira paralela e potencialmente divergente ao coletivo. É verdade que este último item vem sendo objeto de recente correção pelo Superior Tribunal de Justiça, vigorando na Corte a idéia de que a suspensão deverá ocorrer *ex officio* e de forma vinculada (posicionamento correto, mas sem amparo legal)<sup>352</sup>. De *lege lata*, porém, a estrutura que há é avessa à tutela coletiva e contradiz seus benefícios.

Unindo os três elementos acima trabalhados, podemos tracejar a seguinte linha: (i) há incerteza e demora na “admissão” da demanda coletiva, gerando insegurança; (ii) durante este hiato temporal, as pretensões individuais não estarão protegidas da prescrição extintiva, recomendando a propositura da ação individual; (iii) propostas as ações individuais, não é compulsória sua suspensão pelo feito coletivo, viabilizando decisões divergentes sobre o mesmo caso. A lógica é

---

Esta interpretação elimina o risco de, na expectativa do resultado da ação coletiva, possa o indivíduo ver prescrito (no caso de improcedência daquela) seu pleito individual. Esse risco, obviamente, induz o indivíduo, por precaução, a ajuizar sua ação própria – a despeito da ação coletiva – porque sabe que outra conduta pode resultar em prejuízo irreparável para si. Isso, conseqüentemente, faz com que o objetivo de reduzir a quantidade de ações repetidas ante o Judiciário não seja alcançado, pondo ainda em risco a tentativa de dar tratamento uniforme às pretensões de massa”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

<sup>351</sup> Com efeito, a leitura do art.104 do Código de Defesa do Consumidor, cujo teor foi previamente citado, corrobora o fato da suspensão ser facultativa, dependendo da iniciativa do autor individual.

<sup>352</sup> Sobre o tema, serve como linha geral do posicionamento da Corte decisão de relatoria do Min.Sidnei Benetti no julgamento do REsp nº 1.110549/RS, cuja ementa faz constar que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008)”.

contraproducente, desligando-se das vantagens e fundamentos da coletivização.

#### (d) A ineficiência da coletivização prevista no microsistema

Deste modo, mesmo sem investigar pormenorizadamente o rito procedimental previsto em nosso ordenamento para a tutela de “direitos individuais homogêneos” não é árduo constatar sua ineficiência. Este dado pode ser extraído por uma observação sumária de alguns de seus aspectos, como os três reproduzidos no presente tópico. Qualquer deles por si só romperia com os benefícios que fundamentam o tratamento coletivo de direitos individuais em um único litígio. Os três, conjugados, mutilam esta funcionalidade.

De fato, se o quadro funcional previamente apresentado explicita que a coletivização *tout court* possui um feixe funcional mais amplo e maior impacto material do que as técnicas pautadas apenas na lógica de precedentes, agora podemos notar que o regime de aglutinação previsto no microsistema possui mais feições de um instrumento *sui generis* de vinculação a precedentes do que de real tutela coletiva de direitos<sup>353</sup>. De um lado, o mecanismo não assegura a tutela igualitária de interesses sem que os indivíduos tenham que ingressar pessoalmente em juízo. De outro, também é falho quanto à preclusão coletiva. Em síntese, os dois passos procedimentais intrínsecos ao tratamento aglutinado são negligenciados.

Arrematando o capítulo e comprovando esta afirmação, vale lembrar dos fundamentos previamente indicados como inerentes à coletivização (administração judiciária, uniformização de decisões, estabilidade para o réu coletivo e superação de barreiras ao litígio) e questionar se o nosso microsistema – ao constantemente flertar com a pulverização – é eficiente em alguma destas frentes. A resposta nos parece negativa, desafiando a própria lógica das técnicas pragmáticas de prestação jurisdicional.

---

<sup>353</sup> *Sui generis* porque, neste regime, o precedente vincula apenas no caso de vitória de um dos pólos do litígio, além de dispensar os sujeitos beneficiados da repositura da fase processual de conhecimento. Pouco próximo de uma real coletivização porque, por outro lado, está distante de cumprir seus fundamentos, não havendo a necessária preocupação com tópicos como o acesso à justiça, a igualdade e a verdadeira gestão judiciária.



## **IV PARTE**

## **6. Do microsistema à “visão material” – (mais uma vez) entre meios e resultados**

Concluiu-se no tópico anterior pela flagrante ineficiência do sistema brasileiro de coletivização de direitos individuais. Com esse dado, são compreendidas as razões pelas quais vem sendo comum a tentativa doutrinária de superar o texto positivo, mediante a elaboração de projetos de códigos ou de emendas legislativas voltadas a aprimorar a tutela dos “direitos individuais homogêneos” (alegoria conceitual da qual as propostas não parecem se despir).

Entretanto, unindo a série de aspectos trazidos ao longo do estudo pretendemos demonstrar no presente capítulo que o cerne do problema não se restringe à atual norma. Acreditamos que a questão é predominantemente ideológica, fluindo para as mesmas razões que conduziram à própria construção do conceito de “direitos individuais homogêneos” e de sua noção material. Apenas com esta percepção é possível que se dê um passo no sentido da funcionalidade da coletivização. Mais que isso, este esboço revela que a tutela coletiva é uma opção que mais uma vez nos leva ao embate entre “meios” e “resultados” no âmbito do processo. E a disciplina pode ser adequadamente estudada e reinventada somente com a ciência de que esta contraposição impõe opções e sacrifícios.

### *6.1 O processo entre fins e meios e a coletivização: não há opção sem sacrifício*

Confirmando o que foi brevemente sinalizado nas linhas acima, a análise de nosso microsistema revela que o entrave central para a eficiência da coletivização no direito brasileiro não é apenas normativo. Pelo contrário, identificamos em sua base dois dados culturais anteriores à legislação e responsáveis por condicionar o seu conteúdo: o pensamento individualista liberal e a conseqüente crença de que o processo não pode tocar o sujeito sem a sua manifestação de vontade.

A lógica da coisa julgada *secundum eventum litis* é emblemática desta mentalidade, pois sua origem e sua função possuem como elemento implícito (mas de obviedade patente) a tentativa de inviabilizar que o sujeito tenha seu interesse material “prejudicado” sem a sua participação pessoal no litígio. É este item que faz com que autores como o próprio Antonio Gidi em algum momento já tenham a defendido, sustentando que subordinar o indivíduo à preclusão coletiva desfavorável



sem que tenha atuado em juízo romperia com a principiologia de nosso direito processual<sup>354</sup>. Levantam-se dados como o “direito de ação” e o “devido processo legal” para indicar que um sistema de imutabilidade individual e coletiva *pro et contra* conflitaria com “direitos processuais individuais”, conforme se lê da obra de autores como Ada Pellegrini Grinover<sup>355</sup> e Eduardo Talamini<sup>356</sup>.

De outro lado, o mesmo argumento é utilizado por alguns, como Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, para inviabilizar até mesmo a tutela de um interesse individual sem que seu titular manifeste explicitamente a vontade na proteção, culminando na defesa do modelo de “sentença condenatória genérica/liquidação e execução individual”<sup>357</sup>. A presunção, pautada em um voluntarismo que entendemos desatento à realidade fática (especialmente em um país como o nosso) é clara: não havendo pedido, não há interesse na tutela. Ato contínuo, o acesso à justiça compulsório que um sistema de coletivização eficaz poderia trazer é prontamente obstado. Esta mentalidade também condiciona o fato de à luz do texto legal a suspensão das demandas individuais durante o curso da ação coletiva ser uma faculdade de seus autores, assim como as interpretações restritivas quanto à interrupção do prazo prescricional das pretensões individuais.

Desta maneira, em todos os casos há como fundo a tentativa de manter o interesse individual material e os “direitos processuais individuais” incólumes, não permitindo que o indivíduo seja prejudicado ou mesmo diretamente beneficiado pela ação coletiva sem que adote qualquer forma de impulso. Como se vê, a preocupação é exatamente a mesma que anteriormente afirmamos ter sido responsável pelo desenvolvimento da visão material dos “direitos individuais

---

<sup>354</sup> “O CDC, atendendo a um valor supremo de segurança jurídica e aos princípios do direito processual civil contemporâneo, assegura aos consumidores a garantia de não serem privados de seus direitos, sem o devido processo legal, sem que haja ampla defesa e contraditório”. GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. p.141.

<sup>355</sup> “O legislador acrescentou, como novidade absoluta, o julgado *secundum eventum litis* para os direitos individuais homogêneos(...)Afastando-se decididamente do modelo norte-americano do opt out e do opt in das class actions for damages, o sistema brasileiro escolheu um critério aderente à sua própria realidade socioeconômica, levando em consideração as deficiências de informação e de politização do corpo social, as dificuldades de comunicação, os próprios esquemas da legitimação que não contemplam o controle do juiz sobre a “representatividade adequada” do portador em juízo dos interesses coletivos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania*. In. *Revista de Processo*. n.88. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 142-147.

<sup>356</sup> “A preocupação do legislador nesse ponto é evidente – e acertada: resguardar, em prol de cada litigante, as garantias do direito de ação, devido processo e contraditório”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.124.

<sup>357</sup> Ver, ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Obra citada*.

homogêneos” como categoria autônoma de interesse. Procura-se compatibilizar a técnica de coletivização e o processo civil liberal. Com isto, porém, cria-se um claro imbróglia à funcionalidade do instrumento.

De fato, tendo em vista que são traços marcantes às vantagens desejadas com a coletivização assegurar a igualdade entre os jurisdicionados e gerir de maneira mais adequada a prestação jurisdicional, será basal ao seu uso que o mecanismo possa se impor como uma técnica preclusiva que evite a rediscussão pelos membros da classe de vítimas. Para tanto, porém, é preciso que a decisão vincule também os sujeitos que não atuaram em juízo – condição de factibilidade essencial à própria diferenciação entre coletivização e litisconsórcio. Eis o embate central da matéria: sujeitar um indivíduo que não participou pessoalmente do processo à imutabilidade da sua decisão.

Como exposto por Ovídio Baptista da Silva, a base de nosso processo civil é o individualismo liberal, o que determinou que a disciplina fosse estruturada para a proteção atomizada do indivíduo e de sua propriedade<sup>358</sup>. Foi ao redor desta idéia que o teórico do direito construiu um arcabouço em que elementos como a inércia da jurisdição e o princípio da demanda se transformaram em dogmas e também é ela que, como percebe Sérgio Cruz Arenhart, encontra-se no alicerce de nosso atual Código de Processo Civil<sup>359</sup>. Em última análise, é este dado cultural e as preocupações por ele trazidas que fazem com que a tutela de “direitos individuais homogêneos” não atinja em nosso direito a série de vantagens a que potencialmente deveria se propor.

Demonstrando a natureza cíclica do estudo e clamando por coerência do operador do direito, porém, vemos que a questão que acaba se colocando é exatamente o já referido embate entre “instrumentalismo” e “formalismo”; entre a valorização dos “meios” ou de seus resultados concretos; entre, na citada expressão de Carlos Ari Sunfeld, os que querem “controlar o monstro” ou os que almejam “deixá-lo funcionar”. É este o contraponto que se situa na base da discussão e que enseja os equívocos relacionados à matéria. Em exercício de razão conciliadora, nosso jurista convive em uma constante fuga da escolha ou dos sacrifícios por ela impostos. Não obstante, esta alternativa parece apenas agravar o problema,

---

<sup>358</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*.

<sup>359</sup> “O Código de Processo Civil atual, especialmente antes da reforma processual levada a cabo em 1994, é exemplo de legislação voltada exclusivamente para a tutela de interesses patrimoniais disponíveis e individuais”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, p. 39.

conduzindo a uma lógica infrutífera.

No pêndulo entre a valorização dos resultados concretos do processo ou do próprio processo como mecanismo de participação e garantia individual, não restam dúvidas de que a coletivização se coloca na primeira ponta, constituindo instrumento de modulação do exercício jurisdicional em um sentido pragmático e funcional. Sua adoção, assim, deve necessariamente importar em uma releitura das estruturas processuais clássicas e de ideias como o “valor” participação. Reconhecendo os limites estruturais concretos do processo civil, é imperativo reconhecer que não se pode ter tudo, razão pela qual a adoção de uma técnica funcional só é viável caso se aceite a correlata flexibilização de meios.

Ocorre que, como posto, nosso microssistema procura sucessivamente se colocar a *latere* deste problema, seja conceituando os “direitos individuais homogêneos”, seja criando balizas procedimentais pouco funcionais para sua proteção. Tenta-se ilidir no “plano teórico” o atrito entre coletivização de direitos e garantias intraprocessuais em sentido liberal, ao aparentemente contemplar a proteção de ambos. Com isso, entretanto, negligencia-se as possibilidades fáticas e seus impactos, instituindo um regime bastante falho no cumprimento de qualquer dos fundamentos/objetivos da aglutinação.

Conforme salientado, entre as duas vertentes do problema (“instrumentalismo” e “formalismo”) optamos confessamente pelo processo civil de resultados. A adoção de igual premissa não pode ser imposta ao leitor. Porém, o que consideramos exigível é que ao oscilar para um dos polos se mantenha a coerência com esta escolha, e é esta a peça que parece faltar em nosso microssistema de processo coletivo. Querer valorizar a participação intraprocessual e ao mesmo tempo albergar uma técnica de coletivização de direitos é um contrassenso: caso o pêndulo oscile para o valor “participação”, é preciso abdicar da coletivização de direitos; caso flua para o outro vértice, a coletivização é bem vinda, mas se deve aceitar que importará em reinterpretações estruturais. Em suma, se há prevalência pelo processo (e não por seus resultados) *não há lugar para a aglutinação*. Não é viável almejar seu uso, mas combater as releituras e rupturas que a técnica pressupõe.

Neste ponto, é irreparável a afirmação de Rachel Mulheron, que ao analisar as técnicas de coletivização de direitos em um contexto global demonstra que em

um plano em que a teoria fluísse de maneira ideal elas não seriam necessárias vez que *o mecanismo não se volta à perfeição, mas à proporcionalidade*<sup>360</sup>. Se seus benefícios decorrem da própria insuficiência do processo clássico, caso estes limites inexistissem a técnica possivelmente perderia razão de ser, sendo crível que em um cenário de acesso total à justiça e organização com recursos ilimitados da estrutura judiciária inexistissem fundamentos que sustentassem o seu uso.

Não obstante, como lembra Castro Mendes<sup>361</sup>, esta suposição recorre a uma figura utópica e abstrata distante de nossa realidade, afastando o processualista de um compromisso real com a efetividade processual. Com o auxílio dos postulados básicos da Nova Economia Institucional, por exemplo, podemos observar que um Poder Judiciário de funcionamento perfeito é inatingível<sup>362</sup>. O mesmo vale para o processo, não havendo plausibilidade na crença de que um sistema que na teoria alcance a perfeição possa se materializar. Empréstado a expressão de Hinkelamert, somente uma visão como esta permite que além da utopia se olhe para o factível<sup>363</sup>, formulando o suporte essencial para um processo civil instrumental. Insistimos que esta opção pelo “processo de resultados” não é compulsória, sendo crível que haja quem adote encaminhamento diverso. Mesmo temendo os resultados práticos que este discurso pode trazer, respeitá-lo nos

---

<sup>360</sup> “In 1996, Lord Woolf commented, “the effective and economic handling of group actions necessarily requires a diminution, compromise or adjustment of the rights of individual litigants for the greater good of the action as a whole”. Later, his Lordship referred to the need to provide “proportionate methods of resolving [multi-party] cases”. As Zuckerman notes, whereas once rectitude of decision was a paramount philosophy of civil procedure, considerations of timely justice and reasonable costs are now relevant and important considerations in the allocation of finite judicial resources. This philosophy has been academically and judicially noted in the focus jurisdictions in respect of class actions. As one US commentator has succinctly stated: “The fact that the class action procedure requires compromises is an insufficient reason to fear and thus reject it.” Naturally, in a perfect world without concern for time or money or court resources or number of “actors” or quantum of issues or information technology logistical problems or communications difficulties involved (the list could go on), some of the compromises evident in class action litigation would not need to be considered. MULHERON, Rachel. *Obra citada*. p.50.

<sup>361</sup> “As modificações e proposições levadas a cabo nos países do chamado terceiro mundo devem ser consentâneas com as suas limitações financeiras, o que reforça, ainda mais, a importância e o papel central de um eficiente sistema processual civil coletivo, como solução para a sobrecarga do Poder Judiciário e melhoria dos serviços judiciais”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Obra citada*. p.34.

<sup>362</sup> A afirmação se dá tendo em conta que dentre os parâmetros da Nova Economia Institucional se encontra o reconhecimento de que padrões organizativos ideais são inatingíveis, de tal modo que o que se deve buscar são estruturas organizacionais praticáveis diante das quais inexista alternativa superior factível, para, assim, tentar remediar suas incorreções e majorar sua eficiência. Sobre o tema, cita-se WILLIAMSON, Oliver. *The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead*. In. *Journal of Economic Literature*. n.38. Pittsburgh: American Economic Association Publications, 2000. p. 595–604.

<sup>363</sup> Ver, HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1986.

parece compromisso de humildade intelectual. Porém, acreditamos que a sua adoção não coaduna com a coletivização de direitos individuais.

## 6.2 Amarrando o instrumentalismo: as reinterpretações e a coletivização

Considerando deste modo que a inefetividade de nosso sistema de coletivização não decorre apenas de suas normas, mas da ideologia que lhes é condicionante, justifica-se o fato de não nos destinarmos no presente estudo à elaboração de propostas positivas. Por ser a barreira cultural, optamos por dedicar maiores tintas à indicação de algumas premissas que, calcadas no instrumentalismo, permitem uma maior frutuosidade da aglutinação de direitos em nosso ordenamento.

O que se pretende, em suma, é construir um suporte para demonstrar que, mediante a assunção da prevalência do processo civil de resultados (única alternativa compatível com a tutela coletiva de direitos), a reinterpretação das garantias possivelmente conflitantes com a técnica é possível e natural (razão pela qual, inclusive, o conteúdo que lhes é dado no direito norte-americano é bastante temperado para albergar a *class action*). A questão é ideológica: quem quer plenitude de participação não pode desejar justiça equânime e célere, e vice e versa. Por optarmos pelos resultados, apresentamos abaixo um alicerce construído a partir desta perspectiva, demonstrando sua harmonia com a lógica da coletivização de direitos e superando conjugações desastrosas como a “coisa julgada *secundum eventum litis*”.

### 6.2.1 Na batida do pragmatismo: se há “direitos processuais” não são absolutos

Nesta linha, um primeiro dado demonstrado de maneira potencialmente polêmica pelo enfoque instrumentalista (servindo-se de sua base pragmática e funcional) é que, além das garantias processuais não poderem ser interpretadas com o mesmo conteúdo que lhes era dado no período liberal, *se há verdadeiros “direitos processuais” eles não podem ser absolutos*. Para fundamentar esse raciocínio, observemos separadamente cada uma das duas pontas que lhe oferecem suporte.

Primeiramente, ao falarmos nos “direitos processuais” em termos hipotéticos

(“se há verdadeiros “direitos processuais””) é implícito o questionamento quanto à própria existência de direitos desta natureza. Indo de encontro a algo que parece alicerçado em nossa doutrina, coloca-se em cheque a própria possibilidade de existirem direitos que não toquem diretamente interesses materiais, limitando-se à conformação do processo. O tema, revoltoso para a nossa tradição, foi apresentado de maneira descritiva mais de uma vez por Robert Bone<sup>364</sup>, trazendo um olhar crítico que coincide em boa parte com o embate entre “formalismo” e “instrumentalismo”, mas que merece maior reflexão de nosso jurista.

Observando a problemática, Bone indica que a equação entre *justiça* e *eficiência* produziria duas maneiras de encarar os “direitos processuais” e o seu conteúdo. A primeira basearia seu exame no próprio processo, razão pela qual “a justiça seria avaliada pelo modo como o procedimento trata as partes durante” o litígio. Já a segunda “avaliaria a justiça pela qualidade dos resultados gerados pelo sistema procedimental”. O autor as denomina, respectivamente, de *process-based theories* e *outcome-based theories*<sup>365</sup>. Aqui, falaremos em “teorias baseadas no processo” e “teorias baseadas nos resultados”.

Demonstrando a contraposição, Bone identifica que os adeptos das “teorias baseadas no processo”, de regra, sustentariam seus argumentos ou em aspectos de ordem psicológica ou em uma aproximação (com Kant) entre processo e “dignidade humana”<sup>366</sup>. A primeira se relaciona com o próprio sentimento dos litigantes quanto ao “controle do litígio”, sujeitando-se a críticas evidentes (como a de Rosenberg<sup>367</sup>)

---

<sup>364</sup> O autor afirma, por exemplo, que “It is possible that procedural rights have no place in the best interpretive theory of civil litigation. If so, then any arguments based on the existence of such rights would have to be treated as mistakes. This conclusion is not out of the question. For example, the weight given to individual participation seems to vary with context and not in a clearly consistent way. Sometimes procedures provide broad individual control, and other times they tolerate substantial limits. Any interpretive theory must account for these differences, and it is at least conceivable that the best theory could end up treating participation exclusively in utilitarian terms”. BONE, Robert G. Procedure, Participation, Rights. In. *Boston University Law Review*. n.90. Boston: Boston University Press, 2010. p.104.

<sup>365</sup> “Theories of procedural fairness and procedural rights fall into two broad categories: process-based and outcome-based. Process-based theories evaluate fairness by the way procedure treats litigants within the litigation process itself, independent of outcome quality. Outcome-based theories evaluate fairness by the quality of the outcomes a procedural system generates”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.189.

<sup>366</sup> Idem. 190-193.

<sup>367</sup> Assim, ROSENBERG, David. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master. In. *Boston University Law Review*. n.69. Boston: Boston University Press, 1989. Destaque-se que o caráter crítico da leitura de Rosenberg às teorias “baseadas no processo” é percebido pelo próprio Bone, que expressamente cita a contraposição entre o autor e esta corrente teórica.

e inculcando no sistema uma mentalidade incompatível com a sua estruturação<sup>368</sup>. No diálogo entre formalismo e instrumentalismo, haveria aqui espaço para a identificação de que a participação em juízo deveria ser tutelada pelo próprio valor anímico e psíquico que traria ao litigante.

Por outra frente, a maior parte dos defensores das “teorias baseadas no processo” embasa seu discurso na noção de “dignidade humana”, aproximando-se do imperativo categórico kantiano. Nas palavras de Bone, os adeptos desta linha ideológica sustentam que “determinados elementos do processo civil, como a participação individual e a formação racional da decisão, seriam implícitos no respeito à dignidade humana”, de tal modo que o seu conteúdo deveria ser respeitado e produzido sem relação com os resultados esperados do processo<sup>369</sup>. Admitir e proteger estas garantias seriam *finis em si mesmos*, indo ao encontro de premissas íntimas à ideia antes apresentada como “formalista”. Com efeito, e ainda que talvez de forma involuntária, esta visão prevalece na doutrina brasileira, em maior ou menor escala. Mesmo em discursos que se propõem instrumentalistas o entendimento de que há direitos inerentes ao processo é quase incólume, o que em inúmeros casos acaba obstando que a jurisdição alcance seus resultados materiais, como demonstram Kaplow e Shavell<sup>370</sup>.

O outro lado da moeda seria dado pelas “teorias baseadas nos resultados”, fundadas em uma crença mais utilitarista da disciplina que nos parece expressar maior conformidade com o instrumentalismo. Aqui, a justiça e a legitimidade do processo não seriam determinadas pela estrutura e pelas garantias que lhe fossem inerentes, mas pelos resultados benéficos que ele pudesse trazer<sup>371</sup>; coloca-se o processo na condição de instrumento, vinculando sua correção aos seus fins

---

<sup>368</sup> Sob essa lógica, a justiça do processo decorreria do sentimento subjetivo de que o indivíduo possui controle sobre seu próprio litígio. Esta postura se torna pouco confiável quando notamos que, na realidade, são os advogados que controlam o litígio, e não os sujeitos. Além disso, querer subordinar questões de estrutura estatal a sentimentos anímicos é, no menor dos casos, um risco com o qual uma sociedade organizada não pode arcar.

<sup>369</sup> “There is, however, a normative version of process-based theory: the dignitary theory of participation based on a Kantian ideal of respect for persons. According to this theory, certain elements of civil process, such as individual participation and rational decisionmaking, are implicit in what it means to respect human dignity”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.191.

<sup>370</sup> Ver, SHAVELL, Steven. KAPLOW, Louis. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

<sup>371</sup> “The problem has to do with the fact that adjudication is primarily about producing good outcomes, not about giving people a chance to participate and the opportunity in their lives to exercise autonomous choice (...) Why is outcome quality itself not sufficient for legitimacy?”. BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. p.193.

atrelados ao direito material. Se à luz das “teorias baseadas no processo” seria justo um procedimento em cujo bojo fosse observada uma série de “direitos individuais processuais”, para esta nova corrente a justiça seria determinada pela adequação dos resultados<sup>372</sup>. Em uma análise tipificada desta compreensão, parece-nos que inexistiriam verdadeiros “direitos processuais”, mas “garantias processuais” instrumentalmente positivadas com um único propósito: a proteção da prestação jurisdicional.

Bone demonstra que estas teorias também seriam imperfeitas, pois ao mesmo tempo em que o utilitarismo está atrelado à correção do resultado é previsível que quanto mais extensivo o procedimento maior a probabilidade do resultado ser adequado, criando um possível regresso ao infinito<sup>373</sup>. Por mais que o lembrete da Nova Economia Institucional<sup>374</sup> e da superação da verdade<sup>375</sup> possa contribuir na superação desta aresta, a ressalva é coerente e faz com que o dilema siga em aberto. Contudo, mais uma vez aqui se clama por coerência teórica, demonstrando que um aporte funcionalista – como o que a coletivização de direitos pressupõe – deve possuir correlação com algum discurso fundado predominante nas “teorias baseadas no resultado”.

Ainda neste toque, é interessante ressaltar que o tema já foi observado por Ronald Dworkin e que mesmo o autor, cuja obra não raramente se aproxima do pensamento de Kant<sup>376</sup>, faz o pêndulo pesar para uma teoria de alguma forma utilitária. Para ele, a questão se resumiria à equalização entre os “riscos de erro” da decisão e a “lesão moral” que este erro acarretaria (fator maleável conforme o “valor” do interesse material em jogo) inexistindo justificativas “intrínsecas” para direitos processuais<sup>377</sup>. Seu posicionamento não confere aos direitos “processuais”

<sup>372</sup> “Outcome-based theories evaluate the fairness of procedure by the quality of the outcomes it produces”. Idem.

<sup>373</sup> Esta a conclusão que pode ser obtida a partir da possibilidade de uma teoria “baseada no resultado” procurar de forma ilimitada reduzir os riscos de que haja erros no resultado final. Idem. p.195-197.

<sup>374</sup> Vide nota 362.

<sup>375</sup> Neste sentido, ver ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. In. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. n.7. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.

<sup>376</sup> Deve-se notar que Dworkin, em *A Matter of Principle*, afirma diretamente “não ser kantiano” – em resposta a considerações traçadas por Posner -, mas admite sua aproximação com o pensamento do autor. Cita-se, DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985. p.412.

<sup>377</sup> “Tribe suggests a distinction between two different grounds of principle for the due process requirements of the Constitution in cases like *Mathews*. He says that these requirements might be understood instrumentally, as stipulating procedures justified because they increase the accuracy of the underlying substantive judgments, or intrinsically, as something to which people are entitled when



justificativa intraprocessual; não seriam fins em si mesmos, mas filtros utilitários para evitar a “lesão moral”.

Com este dado, compreendemos o porquê de se falar na existência de direitos processuais apenas em termos hipotéticos. Além deste fator, porém, uma leitura atenta ao instrumentalismo deve considerar que mesmo no plano material é atualmente discutível se há direitos absolutos. Por mais que a adoção do pensamento de Sunstein e Holmes como referente demonstre nossa inclinação<sup>378</sup>, ingressar detidamente nesta seara seria estranho às presentes finalidades, bastando indicar que o tema é objeto de questionamentos e debates.

De fato, há teóricos como Robert Alexy<sup>379</sup> e Martin Borowski<sup>380</sup> que concebem os direitos fundamentais como princípios, e os princípios como mandamentos de otimização *prima facie* cuja aplicação se sujeitaria a um teste de proporcionalidade (idéia sustentada no Brasil por Luis Roberto Barroso<sup>381</sup> e por Ana Paula de Barcellos<sup>382</sup>). De outra banda, há a teoria de Dworkin e o caráter unitário-valorativo por ela conferida aos direitos fundamentais – culminando na ideia de “right

---

government acts in a way that singles them out, independently of any effect the procedure might have on the final outcome (...) the “special concern” must be the fact or risk of some moral harm, not just a special kind of bare harm. But this cannot be only the risk of substantive injustice, for that is the harm contemplated by the instrumental interpretation of the procedural requirements. The intrinsic interpretation points to a different form of moral harm. But what? The language about talking to people rather than dealing with them, and about treating them as people rather than things, is of little help here, as it generally is in political theory. For it does not show why the undoubted harm of faceless decisions is not merely bare harm, and statements about what treatments treats a person as a person are at best conclusions of arguments, not premises. Nor is the reference to the fact that the decision is about particular individuals rather than large groups of people much help. We need to know why that makes a difference. The only suggestion in these passages is that a decision about few people: “is likely to be premised on suppositions about specific persons.” But this brings us back to accuracy”.  
DWORKIN, Ronald. Idem. p.101-103.

<sup>378</sup> HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *Obra citada*.

<sup>379</sup> Analizando o processo decisório o autor afirma, por exemplo, que “Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. Tampoco se la soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios de forma tal que en todo los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no. La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p.91-92.

<sup>380</sup> Ver BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Paludo. Universidad Externado de Colômbia. 2003.

<sup>381</sup> Nas palavras do autor, “direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação”. BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. p.332.

<sup>382</sup> Conforme BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

answer”<sup>383</sup>. Contudo, a importância desta divergência para o presente estudo se esvazia quando lembramos que o próprio Dworkin refuta a existência de direitos processuais “baseados no processo”, corroborando com a prevalência instrumentalista necessária para a coletivização de direitos.

Neste ponto, é valiosa a lição de John Finnis, que ao analisar a possibilidade de se falar em direitos humanos absolutos a partir de uma perspectiva utilitarista afirma que esta opção não é viável, pois não haveria como formular em termos utilitários a proposição “quaisquer que sejam as consequências, ninguém deve ser tratado de determinada forma”<sup>384</sup>. Igual teste pode ser aplicado para a análise do processo sob uma perspectiva instrumental, inviabilizando que se sustente a existência de “direitos intraprocessuais” absolutos ou desconectados do direito material litigioso – como cabível no período liberal, à luz de um processo comprometido com outras finalidades<sup>385</sup>.

A partir deste contexto, a reflexão instrumentalista oferece uma premissa elementar e indispensável para a instituição de um sistema efetivo de coletivização: as “garantias processuais” possuem conteúdo hermeneuticamente determinado pelo resultado final do litígio. Seria este o vetor determinante de sua interpretação, de tal modo que a coletivização não traria violações às garantias caso o indivíduo cujo interesse é representado obtivesse a mesma prestação que lhe seria potencialmente assegurada na hipótese de ter agido pessoalmente. Em uma análise instrumental ciente de que a coletivização não se propõe à perfeição, mas à máxima eficiência, não há razoabilidade em preservar a participação individual se a condução do litígio coletivo suprir o diferencial que esta influência poderia exercer. Trata-se de

---

<sup>383</sup> Ver por todos, na apresentação mais recente de suas ideias, DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*.

<sup>384</sup> “Are there no ‘absolute’ rights, rights that are not to be limited or overridden for the sake of any conception of the good life in community, not even ‘to prevent catastrophe’?. The answer of utilitarians, of course, is clear: there are no absolute human rights, for there are no ways of treating a person of which it can be said, by a consistent utilitarian, ‘Whatever the consequences, nobody must ever be treated in this way’”. FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford, 2011. p.224.

<sup>385</sup> De fato, o conteúdo individual e quase absoluto das garantias do “devido processo legal” e do “direito de ação”, por exemplo, foi construído para encartar um contexto em que o Estado, de um lado, abstinha-se de atuar faticamente e, de outro, preocupava-se em manter sua aparência de neutralidade. O cenário atual é diverso e recomenda um lembrete: estas garantias não possuíam correlação de qualquer natureza com uma proteção adequada e tempestiva do direito material. Pouco importava seu efeito concreto, gerando panorama diverso daquele que (declaradamente) permeia o processo civil contemporâneo. Se a ação foi em alguns momentos concebida como um direito-fim, é porque o processo também possuía objetivos autonomamente satisfatórios, limitando-se à declaração e à condenação mesmo quando não fossem as melhores técnicas para proteger o interesse material (preocupação que ali inexistia).

aplicação do próprio princípio da eficiência administrativa, cujo caráter pluridimensional é descrito por Paulo Modesto <sup>386</sup>.

Com efeito, é precisamente este dado que faz com que no regime da *class action* se reconheça a “representação adequada” como requisito para a certificação e a condução regular da *class action* <sup>387</sup>, permitindo construções jurisprudenciais que vêm sendo aprimorada desde *Hansberry v Lee* <sup>388</sup> e englobam tópicos como a “*vigorous prosecution*”. Por mais que fosse possível sustentar que se tratando de matéria de direito a garantia do resultado seria assegurada pelo próprio senhorio do julgador sobre a lei (*iura novit curia*), a “representação adequada” (cuja compatibilidade imediata com nosso ordenamento é defendida, entre outros, por Antonio Gidi e Jordão Violin <sup>389</sup>) poderia representar um filtro global para esta problemática. De toda forma, o que nos interessa indicar é que, por este ou por outro caminho, na perspectiva instrumental o que legitima a coletivização é o resultado,

<sup>386</sup> “Trata-se também de “princípio pluridimensional, segundo alguns autores, de um princípio que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas. Penso que, no sistema jurídico brasileiro (...) o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos. A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência. A imposição de atuação eficiente, do ponto de vista jurídico, refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: (a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; (b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública”. MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In. *Boletim de Direito Administrativo*. ano XVI. n.11. São Paulo: Editora NDJ, 2000. p.836

<sup>387</sup> Com efeito, a leitura do diploma revela que: (i) a representação adequada é pressuposto à certificação do litígio coletivo; (ii) os sujeitos representados podem, mesmo após a certificação, questionar esta adequação; (iii) a própria Corte possui poderes que viabilizam a realização deste filtro. Desta forma, nota-se que a lógica do regime possui o controle da representação como ponto essencial, reconhecendo sua importância para conferir legitimidade à representação.

<sup>388</sup> Em síntese, os *Hansberry* eram uma família negra norte-americana que comprou uma residência em um bairro de Chicago sujeito a medidas de restrição racial, fazendo com que a venda (e a mudança) fosse judicialmente questionada por alguns moradores da região. Analisando o litígio, o Tribunal de Illinois observou que, por mais que um dos requisitos de efetividade da medida restritiva sequer tivesse sido cumprido (como alegado pelos *Hansberry*), a pretensão teria de ser acolhida, pois em um julgamento anterior (*Burke v Kleiman*), já teria havido a decisão de que a restrição racial seria válida, tornando este posicionamento imutável e vinculante para casos posteriores (como *Hansberry*). Ao analisar o litígio, porém, a Suprema Corte afirmou que: (i) “é um princípio geral da jurisprudência anglo-americana que ninguém seja vinculado” a um julgamento sem ter atuado como parte; (ii) este princípio geral, contudo, poderia ser exceção caso houvesse a garantia de que a representação judicial do interesse foi adequada. Em *Hansberry*, concluiu-se não haver garantia desta adequação, reformando-se assim o julgamento recorrido. Sobre o tema, ver ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p.74-76. Também, MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure*. 4 ed. Saint Paul: Thomson West, 2008. p.291-294.

<sup>389</sup> Ver, GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In. *Revista de Processo*. n.108. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. Também, VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

sendo esta a guia que se deve impor sobre a interpretação das garantias processuais<sup>390</sup>.

Em um comparativo superficial, esta lente instrumentalista faz com que conceber a existência de direitos justificados pelo próprio processo se equipare, por exemplo, a sustentar que o direito fundamental à saúde confere ao cidadão a prerrogativa de se sentar na fila dos hospitais públicos. Há, em suma, uma segmentação clara entre meios e resultados, depositando-se sobre o processo e suas instituições um peso claramente inserido na primeira categoria.

Com este quadro, a perspectiva instrumentalista dá novas cores à visão das garantias processuais, ilidindo a existência de um atrito imediato e abstrato entre a sua concretização e a coletivização. Por conta disso, se à luz do formalismo a aglutinação não é viável por colidir com o conteúdo atribuído ao “devido processo” e ao “direito de ação”, aqui ela é possível e recomendada. Isto se dá pela própria reconformação funcional das garantias, em um processo que foi central ao sucesso da *class action* norte-americana.

### 6.2.2 O sentido instrumental do “devido processo” e do “direito de ação”, e sua compatibilidade com a coletivização

Entre o “devido processo” e o “direito de ação”, colocamos inicialmente as lentes instrumentalistas na primeira garantia, núcleo central da própria axiologia processual contemporânea de acordo com Nelson Nery Jr.<sup>391</sup>, mas cuja abertura permite que seu manejo a transforme em “palavra oca” (na expressão de Paulo

---

<sup>390</sup> Não é por acaso que, convidando o leitor de sua obra a ingressar no estudo das *class action*, Cound, Friedenthal, Miller e Sexton destacam que “one other general issue should engage your attention. The rules governing class actions depart from the traditional notion that individuals can be bound by a court judgement only when they themselves have had a day in court. What justifies this departure? What is there about the procedure that have been developed around the class-action device that makes it possible and fair to bind a party who has not made an appearance in court? As you consider these questions, pay special attention to the connections among the doctrines governing res judicata, notice and adequate representation”. COUND, John F. FRIEDENTHAL, Jack H. MILLER, Arthut R. SEXTON, John E. *Obra citada*. p.696-696.

<sup>391</sup> Inclusive, de acordo com o entendimento do autor, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.79.

Freire<sup>392</sup>). Assim ocorrendo, a hermenêutica é capaz de subverter seu conteúdo para justificar argumentos, podendo o teórico facilmente subsumir o “devido processo legal” ao processo ordinário clássico e garantir sua incolumidade. Esta porosidade também faz com que no preenchimento da cláusula a carga ideológica do jurista e o seu pêndulo entre “formalismo” e “instrumentalismo” sejam sentidos, em um fluxo no qual apenas o segundo enfoque compatibiliza o nó gerado entre a garantia e a coletivização<sup>393</sup>.

Iniciando este resgate, podemos afirmar com Rhonda Wasserman que a lógica do “devido processo legal” possui seu nascedouro no direito inglês - mesmo que apenas após sua importação para o ordenamento norte-americano o *due process* tenha assumido esta formatação conceitual<sup>394</sup>. De fato, naquela que é indicada como a manifestação inicial da garantia não se falava em “devido processo”, mas apenas na inviabilidade de que um indivíduo sofresse prejuízos à sua vida, à sua liberdade ou à sua propriedade sem que a *law of the land* tivesse sido respeitada<sup>395</sup>.

Para os presentes fins, o que importa notar neste período é que a garantia possuía um traço claramente restritivo à atuação do Estado, conforme constata Issacharoff<sup>396</sup>. Sua lógica era evitar a turbação do indivíduo pelo ente estatal sem que houvesse a plena observância de garantias mínimas de liberdade que balizassem essa atuação. De acordo com Sunstein ao observar o posicionamento de Scalia junto à Suprema Corte Norte-Americana, esse dado poderia ser lido sob

---

<sup>392</sup> Da obra do autor se lê que a palavra, como sonoridade alienada, “se esvazia da dimensão concreta que deveria ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante”, o que o leva a concluir, “que seja mais som que significação e, assim, melhor seria não dizê-la”. FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.57.

<sup>393</sup> “One other general issue should engage your attention. The rules governing class actions depart from the traditional notion that individuals can be bound by a court judgment only when they themselves have had a day in court. What justifies this departure? What is there about the procedures that have been developed around the class-action device that makes it possible and fair to bind a party who has not made an appearance in court?”. COUND, John J. FRIEDENTHAL, Jack H. MILLER, Arthur R. SEXTON, John E. *Obra citada*. p.695-696

<sup>394</sup> Ver, WASSERMAN, Rhonda. *Procedural Due Process – A Reference Guide to the American Constitution*. Westport: Praeger, 2004.

<sup>395</sup> Conforme redação da Magna Carta, datada de 1215, “nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exulatur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legum terre” (“nenhum homem livre será detido ou preso,, ou exilado, ou de qualquer forma destruído (...) exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelas leis do país”). É desta visão de “lei de seu país” que se extraiu a denominação da fórmula como *law of the land*.

<sup>396</sup> “The concept of due process emerges from the central paradox in the creation of state authority. As framed in the American Constitution, for example, the due process command is directed as a negative limitation on what the state may do to the citizenry”. ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p.2.

duas formas: (i) de um lado, o “devido processo legal” efetivamente representaria uma proteção do indivíduo diante do Estado; (ii) de outro, porém, constituiria uma prerrogativa do Estado diante do sujeito<sup>397</sup>. Nesta última lógica, a garantia não impediria que o ente estatal turbasse o indivíduo, exercendo função permissiva e exatamente oposta: a turbação seria cabível e permitida *desde que* respeitasse a *law of the land*.

De todo modo, o que se deve notar, com Orth, é que na base deste momento inicial do *due process* residia a vedação de que o sujeito se tornasse “juiz da sua própria causa” (*making a man judge of his own case*)<sup>398</sup>. Tratava-se assim de uma proteção de caráter eminentemente procedimental, o que, inclusive, faz com que esta feição do *due process* seja concebida pela doutrina estadunidense como *procedural due process*. O foco da cláusula era instituir balizas procedimentais mínimas para que ocorresse a intervenção do Estado, seja como permissivo para esta atuação, como quer Scalia, seja como barreira para sua prática.

Como enfatiza Nelson Nery Jr., é comum que esta feição procedimental do “devido processo” seja a única percebida por nossa doutrina<sup>399</sup>. Pela própria inserção do termo “processo” no verbete, o jurista brasileiro acabou se apegando de maneira demasiada ao “devido processo processual” e esquecendo-se da outra feição decorrente da garantia, construída em momento cronológico posterior ao *procedural due process* e decorrente da própria dilatação de seu conteúdo: o *substantial due process*.

Conforme Orth, a fórmula adotada neste momento como ponto de apoio para a observação do “devido processo” passa a ser outra e trazer consequências e efeitos diversos. Se em sua feição procedimental o devido processo implicava na

---

<sup>397</sup> Transcrevendo o voto dissidente de Scalia em *Lawrence v Texas*, Sunstein destaca a seguinte afirmação do Ministro: “there is no right to “liberty” under the Due Process Clause (...) The Fourteenth Amendment expressly allows states to deprive their citizens of “liberty”, so long as “due process of law” is provided”. Manifestando-se sobre esta visão, Sunstein afirma que “fundamentalists don’t believe that the Constitution protects the right to privacy. In their view, government has no general duty to respect people’s choices about how to conduct their private lives”. Cita-se, SUNSTEIN, Cass. *Radical in Robes – Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America?*. New York: Perseus Books Group, 2005. p.81.

<sup>398</sup> ORTH, John V. *Due process of law – A brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003. p.15-26.

<sup>399</sup> “A crítica que se faz à vetusta doutrina brasileira que, por traduzir literalmente a expressão inglesa *process* por “processo”, via no devido processo legal apenas sua manifestação processual, olvidando-se do aspecto de direito material ínsito à cláusula, pode ser, em certa medida, transferida a setores da doutrina brasileira contemporânea, quando se utilizam da expressão “justo processo””. NERY JUNIOR, Nelson. *Obra citada*. p.88

impossibilidade do sujeito se tornar “juiz de sua própria causa”, aqui o preceito basilar é a idéia de “tirar de A e dar para B”<sup>400</sup>. O conteúdo do *due process* se torna mais acentuadamente material e repercute diretamente nas possibilidades legislativas do Estado.

Afastando-se da visão alternativa adotada por Scalia e concebendo a garantia como suporte de exclusão da atuação estatal, nota-se que esta guinada no conteúdo do *due process* o tornou tema íntimo às diversas áreas do direito, incidindo verticalmente sobre os Poderes do Estado e servindo fielmente a uma consagração econômica da máxima do *laissez-faire*<sup>401</sup>. Esta feição do “devido processo”, menos estudada no Direito Brasileiro, conformou por anos o cenário político norte-americano, condicionando as escolhas políticas e evitando que a intervenção estatal (neste caso, usada de maneira perfeitamente técnica<sup>402</sup>) pudesse facilmente se concretizar. A cláusula era vista, acima de tudo, como uma proteção da autonomia contratual entre as partes e contra o Estado.

Neste período, o conteúdo aberto da garantia foi paulatinamente preenchido pela Suprema Corte Norte-Americana em uma série de casos que abordavam aspectos como a legalidade de fundos empregatícios compulsórios<sup>403</sup>, a possibilidade de instituição de salário mínimo<sup>404</sup> e os poderes do Estado para limitar a jornada máxima de trabalho<sup>405</sup>. Este caminho fez com que o poder público de regulação fosse severamente tolhido, culminando na interpretação dada ao “devido processo” no caso *Lochner*, cuja *ratio decidendi* marcou época ao impor que o *due process* condicionaria a intervenção estatal à prova pela Administração Pública de

<sup>400</sup> ORTH, John V. *Obra citada*. p.33-36.

<sup>401</sup> Sobre a íntima relação entre o *economic substantive due process* pautado especialmente pelo caso *Lochner* e a política econômica de *laissez-faire*, ver LINDSAY, Mathew J. In Search of 'Laissez-Faire Constitutionalism'. In. *Harvard Law Review Forum*. n.123. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

<sup>402</sup> A afirmação se dá tendo em conta que, nas bases tradicionais do vernáculo, o ato de “intervir” sugere idéias como “meter-se de permeio, vir ou colocar-se entre, por iniciativa própria” ou “ingerir-se”, de tal modo que é implícita à idéia de “intervenção” a condição de alienação daquele que intervém. “Intervenção” em sentido técnico, assim, é noção equiparável à de imissão, razão pela qual é equivocado querer abordar a atual participação do Estado na economia como de real “intervenção”, pois a esfera econômica não pode ser vista como estranha à atividade estatal. No período de *laissez-faire*, todavia, a idéia era diversa e a relação entre o setor econômico e o Estado efetivamente seria de estranheza, fazendo com que, tecnicamente, seu agir regulatório representasse verdadeira intervenção. Sobre as definições do termo, cita-se FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980. p.961

<sup>403</sup> Ver *Ives v South Buffalo Railway Co.* (1911)

<sup>404</sup> Ver *Adkins v Children's Hospital* (1923).

<sup>405</sup> Ver *Lochner v New York* (1905), em cujo bojo acabou se definindo a própria fórmula que sustentou durante um vasto período de tempo a utilização do “devido processo substantivo” como mecanismo de bloqueio da atuação estatal na economia.

que a medida seria “adequada, justa e apropriada”<sup>406</sup>.

Como visto no momento introdutório do estudo, porém, a formatação estatal não é estanque, sujeitando-se às adaptações exigidas por fatores como a legitimação junto à comunidade e a reprodução do modo de produção econômico. Foi neste sentido que, especialmente no governo Roosevelt, o Poder Executivo estadunidense passou a tentar instituir medidas intervencionistas consideradas politicamente necessárias, mas sucessivamente obstadas pelo “devido processo”<sup>407</sup>. Conforme sintetizado por Orth, o panorama gerou uma queda de braço entre os Poderes na qual o Judiciário foi derrotado: após a defesa por Roosevelt da alteração dos critérios para a aposentadoria dos membros da Suprema Corte e a demonstração de insatisfação com o possível atraso político trazido pelo parâmetro adotado em *Lochner*, a jurisprudência reviu o posicionamento, deixando de depositar o fardo probatório sobre o Estado e presumindo a razoabilidade como dado implícito à atividade legislativa<sup>408</sup>. Ainda no exame do “*substantive due process*”, poderíamos nos deparar com a modificação que seu conteúdo sofreu após a derrogação da cláusula *Lochner* e com o fato de, graças às alterações do Estado, ter assumido conteúdo menos econômico e tocado aspectos como a “impossibilidade do Estado de proibir o aborto” (matéria discutida em *Roe v Wade*<sup>409</sup>), em clara atenção à

---

<sup>406</sup> De acordo com o exposto pela Suprema Corte, estabelecendo o “teste” *Lochner*, que ganhou notoriedade e representou guia da jurisprudência durante boa parte do Século XX, a questão que deveria ser averiguada para o exame da legalidade da conduta diante do *substantive due process* seria a seguinte: “is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty (...)?”.

<sup>407</sup> Neste ponto, é relevante destacar que o debate a respeito da contraposição entre a fórmula de *Lochner* e o plano de governo de Roosevelt passa pelo entendimento de que o momento temporal foi marcado pelo *crack* de 1929 e pela série de medidas adotadas pelo governante para combater a crise, apelidada de *New Deal*.

<sup>408</sup> “President Franklin Rossevelt (...) began, and launched a remarkable assault on the Supreme Court of the United States (...) within days, the president’s supporters in Congress introduced the Court Reform bill, better known as the “court-packing plan”, designed to secure a economic majority of justices to uphold the government’s economic program (...) Rossevelt’s Court Reform bill was never adopted, foundering on a public consensus that it would have too obviously politicized the judicial branch. But a majority of the sitting justices rather suddenly coalesced in support of the president’s program, abandoning economic substantive due process”. ORTH, John V. *Obra citada*. p.67-69.

<sup>409</sup> O célebre caso, julgado pela Suprema Corte em 1973 e até hoje referenciado pela doutrina constitucional norte-americana como um marco teórico em matéria de liberdades substantivas individuais e possibilidades estatais em matérias como o aborto, foi decidido por maioria, prevalecendo (ainda que de maneira “balanceada”) a idéia de que o Estado não poderia suprir por completo a liberdade individual relacionada à escolha pela realização do aborto. Neste esboço é que a possibilidade de realização do aborto livre foi dividida de acordo com as três fases trimestrais da gravidez. Com efeito, ao analisar os aspectos em jogo a Corte fez menção expressa ao *due process*, afirmando que “state criminal abortion laws, like those involved here, that except from criminality only a life-saving procedure on the mother’s behalf without regard to the stage of her pregnancy and other



“regulação social” explanada por Vital Moreira <sup>410</sup> e ao próprio fortalecimento do “Estado Regulador” <sup>411</sup>.

Retornando à disciplina processual, porém, constata-se que também aqui as modificações na estrutura e nas funções do ente estatal trouxeram à cláusula uma nova feição. Não é por acaso que ao analisar historicamente o *due process* Issacharoff o divide em três grandes fases: (i) o “*procedural due process*”; (ii) o “*substantial due process*”; e (iii) o “*due process functionalism*” <sup>412</sup>. Isto ocorre porque as mudanças no processo fizeram com que a guinada funcionalista fosse vultosa o bastante para realmente poder ser vista como uma fase autônoma. E é exatamente aqui que se constrói o conteúdo da garantia que nos parece compatível com a premissa instrumentalista (devendo ser aquele cotejado com a coletivização de direitos).

Embasando esta ideia, Issacharoff demonstra que o devido processo teria se desenvolvido na jurisprudência norte-americana com base em cinco elementos, cuja conjuntura, porém, acabaria sendo polarizada em dois vetores: o direito de ser noticiado e o direito de ser ouvido <sup>413</sup>. Mais que destacar estes elementos, o autor encampa o que aqui chamamos de “instrumentalismo” ao analisá-los sob uma lógica de raciocínio pragmática similar àquela que conduziu ao “devido processo funcional”, destacando que não basta defender a garantia sem questionar quais os seus

---

interests involved violate the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment, which protects against state action the right to privacy, including a woman's qualified right to terminate her pregnancy. Though the State cannot override that right, it has legitimate interests in protecting both the pregnant woman's health and the potentiality of human life, each of which interests grows and reaches a "compelling" point at various stages of the woman's approach to term".

<sup>410</sup> “A regulação econômica propriamente dita tem por objecto e justificação a regulação dessa actividade em si e por si (entrada na actividade, mercados e preços, quantidade e natureza dos produtos, etc.). A regulação social tem finalidades exteriores à actividade económica, como a protecção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores”. MOREIRA, Vital. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p.39.

<sup>411</sup> Com efeito, de acordo com Egon Bockmann Moreira “todas as Cartas republicanas, ao mesmo tempo em que asseguraram aos agentes econômicos privados o direito à livre empresa, livre iniciativa e a garantia da concorrência nos respectivos mercados, reservaram ao Estado a competência para intervir diretamente na Ordem Econômica (além dos setores reservados e dos monopólios públicos). Isso possibilitou que a interação entre o Estado e a economia flutuasse de acordo com as peculiaridades dos governos (sempre com tendências mais intervencionistas e produtivas)”. Citas-e, MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. In. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n.1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005.

<sup>412</sup> ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p.5-9.

<sup>413</sup> “There are five basic element of due process that may be adduced from American case development (...) the two given the greatest significance are notice and a hearing (...) the additional elements of due process are, like notice, corollaries necessary to make the right to a hearing meaningful: the right to an impartial arbiter, the right to be represented by counsel, and the right to timely resolution of claims”. Idem. p.5.

propósitos <sup>414</sup>. Nesta jornada, constata que se em um momento inicial os direitos de “ser noticiado” e de “ser ouvido” (basais ao “devido processo”) foram vistos como verdadeira “propriedade” do indivíduo, a alteração da conjectura do processo teria os transformado em espécie de “filtro contra arbitrariedades, caprichos ou condutas equivocadas do Estado” e, por isso, graduáveis <sup>415</sup>.

Conjugando o conteúdo aberto da idéia de “devido processo legal”, as alterações que ao longo do último século se operaram na estrutura estatal e o próprio caráter instrumental do processo, fez-se natural que o *due process* de hoje não fosse o mesmo do Estado Moderno Liberal. É por isso que, como enfatiza Orth, o fato do ordenamento normativo norte-americano oferecer espaço destacado aos precedentes exerce um importante papel no preenchimento hermenêutico da garantia <sup>416</sup>, entendendo-se que o Judiciário atua constantemente nesse realinhamento de conteúdo <sup>417</sup>. E, realmente, foram os Tribunais que conduziram o “devido processo procedimental” a tomar as formas de “devido processo funcional”. Isso se deu em 1976 no julgamento do caso *Mathews v Eldridge*, cujos contornos ainda são em larga escala determinantes do entendimento que se tem no Direito Norte-Americano a respeito do “devido processo” <sup>418</sup>, dando-lhe lentes nitidamente instrumentais.

Em linhas gerais, após ter sido beneficiário de um auxílio-previdenciário por

---

<sup>414</sup> “It might seem quite satisfying to say that due process consists of five easily articulated elements – hearing, notice, arbiter, counsel and timeliness – and leave it at that. But to do so is insufficient. The articulation of these elements of due process leaves unanswered a central question dating from the time of the Magna Carta: what is the purpose of these due process rights? That is, we know *what* we are supposed to do, but, without understanding *why* we do it, we still are unable to establish *how much* process is due process”. Idem.

<sup>415</sup> “One way of understanding due process is an affirmative entitlement of the citizenry. Under this view (...) citizens may be thought of as having a right to a hearing and a right to notice, such that they can claim “ownership” of these against any type of adverse governmental action. Alternatively, due process may be characterized not as vesting the citizens with rights, but as imposing restraints on the state. Seen this way, due process is a check against arbitrary, capricious, or simply misguided conduct. And in addition, under this view, there might be gradations in terms of how fixed the requirements of due process are thought to be, or of whether they are more in the nature of prudential checks against mistake”. Idem. p.6.

<sup>416</sup> “In a system based on precedent, nothing is ever truly lost. The history of the law of due process marked by the succession of paradigm cases has been accretive: new paradigms have added to the content of the law”. ORTH, John V. *Obra citada*. p.85.

<sup>417</sup> Em matéria de precedentes, isso se dá mediante técnicas como o *overruling*, como se pode ver em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*.

<sup>418</sup> “In *Mathews*, the Court adopted a three part “test”, sometimes called one of balancing or “cost-benefit” analysis, that has played an important role in constitutional law. In almost all cases raising questions of procedural regularity, the Court refers to the *Mathews* test”. “In exploring issues of timing, formality and adequacies of state tort remedies, the Court has firmly relied on the tripartite test of *Mathews*”. STONE, Geoffrey R. SEIDMAN, Louis M. SUNSTEIN, Cass R. TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 4 ed. New York: Aspen Law & Business, 2001. p.934 – 939.

cerca de uma década, Eldridge teve os pagamentos suspensos devido aos resultados de seus exames físicos e psiquiátricos. Conforme relatado no caso, para garantia de observância do *procedural due process* foi-lhe conferida no curso do procedimento de cessação do benefício a possibilidade de apresentar sua manifestação por escrito. Todavia, a decisão contrária aos seus interesses fez com que Eldridge questionasse judicialmente a validade de todo o procedimento, argumentando o desrespeito à cláusula do “devido processo” por não-lhe ter sido dada a oportunidade de “ser ouvido”.

Por mais que o argumento fosse compatível com o conteúdo dado à garantia em sua origem liberal e em todo o período no qual esta visão restritiva do Estado prevaleceu, a Suprema Corte deliberou ao analisar o litígio que “o devido processo, diversamente de outras regras legais, não é uma concepção técnica com conteúdo fixado sem relação com o tempo, o espaço e as circunstâncias”, “é flexível e carrega as proteções processuais que a situação exigir”<sup>419</sup>. Com esse enfoque funcional, decidiu-se que o *due process*, de regra, exigiria a análise de três fatores: (i) “o interesse privado afetado pela ação”; (ii) “o risco de uma lesão a este interesse” ocorrer de forma errônea “devido aos procedimentos utilizados”, bem como sua comparação com os mesmos riscos na hipótese de acréscimos procedimentais; e (iii) “o interesse governamental, incluindo a função envolvida e os ônus fiscais e administrativos que seriam impostos por um procedimento adicional ou substitutivo”<sup>420</sup>.

Como se percebe, a decisão trouxe consigo uma leitura que se aproxima de cânones como o pragmatismo e o funcionalismo, além de reconhecer os limites estruturais da administração estatal. Por mais que haja quem oponha ressalvas a essa visão, caso de Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet<sup>421</sup>, o posicionamento é

<sup>419</sup> “Due process, unlike some legal rules, is not a technical conception with a fixed content unrelated to time, place, and circumstances” “is flexible and calls for such procedural protections as the particular situation demands”.

<sup>420</sup> “Due process generally requires consideration of three distinct factors: First, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of an erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and the probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and finally, the Government’s interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirement would entail”.

<sup>421</sup> Os autores criticam o teste de “*Mathews*” afirmando que, seu enfoque utilitarista, abdicaria da análise de elementos providos de outro teor semântico (não-utilitários), além de ser vago e poder conduzir a interpretações equivocadas. Contudo, como visto, os mesmos autores ressaltam que a visão adotada em *Mathews* se alicerçou na Corte. Ver, STONE, Geoffrey R. SEIDMAN, Louis M. SUNSTEIN, Cass R. TUSHNET, Mark V. *Obra citada*. p.934-939.

marcante à atual conformação dada no direito norte-americano à garantia <sup>422</sup>. Como anotou Richard Posner na condição de magistrado, ao julgar demanda em que se questionava a legalidade do procedimento instituído pela cidade de Chicago para analisar recursos opostos contra multas de trânsito, “o teste do devido processo (...) requer uma comparação entre os custos e os benefícios de qualquer procedimento que o requerente afirme necessário” <sup>423</sup>. É este o conteúdo que nos parece harmônico à base instrumentalista do “processo de resultados”, denotando o *ouerrule* de sua base de “direito de ser ouvido” e criando permissivos para a coletivização <sup>424</sup>.

Passando diretamente ao exame do “direito de ação” (segunda garantia aqui inserida nas lentes instrumentalistas que a coletivização pressupõe), notamos que, ao contrário do que ocorre com o “devido processo legal”, colocamos em pauta um dos temas mais esmiuçados pelo processualista brasileiro. A diferença entre os dois vetores não é acidental: o que se dá é que a construção do “direito de ação” e o debate em seu entorno representaram matéria íntima à própria tradição processual italiana e à formação do processo civil liberal que permeia o pensamento de nossos teóricos até os dias atuais.

Realmente, não há no Brasil manual de “teoria geral do processo” que não dedique um considerável número de páginas ao estudo da “ação”, colocando-a ao lado da “jurisdição” e da “defesa” como instituto basilar da matéria. Considerando esta base, é notório em nossa doutrina que durante um vasto período de tempo predominou noção civilista ancorada no pensamento de Celso <sup>425</sup> (com variações

---

<sup>422</sup> Vale citar que Dworkin, por exemplo, criticou o posicionamento adotado pela Suprema Corte no caso, mas não pela eventual violação a um conteúdo inerente ao “devido processo” e sim (em atenção à sua “teoria baseada no processo”) por acreditar que se ignorou a “lesão moral” que uma decisão equivocada sobre o caso poderia gerar. DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. p.99-103.

<sup>423</sup> “The test for due process (...) requires a comparison of the costs and the benefits of whatever procedure the plaintiff contends is required”. Ver, *Van Harken v City of Chicago*.

<sup>424</sup> Retornando ao direito inglês, nascedouro da base do “devido processo”, vemos que o elemento pragmático também se evidenciou, em atenção ao próprio caráter instrumentalista do processo expresso no texto da *CPR*. É que no ordenamento normativo contemporâneo da Inglaterra o *due process* simplesmente inexistente. Ali, como expressa John Orth, as “grandes frases” falharam, de sorte que se confia no próprio primado do *rule of law* para de algum modo conformar os poderes do Estado e as garantias individuais. A ausência de previsão do *due process*, aspecto também demonstrado por Marshall, não faz com que o sujeito seja absolutamente desguarnecido, pois sua proteção é função e dever de qualquer ordem jurídica democrática. Contudo, o cenário evidencia que o “devido processo legal” não é posto em sentido desvinculado da funcionalidade da disciplina. Assim, ORTH, John V. *Obra citada*. p.30-319. MARSHALL, Geoffrey. *Due Process in England*. In. PENNOCK, James Roland. CHAPMAN, John W. (Org.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977.

<sup>425</sup> Vide nota 8.

sinalizadas, por exemplo, por Savigny<sup>426</sup>). Também são conhecidas as separações entre *actio* e *Klage* (Windscheid<sup>427</sup>) e entre direito violado e direito de reparação, (Muther<sup>428</sup>), os estudos de Plósz e de Wach<sup>429</sup> e a aproximação entre “direito de ação” e “direito de petição” (Couture<sup>430</sup>). A “ação” como *poder* de fazer declarar a vontade da lei em face do adversário, idéia de Chiovenda, é igualmente analisada<sup>431</sup> (e, de regra, inadvertidamente criticada<sup>432</sup>). Por fim, recebe primazia a “teoria eclética” de Liebman e as suas “condições de ação”<sup>433</sup> - tentativa de mediar o debate entre teorias concretas e abstratas adotada pelo Código de Processo Civil de 1973<sup>434</sup>. É esta última visão que majoritariamente segue permeando o processo brasileiro.

Em um enfoque instrumentalista (isto é, menos conceitual e mais funcional), contudo, nota-se que a origem e o desenvolvimento de um “direito de ação” tiveram como fim conferir ao cidadão o direito de ir aos Tribunais exigir do Estado a resolução de um litígio (com Plósz) ou o poder de impulsioná-lo a esta tarefa (à lá Chiovenda). Como percebem Ovídio Baptista da Silva e Fábio Gomes, por exemplo,

<sup>426</sup> O pensamento do autor é apresentado em COUTURE, Eduardo. *Obra citada*.

<sup>427</sup> Sobre o tema, ver WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER. Theodor. *Obra citada*.

<sup>428</sup> Idem.

<sup>429</sup> A obra dos autores nos é apresentada de maneira didática em CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azioni nel sistema dei diritti*. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*.

<sup>430</sup> Ressalte-se que, como afirma Marinoni, esta aproximação realizada pelo autor só pode ser percebida nas últimas edições de seu *Fundamentos del derecho procesal civil*, discrepando do posicionamento adotado na primeira edição da obra, em cujo âmbito Couture afirmava que “la acción, poder jurídico dirigido a obtener la actividad de la jurisdicción, tiene un conjunto de características particulares que la hacen diferir claramente de la simple petición a la autoridad”. Cita-se, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p.171. COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. p.33.

<sup>431</sup> “L'azione è un potere di *fronte* all'avversario più che *contro* l'avversario (...) L'azione è un potere, di fronte al quale l'avversario non è tenuto ad alcuna cosa: poichè se l'azione tutela un diritto subbietivo, l'obbligo di sodisfare il diritto subbietivo tutelato forma, come prima, il contenuto di questo (...) Nè all'azione corrisponde alcun dovere processuale dell'avversario: ma puramente e semplicemente la sua soggezione agli effetti giuridici a cui l'azione intende. I quali effetti giuridici (...) sono l'attuazione della legge”. CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azioni nel sistema dei diritti*. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. p.15.

<sup>432</sup> De fato, não é incomum que o autor seja fortemente criticado em nossa doutrina e que lhe sejam imputados até mesmo posicionamentos políticos que não são dedutíveis de seu pensamento, como o fascismo. Isto ocorre especialmente por teóricos que se apoiam nas idéias de Liebman e procuram realizar uma contraposição entre ambas. Contudo, é preciso salientar que quem age desta maneira negligencia a diferença temporal existente entre os teóricos, além de não perceber que o pensamento de Chiovenda possuía enquadramento estrutural irreparável no Estado existente no período de suas teorizações.

<sup>433</sup> Por todos, LIEBMAN, Enrico Tulio. *L'azione nella teoria del processo civile*. In. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962. p.22-53.

<sup>434</sup> A afirmação se dá tendo em vista, especialmente, o disposto no art.267, inc.VI, de nossa codificação processual, segundo o qual o processo deve ser extinto “sem resolução de mérito” “quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual”.

tratava-se de uma contrapartida ao monopólio jurisdicional, assegurando que a vedação da autotutela não importaria na ausência de instrumentos disponíveis aos jurisdicionados para a proteção de seus interesses materiais<sup>435</sup>. Em uma “sístole” necessária para a estruturação do Estado Liberal, proibia-se a jurisdição privada e centralizavam-se forças nas mãos da Administração. Em uma “diástole” imperativa para conferir legitimação ao Estado diante de seus jurisdicionados e manter a aparência de neutralidade, era-lhes assegurada a ação como mecanismo voltado à obtenção da pacificação estatal. Tratava-se assim de uma prerrogativa claramente autorizativa, cujo teor possuía justificativa funcional condizente com o período. Oscilando entre concepções como “direito subjetivo” ou “poder”, o sentido do “direito de ação” era demonstrar que a estrutura estatal deveria garantir ao indivíduo a possibilidade de bater na porta do Poder Judiciário e acionar sua atuação.

Ocorre que, por mais que cada posicionamento a respeito do mecanismo de exercício desta garantia e de suas consequências para o Estado tenha sido compatível com seu momento histórico, as modificações econômicas e estruturais tornam sua manutenção instrumentalmente falha para o presente contexto. Para assegurar a funcionalidade do processo a partir do redimensionamento de seus fins é preciso reler seus institutos, e não restam dúvidas de que o “direito de ação” se encontra entre eles. Essa percepção é trazida em nossa doutrina por Luiz Guilherme Marinoni<sup>436</sup>.

Analisando as teorias “clássicas” e conferindo papel central no direito processual à idéia de “tutela”, Marinoni, como citado nos momentos iniciais do estudo, reaproxima processo e direito material, defendendo que o primeiro deve se amoldar para conferir concretude ao segundo. Neste caminho, relê o “direito de ação” como um “direito à tutela jurisdicional adequada”<sup>437</sup>, preocupando-se com aspectos como a abertura das técnicas processuais e o papel do julgador na proteção do interesse material (de sujeito passivo à agente constitucional)<sup>438</sup>. O

---

<sup>435</sup> “Organizado o Estado e estabelecida a sua ordem jurídica, o que implica a imposição de regras de conduta a serem observadas pelos cidadãos, automaticamente estará proibida a estes a defesa ou a realização própria (autotutela) dos interesses sob a proteção do direito objetivo. Em outras palavras, entendemos a vedação à autotutela pressuposto inafastável à organização e à própria existência do Estado. Em decorrência dessa proibição, surge, também como pressuposto, o dever-poder do Estado de prestar jurisdição a todos os cidadãos, eis que não podem eles se valer da autotutela”. SILVA, Ovídio A. Baptista. GOMES, Fábio. *Obra citada*. p.83.

<sup>436</sup> Ver, MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*.

<sup>437</sup> *Idem*. p.187-230.

<sup>438</sup> *Idem*. p.230-306.

impacto trazido por esta visão é basal a adaptações estruturais como o uso da técnica de antecipação de tutela e a dilatação de possibilidades da técnica inibitória – tema estudado de maneira pormenorizada por Sérgio Cruz Arenhart<sup>439</sup>.

Assim, entretanto, o que se vê é que Marinoni aproxima a garantia do “devido processo legal”<sup>440</sup> e lhe relaciona com o próprio resultado do litígio. Com efeito, pelas lentes instrumentalistas, constatamos que este reenquadramento funcional da “ação” a coloca em pé de igualdade com um dado central ao *due process* norte-americano: o “direito a um dia no Tribunal”<sup>441</sup>. E a releitura instrumental deste preceito (aliada a do próprio *due process*) foi essencial para o sucesso da coletivização de direitos, fazendo com que as ressalvas trazidas por Owen Fiss à noção de “*right to have a day in the Court*”, construídas indutivamente a partir do caso *Martin v Wilkins* (cuja matéria de mérito foi a possível implementação pelo Corpo de Bombeiros da cidade de Birmingham de medidas internas voltadas a beneficiar a ascensão profissional dos servidores negros), mereçam menção<sup>442</sup>.

De fato, a principal discussão travada pela Suprema Corte na análise de *Martin* não se deu no entorno do acerto da medida ou de seu impacto sobre os bombeiros beneficiados, mas do prejuízo concreto que ela poderia trazer aos bombeiros brancos e, tendo em vista esta preocupação, da legalidade de sua adoção sem que se garantisse a esses possíveis prejudicados o “dia no Tribunal”<sup>443</sup>. Criou-se com isso uma oportunidade para o reexame da garantia. Por mais que

<sup>439</sup> Ver, ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. Também, ARENHART, Sérgio Cruz. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>440</sup> Entrevistado sobre o tema, inclusive, o autor afirmou que “ter direito de ação é ter direito ao processo justo e à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, seu componente indelével e essencial. A norma do art. 5º, XXXV, ao contrário das normas constitucionais anteriores que garantiam o direito de ação, afirmou que a lei, além de não poder excluir lesão, está proibida de excluir “ameaça de lesão” da apreciação jurisdicional. O objetivo do art. 5º, XXXV, neste particular, foi deixar expresso que o direito de ação deve poder propiciar a tutela inibitória e ter a sua disposição técnicas processuais capazes de permitir a antecipação da tutela, mas obviamente respeitando o devido processo legal, sem o qual não teria o menor sentido”. CARTA FORENSE. Direito de Ação. Disponível em < <http://amp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2003545/direito-de-acao>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

<sup>441</sup> Sobre o tema e a sua necessária flexibilização, ver BONE, Robert G. Rethinking the “Day in Court” Ideal and Nonparty Preclusion. In. *New York University Law Review*. n.67. New York: New York University Press, 1992.

<sup>442</sup> Por todos, ver FISS, Owen. The allure of individualism. In. *Iowa Law Review*. n.78. Iowa City: Iowa Law Review, 1993.

<sup>443</sup> “Some might let the matter rest with the Civil Rights Act, but I cannot because I fear that *Martin v. Wilks* is a due process, not a Rules decision. Rehnquist quoted Justice Brandeis’s opinion in *Chase National Bank v. Norwalk* and in so doing suggested that the Rules codify a more fundamental principle of our jurisprudence”. Idem. p.967

o conteúdo da decisão tenha sido contrário à posição de Fiss, o debate ensejou uma nova preocupação e deu causa a alterações legislativas que de algum modo romperam com a própria regra estabelecida no caso pela Suprema Corte.

A tese de que não haveria possibilidade de vincular o indivíduo a uma decisão sem que tivesse lhe sido oportunizado participar de sua construção se sagrou vencedora por maioria, decidindo-se pela impossibilidade do Corpo de Bombeiros adotar a medida sem a participação dos prejudicados em potencial<sup>444</sup>. De acordo com Fiss, a Suprema Corte concluiu que o “devido processo” acarretaria na proteção constitucional de um “direito individual de participação”, restringindo as hipóteses de extensão subjetiva da coisa julgada ou do *collateral estoppel*<sup>445</sup>. Em nossos termos, o direito de ação, compreendido como o poder de atuar diante do Estado, não poderia ser tolhido sem que esta atuação individual tivesse ocorrido.

Para o autor (em clara adesão ao que aqui colocamos como “instrumentalismo”), porém, o direito assegurado pela cláusula *due process* para proteção do interesse material não seria de *participação*, mas de *representação*, tornando incorreta a afirmação de que uma decisão não poderia vincular indivíduos que não tivessem participado processualmente do debate<sup>446</sup>. A conclusão adequada a ser extraída da axiologia processual seria que “nenhum indivíduo poderia ser vinculado por uma decisão a não ser que tivesse tido seu interesse adequadamente representado” em juízo<sup>447</sup>, leitura partilhada por Kevin Clermont<sup>448</sup>.

<sup>444</sup> Nas palavras da Corte, em sua decisão, “one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process”.

<sup>445</sup> Let us further assume that this decree is subsequently attacked by persons such as the white firefighters who were not parties to the case but who will be adversely affected by the decree. They claim that the system of preferential treatment is a form of unjust discrimination and thus unconstitutional. In passing on this claim, the trial court might be constrained by considerations of stare decisis but not, according to *Martin v. Wilks*, by the tougher preclusion rules of res judicata and collateral estoppel. The trial court would have to give the white firefighters a full hearing on their claim even though, before entering the decree, the court had already concluded that such preferences were constitutional, indeed necessary, to correct for the past violations”. FISS, Owen. *The allure of individualism*. p.969.

<sup>446</sup> “Of course, we might have to live with these consequences if the right of participation were constitutionally grounded, but that is far from clear. I believe that what the Constitution guarantees is not a right of participation, but rather what I will call a “right of representation”: not a day in court but the right to have one’s interest adequately represented”. Idem. p.970-971.

<sup>447</sup> “The right of representation provides that no individual can be bound by an adjudication unless his or her interest is adequately represented in the proceeding”. Idem. p.971.

<sup>448</sup> “Binding absentees does not contravene the Constitution, because all that due process guarantees is a full and fair day in court enjoyed in person or through a representative (...) Therefore, the always reasonable and realistic due process test allows binding many more nonparties than most people assume”. CLERMONT, Kevin M. *Principles of Civil Procedure*. Saint Paul: Thomson West, 2005. p.387.



A constatação geral de Fiss, assim, é que não há um verdadeiro direito a um “dia no Tribunal”. As luzes são despejadas sobre o resultado, e não sobre o meio. Em nossa visão, é este o conteúdo que o “direito de ação” deve receber a partir de um aporte instrumental do processo civil. Além disso, sequer haveria que se falar em representação de sujeitos, mas em representação de interesses; é o interesse que, por estar sujeito a efeitos diretos da decisão, deveria ser devidamente representado<sup>449</sup>. Com isto o autor em certa medida se afasta do que vem sendo afirmado na doutrina brasileira por Cândido Rangel Dinamarco, para quem o processo não se voltaria à tutela de direitos, mas de pessoas<sup>450</sup>. Entendidos os benefícios da representação, vê-se que a existência do objetivo final de favorecer os indivíduos é incontestável, mas que, para tanto, tutelam-se seus interesses.

Deve-se ressaltar que a visão de Fiss a respeito do caso *Martin* não foi unânime, tendo sido impugnada por autores como o próprio Issacharoff<sup>451</sup>. O questionamento, contudo, tocava mais peculiaridades do caso concreto do que a própria estrutura teórica que imanta o problema, não ilidindo esta leitura instrumental. Mais que isso, o que nos importa ver é que a inversão de lógica entre direito de participação e direito de representação (legislada para casos de discriminação funcional na *Civil Right Act* de 1991<sup>452</sup> e em outras exceções<sup>453</sup>) é explicitada no regramento da *class action*, tendo sido determinante para sua factibilidade e expressando que, para a coletivização, este *background* é necessário.

<sup>449</sup> “In large part this is because the representation that I speak of is not a representation of individuals but a representation of interests. It is not that every person has a right to be represented in structural litigation, but only that every interest must be represented. If an individual's interest has been adequately represented then he or she has no further claim against the decree”. Idem. p.972.

<sup>450</sup> “A tutela jurisdicional de que se trata pela ótica do processo civil de resultados não é uma tutela a direitos, mas a pessoas. Nem teria legitimidade metodológica, neste quadrante histórico em que as investigações do processualista moderno centram-se no ideal de valorização do homem, continuar exaltando a tutela dos direitos como se o direito subjetivo fosse um ente em si mesmo merecedor de ajuda ou proteção. Como técnica destinada a proporcionar ao homem melhor qualidade de vida e melhores condições de felicidade pessoal, o direito objetivo tem no processo um instrumento para a sua atuação e conseqüente efetividade (tal é o escopo jurídico do sistema processual), mas não haveria por erigi-lo em objetivo final e objeto central das preocupações do Estado e do cientista do direito”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.p.825.

<sup>451</sup> Ver, ISSACHAROFF, Samuel. When Substance Mandates Procedure: *Martin v. Wilks* and the Rights of Vested Incumbents in Civil Rights Consent Decrees. In. *Cornell Law Review*. n.77. New York: Cornell University Press, 1991.

<sup>452</sup> Conforme a seção 108 do *Civil Rights Act*, em seu item “B”, “a practice described in subparagraph (A) may not be challenged in a claim under the Constitutions or Federal civil rights laws: (ii) by a person whose interests were adequately represented by another person who had previously challenged the judgment or order on the same legal grounds and with a similar factual situation, unless there has been a intervening change in law or fact.”

<sup>453</sup> WASSERMAN, Rhonda. *Obra citada*. p.194 e ss.

Sintetizando o presente tópico, vemos que o processualista que adota como premissa teórica o instrumentalismo, além de fatalmente concluir que inexitem “direitos processuais absolutos”, também irá conferir ao “devido processo” e ao “direito de ação” preenchimento hermenêutico que não conflita com um sistema eficiente de coletivização de direitos. Nesta batida instrumentalista se torna irreparável conclusão obtida por Owen Fiss e merecedora de transcrição literal: “o devido processo requer que o processo seja justo, mas justiça é um ideal pragmático. Ela exige proteção ao indivíduo, mas não de uma forma que requeira o sacrifício” de outras questões essenciais <sup>454</sup>. Identificar o processo civil como mecanismo de resultados é colocar decididamente a eficiência em seu contexto, como nota Issacharoff <sup>455</sup>.

Mais uma vez a questão é de coerência teórica. De fato, pois considerando que o “devido processo” foi positivado em nosso texto constitucional nos exatos termos da Constituição norte-americana <sup>456</sup>, também aqui sua construção é uma “obra eternamente em progresso” <sup>457</sup> (como identifica Didier), fazendo com que sua aplicação e seu redimensionamento sejam condicionados pela assunção ideológica do jurista. Neste toque, por exemplo, é que quando Ada Pellegrini Grinover coloca como requisito do “devido processo legal” a existência do “dia no Tribunal” <sup>458</sup> (contrariando o disposto na *Federal Rule 23*) seria coerente que não aceitasse a técnica de coletivização de direitos – pois fatalmente, para tentar conformá-la a esta moldura, irá distorcer sua funcionalidade. Igual refutação deve ser adotada por Nelson Nery Jr., para quem o “devido processo” teria como pressuposto no direito brasileiro, dentre outras garantias, o “direito de estar presente em todos os atos do

<sup>454</sup>“Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights”. FISS, Owen. *The allure of individualism*. p.979.

<sup>455</sup> “While civil procedure is complex, and deals with many rules and exceptions, at its core are two fundamental ideas about the need for a system of justice to be both equitable and efficient. At the constitutional plane, those principles have been most fully developed in the *Mathews* line of cases. But to a large extent, even the technical aspects of the formal Rules of procedure are themselves simply expressions of these ideas (...)”. ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. p.16.

<sup>456</sup> É o que se percebe tendo em conta que o art.5º, LIV, de nossa Constituição dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, ao passo que a 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos determina que “no person shall be (...) deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation” (previsão replicada na 14ª Emenda, regulando a conduta dos Estados Federados).

<sup>457</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p.44.

<sup>458</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. p. 16.

processo e fisicamente nas audiências”<sup>459</sup>.

É verdade que o autor realiza esta construção a partir da afirmação genérica de que no direito processual norte-americano a cláusula institui “o dever de propiciar-se ao litigante a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz”<sup>460</sup> (conteúdo expresso em *Goldberg*<sup>461</sup>, mas que, como visto, não se sustenta desde *Mathews v Eldridge*). Não obstante, a partir de seu conceito de *due process* Nery Jr. é coerente ao refutar a legalidade da improcedência liminar de ações repetitivas e das súmulas impeditivas de recursos<sup>462</sup>. Também aqui a questão é de compromisso ideológico: aceitar a adoção de técnicas de otimização jurisdicional depende da premissa ideológica e do preenchimento hermenêutico das garantias processuais por ela estipulados. E apenas o aporte instrumentalista faz com que “devido processo” e “ação” tornem a coletivização possível e, mesmo, recomendada.

### 6.2.3 A abertura pragmática e o acerto procedimental: a “instrumentalidade” não possui receita

Ao lado desta reinterpretação das garantias, a moldura instrumental também nos oferece outro aporte capaz de maximizar a funcionalidade da aglutinação, por mais que contrário à nossa tradição formalista e conceitualista. E é com ele que encerramos o estudo: a *instrumentalidade não possui “receita” exata*. Este dado nos parece imprescindível, e mais uma vez corrobora que não há sentido em uma alteração legislativa no âmbito da coletivização sem que se reconheça que a técnica, por ser instrumental, pressupõe a adoção de uma mentalidade com igual característica.

<sup>459</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Obra citada*. p.92.

<sup>460</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Obra citada*. p.86. Aqui, é importante citar que esta descrição do *procedural due process* no direito norte-americano realizada pelo autor está ancorada em uma versão do manual de direito constitucional de Nowak, Rotunda e Young datada de 1984 – período anterior a boa parte dos debates apresentados ao longo do capítulo (especialmente daquele realizado no entorno do caso *Martin*).

<sup>461</sup> Ver, *Goldberg v Kelly* (1970).

<sup>462</sup> “Uma das leis da reforma do processo civil brasileiro acrescentou no CPC o art.285-A (*caput* e §1º e 2º), criando o instituto da improcedência liminar de ação repetitiva (...) embora o legislador tenha tido a intenção de criar mecanismo de aceleração do processo (CF 5º LXXVIII), a norma da lei federal é inconstitucional”. “Existe previsão legal para que o juiz não receba a apelação se a sentença tiver sido proferida de conformidade com súmula do STF ou do STJ (...) à primeira vista, o CPC 518 §1º parece contribuir para dar maior celeridade ao processo, atendendo ao mandamento da CF 5º LXXVIII, a pretexto de que o recurso teria poucas chances de ser provido. No entanto, “as garantias fundamentais do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição não permitem exercício de futurologia em detrimento do direito das partes.”” NERY JUNIOR, Nelson. *Obra citada*. p. 92-96.

De fato, a inviabilidade de subsumir a técnica de coletivização a molduras pré-estabelecidas se evidencia pelo fato de seus múltiplos benefícios/fundamentos poderem se manifestar em maior ou menor escala conforme as peculiaridades do caso, apresentando similitude com aquilo que Guilherme Estellita delineou há mais de meio século para o litisconsórcio <sup>463</sup>. O risco de decisões divergentes, por exemplo, sempre existirá, mas será superior em hipóteses como as de *limited fund*. Da mesma forma, o desestímulo e a desinformação ao ingresso jurisdicional existem em qualquer caso, mas inegavelmente se reforçam nas situações de *small claim*. Em síntese, há uma multifuncionalidade que faz com que as vantagens pontuais da coletivização possam se impor em diferentes graus diante do caso concreto, exigindo maleabilidade que deve ser internalizada em sua estrutura.

Com efeito, esta constatação clarifica o porquê de no direito norte-americano não haver um único regime de *class action*, mas testes pragmáticos que por motivos diversos podem levar à certificação de modalidades igualmente distintas de ação de classe. Tendo em vista que a “instrumentalidade” vislumbra o aprimoramento do procedimento para atingir mais adequadamente suas finalidades, são a ela intrínsecos juízo valorativos que só podem ser produzidos casuisticamente. Apenas o exame caso a caso é capaz de demonstrar se para aprimorar a prestação jurisdicional a adoção de uma técnica funcional é recomendada. Pela sua própria natureza, este teste também é válido para a coletivização: somente a valoração casuística pode justificar sua possibilidade ou sua necessidade, bem como os parâmetros procedimentais imprescindíveis para lhe conferir efetividade.

No que se refere ao primeiro ponto, acreditamos que é apenas em um juízo prático operado diante do caso concreto que o julgador poderá aferir se a coletivização deve ou não ser empregada. Como posto, é o que ocorre nas demais técnicas processuais instituídas em nosso ordenamento. Este exame caso a caso encontra respaldo, por exemplo, na estrutura recentemente proposta por Sérgio Cruz Arenhart como baliza para a coletivização <sup>464</sup>. Para o autor, esta análise

---

<sup>463</sup> “As situações jurídicas que interessam a várias pessoas são sem conta e assumem tal variedade de formas, que se faz impossível prevê-las e abrangê-las todas numa fórmula única, por mais ampla e geral que seja (...) visto abranger o litisconsórcio situações jurídicas as mais diversas, facilmente se compreenderá a necessidade de atender sua disciplina a essa variedade de aspectos, por vêzes, até opostos”. ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955. p.18-20.

<sup>464</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

deveria ser composta por três elementos (similares aos requisitos de certificação previstos na *Federal Rule 23*): a afinidade de questões (critério mínimo em nosso ordenamento para a formação do litisconsórcio)<sup>465</sup>, a impossibilidade de formação de litisconsórcio e a utilidade da tutela coletiva para as partes e/ou para o Estado<sup>466</sup>.

A visão explicita um dado do qual nos aproximamos ao ressaltar a ausência de especificidades materiais dos “direitos individuais homogêneos”: a coletivização de direitos e o litisconsórcio lidam com uma mesma realidade, sendo ínsita em ambas a preocupação com a coerência das decisões e com a economia do processo. Trata-se de técnicas análogas para gestão de interesses individuais, e que, por isso, poderiam a princípio incidir sobre quaisquer interesses, desde que em cumprimento de sua funcionalidade. Esta visão é harmônica à própria doutrina clássica a respeito do litisconsórcio. Estellita (adotado por Arenhart como referente interpretativo da ideia de “afinidade de questões”), por exemplo, defende de forma clara que a formação de uma demanda litisconsorcial teria como alicerces a uniformização de decisões e a economia processual<sup>467</sup> (linha da qual não diverge

---

<sup>465</sup> “Como se sabe, o art. 46, do CPC, estabelece várias situações que podem autorizar a formação do litisconsórcio. As exigências previstas nos incisos do art. 46, mencionado, vão das hipótese em que há maior vinculação entre os sujeitos (inc. I, ou seja, a presença de comunhão de direitos ou de obrigações em relação à lide) até aquelas em que há a ligação mais tênue (inc. IV, vale dizer, a existência apenas de afinidade de questões entre as pretensões dos sujeitos, pela presença de um ponto comum de fato ou de direito). Ora, se a presença de afinidade de questões (isto é, a presença de um ponto comum de fato ou de direito) é a mínima exigência feita pela lei para a formação de um litisconsórcio - em que a lei autoriza a cumulação de ações, com a efetiva participação dos titulares dos direitos afirmados no processo - não há razão para ser diferente com relação à tutela coletiva. A origem comum, a que se refere a lei (art. 81, parágrafo único, inc. III, do CDC) só pode ser entendida na mesma dimensão da “afinidade de questões”, a que alude o Código de Processo Civil”. Idem.

<sup>466</sup> Idem.

<sup>467</sup> O autor, inicialmente, ressalta que há hipóteses nas quais a decisão dissonante é inviável, conferindo ao litisconsórcio o atributo da necessidade. Após, prossegue a análise do instituto salientando de maneira brilhante que “a outras causas, também, deve êle sua origem, em certos casos. Permitiu o progresso da ciência processual cofitar-se de dar mais extensa aplicação a um dos mais antigos princípio gerais orientadores e disciplinadores da atividade judiciária. Sobretudo no empenho de aproveitá-la em seu máximo rendimento – o chamado princípio da economia processual. Tirar o maior resultado possível da série de esforços e despesas a que obrigam o propor, defender, instruir e decidir um processo judicial. Tôda a considerável soma de atividades que se impõe aos diversos componentes do aparelho judiciário (órgãos, julgadores e seus auxiliares, partes, advogados, testemunhas, etc.), toda a série de despesas que essa atividade acarreta, tudo isso deve ser aproveitado no máximo. Daí, a ideia de reunir-se num único processo, as demandas que por aproximação ou semelhança apresentem elementos comuns, cuja apuração e decisão possa ser obtida mediante o dispêndio de uma única atividade judiciária. Reunião cuja vantagem não é apenas a indicada, mas também uma outra, de relevante alcance social – impedir decisões discordantes na apreciação dos mesmos fatos ou questões jurídicas suscitados em causas diversas e por isso mesmo podendo ter soluções diferentes. Conveniência reclamada pelos próprios interesses do Estado, naturalmente empenhado no prestígio das decisões dos órgãos a que confiou a função de distribuir justiça aplicando o direito”. ESTELLITA, Guilherme. *Obra citada*. p.19.

essencialmente Pontes de Miranda <sup>468</sup>). A similitude também é corroborada pelo fato da *commonality* prevista como requisito para a certificação da *class action* ter conteúdo bastante próximo ao da “afinidade de questões” <sup>469</sup> e ao parâmetro estabelecido pela própria *Federal Rule 20* para litisconsórcios facultativos (*permissive joinder of parties*) <sup>470</sup>. Em todos os casos, fala-se de maneira quase uníssona na existência de questões comuns como liame mínimo para a coletivização. Em termos pragmáticos, o que importa é a existência de questões afins que permitam o procedimento e a deliberação conjunta dos interesses (em um juízo de *resolvability* parcialmente pautado naquele proposto por Erbsen <sup>471</sup>).

Adicionalmente, para diferenciar os âmbitos de cabimento de cada uma das técnicas, tanto nas ideias de Arenhart quanto no procedimento da *class action* (mesmo que com sutis diferenças <sup>472</sup>) identificamos a existência de uma relação de

---

<sup>468</sup> Primeiramente, o autor salienta que “mediante a estruturação litisconsorcial da relação jurídica processual, economiza-se procedimento: em vez de se proporem tantas “ações” quantos são os litisconsortes, há uma só “ação para todos eles””. Após, reitera a defesa deste dado funcional e destaca que “o litisconsórcio, se bem que se pareça com a relação plurissubjetiva ativa ou passiva, ou ativa e passiva, que, no direito material, se observa, por exemplo, nas obrigações solidárias, não se confunde com ela; é noção de direito processual, por princípios de economia e, com exceção dos casos de afinidade de questões (art.46,IV), de *Ne varie iudicetur*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo II (arts.46-153)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p.5-12.

<sup>469</sup> Vide nota 232.

<sup>470</sup> “Rule 20. Permissive Joinder of Parties: (a) Persons Who May Join or Be Joined. (1) Plaintiffs. Persons may join in one action as plaintiffs if: (A) they assert any right to relief jointly, severally, or in the alternative with respect to or arising out of the same transaction, occurrence, or series of transactions or occurrences; and (B) any question of law or fact common to all plaintiffs will arise in the action.”

<sup>471</sup> Diz-se parcialmente porque, ainda que o autor supere o requisito da “predominância” – enfatizando sua abstração e a ausência de um conteúdo mínimo necessário para lhe dar suporte -, sua *resolvability* passa por uma preocupação especial com a necessidade de que o julgador analise antes da certificação a possibilidade de decisão sobre os aspectos individuais que possivelmente discrepariam no grupo (como defesas específicas). Com isso, ainda que lance mão de uma estruturação mais *funcional* para o processo de certificação da *class action*, cria-se um cenário em que a coletivização judicial, acreditamos, passaria por um juízo hercúleo, impondo-se ao Tribunal analisar tanto a viabilidade da coletivização quanto a viabilidade de manejo das possíveis alegações individuais e, deste modo, obstando o uso da técnica. Cita-se, ERBSEN, Allan. From “Predominance” to “Resolvability”: A New Approach to Regulating Class Actions. In. *Vanderbilt Law Review*. n.58. Chicago: Vanderbilt University, 2005. p.995-1087

<sup>472</sup> Afirma Arenhart que “porque, entretanto, essa coletivização é algo discrepante da tradição nacional, parece razoável concluir que sua admissão é excepcional, no sentido de ser admissível quando não for viável socorrer-se da forma clássica de solução de interesses de vários sujeitos. Assim, sempre que for possível a participação concreta e efetiva - sem prejuízo para o desenvolvimento adequado do processo, para a defesa do requerido, para a instrução da causa ou para a rápida solução da lide - não se justifica a aplicação do regime de tutela coletiva”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*. Em igual sentido, veja-se que a Federal Rule 23 expressamente prevê que a *class action* será cabível nas hipóteses em que “the class is so numerous that joinder of all members is impracticable”. A distinção se dá tendo em conta que no regime estadunidense a inviabilidade de demanda litisconsorcial é percebida apenas sob a perspectiva numérica, considerando-se que a

subsidiariedade <sup>473</sup>, estabelecendo-se que a coletivização dependeria da impossibilidade de formação de litisconsórcio (*numerosity*). A numerosidade seria ao mesmo tempo um impeditivo para o litisconsórcio e uma condição para a tutela coletiva, demonstrando a relação de complementaridade entre as técnicas em similitude que também é identificada no modelo inglês de *Group Litigation Order* <sup>474</sup> e expressamente indicada por Neil Andrews <sup>475</sup>.

Por fim, Arenhart indica como terceiro requisito a “utilidade da tutela coletiva para as partes ou para o Estado” <sup>476</sup>. Aqui se coloca de maneira clara a natureza pragmática da técnica de coletivização e a sua correlação com a moldura instrumentalista, vinculando seu uso à aferição casuística de seus benefícios. Para a *class action*, optou-se por instituir legalmente o percurso a ser desenvolvido nesta apreciação, oferecendo balizas para o julgador averiguar quando o uso da técnica seria possível ou necessário. Nada impediria que uma escolha similar fosse adotada pelo ordenamento brasileiro. O que não nos parece viável é querer enclausurar a

---

técnica não é possível quando a quantidade de titulares de interesses afins for grande o bastante para impedir seu ingresso pessoal no litígio. Já para Arenhart esta impossibilidade não se restringe à numerosidade, devendo ser reconhecido seu preenchimento em quaisquer casos onde, mesmo que por outra questão procedimental (como a distância entre a moradia dos titulares dos direitos), a formação do litisconsórcio não seja possível. No esquema trifásico de certificação proposto por Arenhart, este critério é integrado pelo terceiro parâmetro, mostrando sua adequação.

<sup>473</sup> Esta constatação nos leva a questionar a própria possibilidade de divisão de litisconsórcios multitudinários prevista em nosso ordenamento, pois permitir a segmentação é atuar na contramão da economia processual e da uniformização de decisões que decorrem da coletivização - viabilizando decisões conflitantes e reduzindo os benefícios administrativos. Aparentemente, o reconhecimento da relação complementar e subsidiária entre litisconsórcio e coletivização de direitos ofereceria resposta diversa e mais adequada à situação.

<sup>474</sup> “Practice Direction 19.B - 2.3 In considering whether to apply for a GLO, the applicant should consider whether any other order would be more appropriate. In particular he should consider whether, in the circumstances of the case, it would be more appropriate for – (1) the claims to be consolidated; or (2) the rules in Section II of Part 19 (representative parties) to be used.”

<sup>475</sup> Adentrando o estudo dos mecanismos de coletivização, o autor afirma que “na Inglaterra, o litisconsórcio com “múltiplas partes” pode ocorrer sob três formas: processos por representação; ações de massa sob “ordem do litígio em grupo” (GLO – *Group Litigation Order*); ou litígio “consolidado” (...) Essas ações de grande porte devem ser diferenciadas dos casos de litisconsórcio comuns, envolvendo partes em quantidade reduzida. Portanto, quando dois autores ou dois réus estão envolvidos, a matéria passa a ser uma mera questão de união das partes. De forma semelhante, quando o réu busca a contribuição de terceiro, passando o último a integrar o processo principal, trata-se de matéria bem disciplinada e pouquíssimo problemática. Este capítulo, contudo, trata de litígios em que as “partes” geralmente são dezenas, centenas ou até milhares de pessoas”. ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p.337-338.

<sup>476</sup> “Finalmente, a par dos requisitos anteriores, deve haver a utilidade para a prestação do serviço “justiça” com a aglutinação das pretensões individuais. Há, então, que se fazer uma valoração sobre os custos, as dificuldades e as vantagens do tratamento coletivo das causas individuais. Sempre que os aspectos positivos preponderarem sobre os negativos, justifica-se a coletivização da tutela. Ao contrário, sempre que esses benefícios forem eclipsados pelas desvantagens, deve-se preferir a tutela individual dos direitos”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva dos direitos individuais - Para além da proteção dos direitos individuais homogêneos*.

funcionalidade da coletivização a partir de um conceito como “direitos individuais homogêneos”, limitá-la à “origem comum” ou, especialmente, perder de vista suas vantagens. São elas que lhe servem de fundamento, razão pela qual adotar qualquer baliza para a certificação que não as tome em relevo é tornar o mecanismo injustificável.

Por outro lado, a partir da moldura instrumental também entendemos que a valoração casuística, além de ser determinante na certificação da demanda coletiva, deve condicionar à sua própria conformação procedimental. É que, se os benefícios da coletivização podem se manifestar em maior ou menor escala conforme as circunstâncias do caso, elas também graduarão a importância (e mesmo a necessidade) do tratamento coletivo. Esta percepção clarifica as razões pelas quais as distintas formas de *class action* possuem diferentes regimes procedimentais, impactando em questões como o direito de autoexclusão. A constatação também revela a motivação do sistema israelense conferir verdadeira autonomia gerencial ao julgador para ditar *in casu* boa parte dos termos procedimentais da coletivização: tratando-se de uma técnica instrumental, sua adoção deve ser pragmaticamente orientada no sentido dos objetivos que lhe servem de fundamento.

Assim, a questão que deve se colocar em tela é a efetividade da coletivização para, a partir de seus benefícios, equalizar de maneira mais proporcional as tutelas a serem individualmente prestadas em juízo. É esta a força matriz da *class action* e dos modelos que nela se inspiram sem abdicar do instrumentalismo, demonstrando o equívoco na constante tentativa de identificar os “direitos individuais homogêneos” exclusivamente com a *class action for damages*. Esta preocupação conceitual inexistente no ordenamento norte-americano, não tendo sido este o critério utilizado pelo legislador para segmentar as ações de classe, mas sim a tutela pleiteada em juízo (de sorte que qualquer das formas do modelo é orientada à proteção de direitos individuais). Eis o segredo da instrumentalidade: um processo com menos formas e conceitos, e mais aderência à realidade e aos seus resultados.

Com este desenho nos sentimos confortáveis para finalizar o estudo. A questão central que se coloca, em suma, vai da natureza da coletivização ao seu enquadramento funcional, tendo como núcleo a assunção de uma postura coerente para encará-los - seja sacrificando os meios ou os resultados. Apenas a segunda



postura e seu pano de fundo “instrumentalista” conferem abrigo para um sistema minimamente eficaz de aglutinação, de sorte que sem este pressuposto ideológico e a aceitação de suas consequências não haverá norma capaz de aferir qualquer eficiência. Eis a crítica que fica e o indicativo da possibilidade de evolução: a razão conciliadora e o pensamento cordial do teórico brasileiro parecem fazer com que nosso processo se construa como uma incólume e constante vidraça, em cuja direção poucos ousam lançar críticas. Ao fazê-lo, pretendemos nos colocar em situação reversa, rompendo com a inércia e com a apatia. Ao leitor, fica a reflexão.

### **Considerações Finais**

- (a) Os “direitos individuais homogêneos”, não obstante estarem encartados por nosso pensamento conceitualista em um “processo coletivo” e se situarem normativamente ao lado dos interesses metaindividuais, constituem ferramenta processual voltada à aglutinação de direitos individuais. Trata-se, pois, de uma técnica de coletivização, aproximando-se de mecanismos como a vinculação a precedentes;
  
- (b) Neste contexto, sugerimos que a própria noção de “direitos individuais homogêneos” é desnecessária e fomenta a equivocada tentativa de discernir os interesses basais à ferramenta daqueles íntimos à visão clássica de “direito subjetivo”. Esta diferença inexistente, razão pela qual o enfoque não deve ser o que os “direitos individuais homogêneos” são, mas em quais hipóteses a coletivização é cabível e por quais razões;
  
- (c) Em resposta a estes questionamentos, acreditamos que pela inaptidão das estruturas processuais clássicas para lidar adequadamente com a nova complexidade assumida pela jurisdição (premissa firmada na parte inicial do estudo) a disciplina pode se valer de técnicas voltadas a reequacionar seus limites e suas finalidades em um sentido de maior eficiência. Assim, por mais que os interesses que se enquadram na moldura de “individuais homogêneos” possam ser tutelados atomizadamente pelo processo civil clássico, esta opção não seria a mais apropriada diante de uma modalidade paralela capaz de auferir maiores graus de efetividade e de eficiência;
  
- (d) É neste contexto que a coletivização de direitos individuais encontra fundamento, podendo representar alternativa técnica capaz de incrementar a prestação jurisdicional em ao menos três frentes: (i) na administração judiciária; (ii) na isonomia das decisões (consentânea à unidade da jurisdição), e; (iii) no acesso equânime à justiça. Em cada uma destas pontas a tutela coletiva poderia apresentar resposta funcionalmente mais adequada do que aquela trazida pela noção clássica e pulverizada de lide bilateral;

- (e) Ao cotejarmos estes fundamentos com o regramento previsto em nosso ordenamento para a tutela de “direitos individuais homogêneos”, porém, identificamos que o sistema é bastante falho, não obtendo adequadamente qualquer das vantagens. Como identificado, todavia, esta inaptidão não se dá apenas por aspectos procedimentais, mas pelo intento (inerente à própria construção de uma categoria de “direitos individuais homogêneos”) de compatibilizar a coletivização de direitos com o conteúdo liberal clássico das garantias processuais;
- (f) Contudo, não há viabilidade nesta tentativa de passar *a latere* do conflito, cuja essência se reduz ao mesmo atrito que hoje se coloca entre a valorização dos fins do processo ou a preservação de seus meios; entre o processo civil de resultado e o processo civil de garantia; em síntese, entre instrumentalismo e formalismo. Acreditamos que o teórico não pode se abster deste enfrentamento, pois sua postura necessariamente penderá para um dos lados importando em sacrifícios: ou se tutela centralmente o resultado (deixando de interpretar as garantias em sua plenitude liberal), ou mantêm-se incólumes noções como “devido processo” e “direito de ação” (arcando com a mitigação da efetividade processual);
- (g) Neste toque, considerando a coletivização como técnica funcional, sua adoção possui similitude apenas com a perspectiva instrumentalista e com a interpretação por ela trazida às instituições do processo (como suas garantias). Se ao tentar se esquivar do conflito o nosso microssistema construiu um regime inefetivo, também a adoção da perspectiva formalista (mesmo legítima) não é compatível com a aglutinação. O quebra-cabeça que se coloca é imperfeito, mas a prevalência pelos fins ou pelos meios deve dar sua tônica. E, escancarada a natureza da aglutinação, constata-se que sua subsistência efetiva é intimamente relacionada com a primeira opção.

## **Referências Bibliográficas**

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e Coisa Julgada*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.
- \_\_\_\_\_. Estatística Judiciária. In. *Revista Forense*. n.365. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia. In. GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre o princípio da demanda. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- \_\_\_\_\_. As Ações Coletivas e o Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário. In. *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Ano 1. n.1, 2009. p.1. Disponível em <[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As\\_acoes\\_Coletivas\\_Eo\\_Control\\_Das\\_Políticas\\_Publicas\\_Pelo\\_Poder\\_Judiciario](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/258991/As_acoes_Coletivas_Eo_Control_Das_Políticas_Publicas_Pelo_Poder_Judiciario)>, Acesso em 2 de julho de 2011.

- \_\_\_\_\_. *Por uma nova definição dos direitos de massa*. (título provisório). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Obra no prelo.
- \_\_\_\_\_. *A Tutela Inibitória da Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000
- \_\_\_\_\_. A verdade e a prova no processo civil. In. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. n.7. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Sentença condenatória para quê?*. Disponível em <[http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142829/SENTENCA\\_CO\\_NDENATORIA\\_PARA\\_QUE](http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Papers/142829/SENTENCA_CO_NDENATORIA_PARA_QUE)>. Acesso em 22 de maio de 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição de 1988. In. *Revista de Processo*. n.61. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- BENJAMIN. Antônio Herman. 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, Edis (coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995,
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico contemporâneo: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Igualdade e Liberdade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- BONE, Robert G. *Civil Procedure – The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. Rethinking the "Day in Court" Ideal and Nonparty Preclusion. In. *New York University Law Review*. n.67. New York: New York University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. Procedure, Participation, Rights. In. *Boston University Law Review*. n.90. Boston: Boston University Press, 2010.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Paludo. Universidad Externado de Colômbia. 2003.
- BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor. In. *Revista do advogado*. nº 33. São Paulo: AASP, 1990.
- BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1983.
- BRANDÃO, Gorette (Agência Senado). *Reforma do CPC mirou lentidão da Justiça, diz Fux*. Disponível em < <http://www.senado.gov.br/noticias/reforma-do-cpc-mirou-lentidao-da-justica-diz-fux.aspx>>. Acesso em 8 de janeiro de 2012.
- BRONSTEEN, John. FISS, Owen. The Class Action Rule. In. *Notre Dame Law Review*. n.78. Notre Dame: University of Notre Dame, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Ações coletivas e o poder público. In. *Processos Coletivos*. vol. 1, n. 5, 01 out. 2010. Disponível em: <[http://www.processoscoletivos.net/ve\\_artigo.asp?id=44](http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=44)> Acesso em: 15 maio de 2012.
- BÜLOW, Oskar Von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In. *Revista de Processo*. n.147. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CALABRESI, Guido. BOBBITT, Philip. *Tragic Choices – The conflicts society confronts in the allocations of tragically scarce resources*. New York: W.W.

- Norton, 1978.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol.1. Buenos Aires: El Foro, 1996.
- \_\_\_\_\_. Processo e Giustizia. In. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1950.
- \_\_\_\_\_. *Introduzione allo studio sistemático dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.
- \_\_\_\_\_. *Procedure and Democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo – Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Edição Saraiva, 1968.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. Azioni collettive: Interessi Protetti e Modelli Processuale di Tutela. In. *Rivista de Diritto Processuale*. Ano LXIII, n.5. Padova: Cedam, 2008.
- CAPPELLETI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Fabris, 1988.
- \_\_\_\_\_. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi coletivi o diffusi. In. *Le azione a tutela de interessi collettivi: atti del convegno di studio di Pavia*. Padova: CEDAM, 1974
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958.
- CARTA FORENSE. Direito de Ação. Disponível em < <http://amp-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2003545/direito-de-acao>>. Acesso em 02 de maio de 2012.
- CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. In. *Harvard Law Review*. n.89. Cambridge: Harvard University Press, 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.

\_\_\_\_\_. L'azioni nel sistema dei diritti. In. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. vol.1. Milano: Giuffrè, 1993.

CLERMONT, Kevin M. Class Certification's Preclusive Effects. In. *University of Pennsylvania Law Review*. n.159. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2011.

\_\_\_\_\_. *Principles of Civil Procedure*. Saint Paul: Thomson West, 2005.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 54. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

COFFEE JR., John C. The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action. In. *University of Chicago Law Review*. n.54. Chicago: The University of Chicago Press, 1987.

\_\_\_\_\_. Reforming the Securities Class Action: An Essay On Deterrence and Its Implementation. In. *Columbia Working Paper* n.293. Nova Iorque: Columbia University, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos Humanos: direitos e deveres fundamentais de propriedade*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11>>. Acesso em 26 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. O indispensável direito econômico. In. *Revista dos Tribunais*. n.353. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1965.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 maiores litigantes*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 05 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. *Meta 2*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metad/metad-de-nivelamento-2009/meta-2>>. Acesso em 20 de julho de 2011.

\_\_\_\_\_. *Sistema de Gestão de Tabelas*



- Processuais Unificadas*. Disponível em <[http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta\\_publica\\_classes.php](http://www.cnj.jus.br/sgt/consulta_publica_classes.php)>. Acesso em 10 de outubro de 2012.
- COOTER, Robert. ULEN, THOMAS. *Law & Economics*. 3.ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.
- COUND, John J. FRIEDENTHAL, Jack H. MILLER, Arthur R. SEXTON, John E. *Civil Procedure – Cases and Materials*. 8 ed. Saint Paul: West Group, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Aniceto Lopez Editor, 1942.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério Cruz . *Class action e mandado de segurança coletivo, diversificações conceptuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- CUNHA, Luciana Gross. *ICJ – Índice de Confiança na Justiça. 3º trim. de 2011*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011.
- CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.
- \_\_\_\_\_. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. In. *Revista de Processo*. nº77. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DAVID, Rene. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DAVIS, Kevin E. TREBILCOCK, Michael J. A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos. In. *Revista Direito GV*. Trad. Pedro Maia Soares. n.5. v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2009.
- DE SOTO, Hernando. *The Other Path: The Invisible Revolutions in the Third World*. New York: Harper & Row, 1989.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bolonha: Società editrice Il Mulino, 1989.
- DIAS, Vinicius André. TJ Radicaliza para cumprir metas. *Gazeta do Povo*, Curitiba. 28 de agosto de 2009. Seção Justiça. Disponível em

- <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=918953>>. Acesso em 22 de julho de 2011.
- DIDIER JR, Fredie. (Org.) *Teoria do Processo – Panorâma Doutrinário Mundial*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.
- \_\_\_\_\_. ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- DINAMARCO, Pedro. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DONIZETTI, Elpídio. CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. *Curso de Processo Coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DWORKIN, Ronald. The Moral Reading and the Majoritarian Premise. In. KOH, Harold Hongju. SLYE, Ronald C. *Deliberative Democracy and Human Rights*. Chelsea: Bookcrafters, 1999. p.96.
- \_\_\_\_\_. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- ELY, John Hart. *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ERBSEN, Allan. From “Predominance” to “Resolvability”: A New Approach to Regulating Class Actions. In. *Vanderbilt Law Review*. n.58. Chicago: Vanderbilt University, 2005.
- ESTELLITA, Guilherme. *Do Litisconsórcio no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Oficina Gráfica da Universidade do Brasil, 1955.
- FARACO, Alexandre Ditzel. SANTOS, Fernando Muniz. *Análise Econômica do*

- Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil. In. *Revista de Direito Público da Econômica – RDPE*. Ano 3. n.9.. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1996.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980.
- FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford, 2011
- FISS, Owen. *The Law as it could be*. New York: New York University Press, 2003.
- \_\_\_\_\_. The Political Theory of Class Action. In. *Washington and Lee Law Review*. n.53. Lexington: Washington and Lee University Virginia, 1996.
- \_\_\_\_\_. The bureaucratization of the Judiciary. In. *Yale Law Journal*. n.92. New Haven: Yale University Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. *A community of equals*. Boston: Beacon Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. The allure of individualism. In. *Iowa Law Review*. n.78. Iowa City: Iowa Law Review, 1993.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- FRIEDMAN, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. LaSalle: Open Court, 1975.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.
- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. In. *The American Journal of Comparative Law*. n.51. Michigan: University of Michigan Law School, 2003.

- \_\_\_\_\_. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In. *Revista de Processo*. n.108. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GILLES, Miriam. Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small Claim Consumers Class Actions. In. *Cardozo Working Paper n° 278*. New York: Benjamin N. Cardozo School of Law, 2009
- \_\_\_\_\_. FRIEDMAN, Gary B. Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers. In *University of Pennsylvania Law Review*. n.155. Philadelphia: University of Pennsylvania, 2006
- GIUSSANI, Andrea. *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*. Bologna: Il Molino, 2008.
- GOMES, Orlando. A Crise do Direito. São Paulo: Max Limonad, 1955. p. 234-255. Republicado em *Revista Direito GV*. n.1.v.1. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2005.
- GOMES, Roberto. *Crítica da Razão Tupiniquim*. 11 ed. São Paulo: FTD, 1994.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In. *Revista de processo*. n.101. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. Defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania. In. *Revista de Processo*. n. 88. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- \_\_\_\_\_. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- G1. *Mais de 5 milhões vivem em situação de pobreza no Brasil, segundo IDH*. Disponível em < <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/11/mais-de-5-milhoes-vivem-em-situacao-de-pobreza-no-brasil-segundo-idh.html>>. Acesso em 10 de abril de 2012.
- HAZARD JR, Geoffrey. TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: An Introduction*. New Haven: Yale University Press, 1995.
- HENSLER, Deborah. *Class Action Dilemmas – Pursuing public goals for private gain*. Santa Monica: Rand, 2000.
- \_\_\_\_\_. Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation. In. *Duke Journal of Comparative and International Law*. v. 11, no. 2, Durham: Duke University, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.
- HINKELAMMERT, Franz J. *Crítica à razão utópica*. Trad. Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas, 1986.
- HODGES, Christopher. *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 2000.
- ISSACHAROFF, Samuel. *Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2005
- \_\_\_\_\_. When Substance Mandates Procedure: *Martin v. Wilks* and the Rights of Vested Incumbents in Civil Rights Consent Decrees. In. *Cornell Law Review*. n.77. New York: Cornell University Press, 1991.
- \_\_\_\_\_. Fairness in Aggregation In. OTEIZA, Eduardo (coord.) *Processos Colectivos. Class Actions*. Buenos Aires: AADP, IAPL e IIDP, 2012.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1981.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- KAHNEMAN, Daniel. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.
- KLONNOF, Robert H. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*. 3 ed. Saint Paul: Thomson West, 2007.
- LABOWITZ, Edward S. Class action in the federal system and in California: shattering the impossible dream. In. *Buffalo Law Review*. n. 601. Buffalo: University at Buffalo Law School. 1974.
- LAHAV, Alexandra D. Two Views of Class Action. In. *Fordham Law Review*. n.79. New York: Fordham University: 2011.
- LAUGHLIN, James P. Federal Appellate Review of the Grant or Denial of Class Action Status. In. *Boston College Industrial and Commercial Law Review*. n.18. Boston: Boston College, 1976.
- LEONEL, Ricardo Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. L'azione nella teoria del processo civile. In. *Problemi del Processo Civile*. Napoli: Morano, 1962.
- LINDSAY, Mathew J. In Search of 'Laissez-Faire Constitutionalism'. In. *Harvard Law Review Forum*. n.123. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo*. Trad. Jacy Monteiro. São Paulo: Editora Abril, 1983.
- MAFRA LEAL, Márcio Flávio. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos Políticos, Econômicos e Jurídicos. In. GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir*. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública*. 9. ed. São Paulo: Editora

- Revista dos Tribunais, 2004.
- MARCUS, Richard L. REDISH, Martin H. SHERMAN, Edward F. *Civil Procedure*. 4 ed. Saint Paul: Thomson West, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de Civil Law e de Common Law e a Necessidade de Respeito aos Precedentes no Brasil. In: *Revista de Processo*. n. 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil – Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil – Execução*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MARSHALL, Geoffrey. Due Process in England. In: PENNOCK, James Roland. CHAPMAN, John W. (Org.). *Due Process*. New York: New York University Press, 1977.

- MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In. GOMES JUNIOR, Luiz Flávio (coord.). *Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4717/65*. São Paulo: RCS, 2006.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a “Promising Institution”: Public Law Litigation in a Civil Law World. In. *Georgia State University Law Review*. n.23. Atlanta: Georgia State University, 2008.
- MCAULEY, Michael. On a Theme by René David: Comparative Law as a *Technique Indispensable*. In. *Journal of Legal Education*. n.52. Los Angeles: Southwestern University, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. OSNA, Gustavo. A Lei das Ações de Classe em Israel. In. *Revista de Processo*. n.214. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MILLER, Arthur, Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem. In. *Harvard Law Review*. Cambridge: Harvard University Press, 1979.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Colaboração no Processo Civil - Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. In. *Boletim de Direito Administrativo*. ano XVI. n.11. São Paulo: Editora NDJ, 2000.
- MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. In. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n.1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, 2005.



- MOREIRA, Vital. *Economia e Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.
- MULHERON, Rachel. *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- NAGAREDA, Richard. *Mass Torts in a world of settlement*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NORTH, Douglass. Economic Performance Through Time. In. *The American Economic Review*. n.84. Pittsburgh: American Economic Association, 1994.
- NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coord.) *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NYU. *The Law School – The Magazine of New York University*, spring. New York: NYU, 2005.
- OFFE, Claus. Critérios de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político Administrativo. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In. *Revista de Processo*. n.137. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi – A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In *Sua excelência o comissário e outros ensaios sobre sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Letra Legal, 2004.
- ORTEGATI, Cassio. Sociedade de massa. In. BOBBIO, Norberto, MATTEUCI, Nicola, PASQUINO, Gianfrancesco. *Dicionário de Política*. Trad. Carmem C. Varriale. 8. ed. rev. v.1. Brasília: UNB, 1995.
- ORTH, John V. *Due process of law – A brief history*. Lawrence: University Press of Kansas, 2003.

OSNA, Gustavo. Poderes, Possibilidades e Responsabilidades do Julgador – A Necessidade de Reconstrução Simétrica. In. *Páginas de Direito* (online). Disponível em <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/353-artigos-abr-2012/8429-poderes-possibilidades-e-responsabilidades-do-julgador--a-necessidade-de-reconstrucao-simetrica>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

\_\_\_\_\_. O enrijecimento das sanções penais frente à problemática da criminalidade. In. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PICHÉ, Catherine. The cultural analysis of class action law. In. *LSU Law Center – Journal of Civil Law Studies*. vol.2. Baton Rouge: Louisiana State University, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo II (arts.46-153)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 2 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977.

\_\_\_\_\_. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

RATLIFF, Jack. Offensive Collateral Estoppel and the Option Effect. In. *Texas Law Review*. n.67. Austin: Texas Law Review, 1988.

REDISH, Martin. *Wholesale Justice – Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Lawsuit*. Stanford: Stanford University Press, 2009.

RESENDE, Cristiane Leles. ZYLBERSTAJN, Décio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. In. *Revista Direito GV*. n.13. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2011

- RIBEIRO, Samantha de Souza Moura. *Direitos Coletivos e Liberdade Individual*. Curitiba: Juruá, 2010.
- RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004
- RICCI, Edoardo. A tutela antecipatória brasileira vista por um italiano. In. *Revista de Direito Processual Civil*. n.6. Curitiba: Gênese, 1997.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). O Novo Direito e Desenvolvimento: Entrevista com David Trubek. In. *Revista Direito GV*. v.3. n.2. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007.
- RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Barueri: Manole, 2005.
- ROSENBERG, David. SPIER, Kathryn E. *On Structural Bias In The Litigation Of Common Question Claims*. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1950196](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1950196)>. Acesso em 28 de janeiro de 2012.
- \_\_\_\_\_. HAY, Bruce. “Sweetheart” and “Blackmail” Settlements in Class Action: Reality and Remedy. In. *Notre Dame Law Review*. n.75. Notre Dame: University of Notre Dame, 2000.
- \_\_\_\_\_. Mandatory Litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases. In. *Harvard Law Review*. n.115. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_. Of End Games and Openings in Mass Tort Cases: Lessons from a Special Master. In. *Boston University Law Review*. n.69. Boston: Boston University Press, 1989.
- SADEK, Maria Tereza. (coord.) *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SELIGMAN, Felipe. 71% das ações judiciais propostas em 2009 não foram decididas, diz CNJ. Folha de São Paulo, São Paulo. 17 de setembro de 2010. Seção Poder. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/798566-71-das-acoes-judiciais-propostas-em-2009-nao-foramdecididas-diz-cnj.shtml>>. Acesso em 18 de julho de 2011.

- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- \_\_\_\_\_. A ideia de justiça. Trad. Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SHAPIRO, David L. *Civil Procedure: Preclusion in Civil Actions*. New York: Foundation Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. Class Actions: The Class as Party and Client. In. *Notre Dame Law Review*. n.73. Notre Dame: University of Notre Dame, 1998.
- SHAVELL, Steven, Economic Analysis of Litigation and the Legal Process. In. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series*. Paper 404. Cambridge: Harvard, 2003.
- \_\_\_\_\_. KAPLOW, Louis. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- SHERMAN, Edward F. Decline & Fall: As the golden age of consumer class actions ends, the question now is whether they have any future. In. *American Bar Association Journal*. Washington: American Bar Association, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Virgílio Afonso da. WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de idéias. In. *Revista Direito GV*. n.11. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2010.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil*. v.1. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Processo Civil – Processo Cautelar*. vol.3. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.
- \_\_\_\_\_. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

- \_\_\_\_\_. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SIMON, William. Class Actions - Useful Tool or. Engine of Destruction. In. *FRD 355*. Washington: Federal Rules Decision, 1973.
- SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- STONE, Geoffrey R. SEIDMAN, Louis M. SUNSTEIN, Cass R. TUSHNET, Mark V. *Constitutional Law*. 4 ed. New York: Aspen Law & Business, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.
- SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Radical in Robes – Why Extreme Right-Wing Courts Are Wrong for America?*. New York: Perseus Books Group, 2005.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mais de 309 mil processos julgados pelo STJ*. Disponível em <  
[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=estatísticas](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=104292&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=estatísticas) >. Acesso em 29 de março de 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Movimento Processual*. Disponível em <  
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> >. Acesso em 27 de março de 2012.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- TARUFFO, Michele. Some remarks on group litigation in comparative perspective. In. *Duke Journal of comparative & international Law*. n.11. Durham: Duke University, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Aspetti Fondamentali del Processo Civile di Civil Law e di*

- Common Law. In. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. n.36. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2001.
- THALER, Robert H. SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti. TRINDADE, Manoel Gonçalves . As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: sob a ótica da *law and economics*. In. *Revista de Processo*. n.178. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Economia e Processo Civil: algumas observações por ocasião da aprovação da Lei 11.232/2005. In. COSTA, Fábio Nogueira. PISSURNO, Marco Antônio Ribas. (org.) *Estudos sobre as últimas reformas do Código de Processo Civil*. Campo Grande: Instituto de Estudos Jurídicos, 2007.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Comunicado CG 73/2012*. Disponível em <[http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id\\_arquivo=36866](http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=36866)>. Acesso em 30 de março de 2012.
- TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.
- \_\_\_\_\_. SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economical Development – a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- TUCCI, Rogério Lauria. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- UNITED STATES COURTS. *The History of Brown v Board of Education*. <<http://www.uscourts.gov/EducationalResources/ConstitutionResources/LegalLandmarks/HistoryOfBrownVBoardOfEducation.aspx>> . Acesso em 07 de abril de 2012.
- VASAK, Karel. For the third generation of human rights: the rights of solidarity. Aula Inaugural, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July,

1979

- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milão: Giuffrè, 1979.
- VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. *Gobernanza y Gestión Pública*. Mexico D.F: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva*. Salvador: Jus Podivm, 2008..
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.
- WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- WASSERMAN, Rhonda. *Procedural Due Process – A Reference Guide to the American Constitution*. Westport: Praeger, 2004.
- WILLIAMSON, Oliver. The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead. In. *Journal of Economic Literature*. n.38. Pittsburgh: American Economic Association Publications, 2000.
- WINDSCHEID, Bernhard. MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la “actio”*. Buenos Aires: EJE, 1974.
- YEAZELL, Stephen C. *Contemporary Civil Litigation*. New York: Aspen Publishers, 2009.
- ZACLIS, Lionel. *Proteção Coletiva dos Investidores no Mercado de Capitais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- ZANETI JR. Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2001.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ZUCKERMAN, Adrian. A Reform of Civil Procedure - Rationing Procedure Rather than Access to Justice. In. *Journal of Law and Society*. n.22. Cardiff: Cardiff Law School, 1995.
- \_\_\_\_\_. The Challenge of Civil Justice Reform: Effective Court Management of Litigation. In. *City University of Hong Kong Law Review*. Kowloon: CityU, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.