



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

SULAIMA SIQUARA SOBRAL

**A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DO VETO AO ART.333.**

BRASÍLIA

2017

SULAIMA SIQUARA SOBRAL

**A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DO VETO AO ARTIGO 333.**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Luiz Emílio Pereira Garcia.

BRASÍLIA

2017

SULAIMA SIQUARA SOBRAL

**A TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE DO VETO AO ARTIGO 333.**

Monografia apresentada para obtenção do título
de Bacharel em Direito pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro de
Ensino Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Luiz Emílio Pereira Garcia.

BRASÍLIA, 06 de maio de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Luiz Emílio Pereira Garcia

(Orientador)

Prof. Edgar Francisco Dias Leite

(Examinador)

Prof. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

(Examinador)

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus soberano, dono da sabedoria e da vida. Aos meus familiares pelo apoio constante e por acreditarem no meu sucesso. A todos os professores do UniCEUB que colaboraram para a minha formação profissional, em especial a meu orientador Luiz Emílio Pereira Garcia pela paciência e dedicação na orientação deste estudo.

O espírito humano, que exerce inconscientemente o seu trabalho de modelagem sobre a linguagem, não encontra resistência violenta, e a arte não tem outro inimigo a vencer senão o próprio passado – o gosto predominante. Mas o direito considerado como causa final, colocado em meio da engrenagem caótica dos fins, das inspirações, dos interesses humanos, deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que se opuser barreiras.

(A Luta pelo Direito, Rudolf von Ihering)

RESUMO

Por muito tempo, as ações coletivas vêm sendo construídas e notadas como um verdadeiro instrumento de cidadania na defesa da coletividade, em que pese a existência de desafios práticos. Trata-se de um estudo acerca dos aspectos da tutela dos direitos coletivos no novo Código de Processo Civil, especialmente sob a perspectiva do veto presidencial ao art. 333, o qual pretendia introduzir o incidente de conversão da ação individual em coletiva. Com base nas tendências codificadoras do novo diploma processual o trabalho busca identificar as principais características dos institutos vigentes, seus procedimentos e objetivos, analisando a capacidade de fornecerem efetividade à tutela dos direitos transindividuais. Coletadas todas as informações importantes por meio de uma ampla pesquisa bibliográfica pretende-se visualizar o cenário em que se deu o veto ao art. 333, analisar ponto a ponto suas razões e os reflexos desse evento na efetivação da tutela dos direitos coletivos essencialmente considerados. Ao final, o presente trabalho analisa a sugestão normativa do incidente de coletivização da demanda e a sua representatividade no desenvolvimento de uma ideologia coletiva para o tradicional processo civil.

Palavras-chave: Processo coletivo; Novo Código de Processo Civil; Direitos transindividuais; Incidente de conversão da demanda individual em coletiva; Acesso à Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. AÇÕES COLETIVAS SOB O ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA	9
1.1 Breve relato sobre as discussões acerca do acesso à Justiça.....	9
1.2 Consolidação da garantia constitucional e manifestação das ações coletivas no direito brasileiro.....	12
1.3 Imprescindibilidade da tutela coletiva, seus benefícios e desafios práticos.....	16
1.4 Direitos transindividuais tuteláveis pelas ações coletivas.....	19
1.4.1 Direitos difusos.....	21
1.4.2 Direitos coletivos em sentido estrito.....	23
1.4.3 Direito individual homogêneo.....	24
1.4.4 Análise interativa dos direitos transindividuais.....	26
1.5 Legitimação <i>ad causam</i> (substituição processual).....	29
1.6 <i>Class actions for damages, a universalização de um modelo</i>	32
2. O PSEUDO IDEAL COLETIVO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	36
2.1 A evolução da concepção ideológica do processo civil.....	36
2.2 A busca por mecanismos de solução coletiva de litígios no novo Código de Processo Civil.....	38
2.2.1. <i>O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um marco da sistemática de valorização dos precedentes jurisprudenciais</i>	42
2.3 As implicações das soluções de demandas repetitivas e da valorização dos precedentes.....	45
2.4 O IRDR e a tutela coletiva, a tentativa de solucionar demandas de massa sob a ótica do processo individualista.....	48
2.5 Uma coletivização às avessas.....	53
3. VETO PRESIDENCIAL AO ARTIGO 333 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TENTATIVA DE COLETIVIZAÇÃO DA DEMANDA	56
3.1 A sugestão normativa do artigo 333.....	56
3.2 Interpretações sobre as razões do veto e a inexistência de inconstitucionalidade no artigo 333 do CPC projetado.....	61
3.3 A quem interessa a coletivização das decisões em detrimento da coletivização da demanda?.....	74
3.4 A perda da oportunidade para a solução única de demandas de massa, principalmente envolvendo o Poder Público.....	79
CONCLUSÃO	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

INTRODUÇÃO

Considerando a intensificação do fenômeno contemporâneo da massificação das relações sociais com a pulverização de informações, o redimensionamento das conexões interpessoais e o aparecimento de lesões e ilícitos de extensão coletiva, surge aí a necessidade de desenvolvimento e sucessivo aprimoramento da tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. O tema do presente trabalho gira em torno da análise da evolução do processo coletivo como meio de viabilizar o efetivo acesso coletivo à jurisdição para tutelar esses direitos inerentes às transformações da sociedade.

O advento do novo Código de Processo Civil em 2015 trouxe inúmeras inovações para dentro do processo, visando racionalidade, economia processual e, sobretudo, celeridade num cenário em que o Poder Judiciário brasileiro se apresenta abarrotado de demandas.

No que diz respeito à efetividade jurisdicional, buscou-se codificar no novo diploma processual o Incidente de Coletivização da Demanda (ICD) que vigoraria no art. 333 com a finalidade de adequar o processo às necessidades reais do seu tempo. No entanto, o referido artigo acabou sendo objeto de veto do Executivo durante a análise sancionatória da Presidência da República, veto este que será alvo de análise no presente trabalho monográfico.

Diante deste cenário surgem as seguintes perguntas: a previsão normativa do incidente de conversão da demanda individual em coletiva ensejaria no malferimento dos princípios constitucionais do acesso à justiça, da inafastabilidade da jurisdição e, conseqüentemente, do direito individual de ação? Teria o referido instituto capacidade de cumprir com seu propósito de prezar pela efetividade da tutela dos direitos coletivos em sua essência? Poderiam os direitos transindividuais serem adequadamente tutelados no âmbito de ações individuais pulverizadas com a utilização de mecanismos de solução coletiva de litígios criados sob a ótica do processo individualista?

Em linhas gerais, o que se pretende é averiguar a pertinência das razões do veto questionando se de fato há como sustentar inconstitucionalidade no art. 333. O que é importante compreender é que o veto à entrada do incidente de coletivização da demanda no novo diploma pode representar a perda de uma significativa oportunidade de revolucionar a maneira como são tratados os direitos transindividuais no ordenamento jurídico pátrio.

O propósito desse trabalho é analisar especificamente as razões do veto ao art. 333 e investigar sua conveniência e seus reflexos na busca pela efetiva tutela jurisdicional dos

direitos naturalmente coletivos, bem como na tentativa de construção de um ideal coletivo para o processo civil contemporâneo.

Nesse contexto, não se pode deixar de considerar a relevância do estudo do processo coletivo para a contemporaneidade, tendo em vista os direitos emergentes do irreversível fenômeno da massificação das relações sociais. A sobrecarga e a morosidade do Judiciário brasileiro hoje é um verdadeiro problema de cidadania que afeta diretamente o acesso da coletividade à jurisdição, a verdade é que o estudo destinado a definir a aplicação das regras processuais adequadas pode representar um enorme avanço na melhoria desses problemas.

Através de uma vasta pesquisa bibliográfica é que se construirá o raciocínio da tese a que se destina o presente trabalho. Num primeiro momento far-se-á a análise das peculiaridades das ações coletivas sob o enfoque do acesso à Justiça, seu desenvolvimento no direito pátrio, as definições dos direitos a que se destina tutelar e as características do seu procedimento.

Posteriormente, será construída a concepção ideológica do novo Código de Processo Civil e examinadas as suas tendências codificadoras destinadas à resolução de demandas repetitivas em comparação com as ações coletivas, culminando na análise das implicações da utilização dos mecanismos de solução coletiva de litígios.

Por fim, proceder-se-á uma ponderação em todos os pontos dos argumentos do veto ao art. 333, suas verdadeiras razões e seus reais reflexos sobre a efetividade da tutela dos direitos coletivos essencialmente considerados, tendo em vista as especificidades desses direitos decorrentes dos conflitos emergentes na sociedade contemporânea.

1. AÇÕES COLETIVAS SOB O ENFOQUE DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Breve relato sobre as discussões acerca do acesso à justiça.

As discussões sobre o acesso à justiça iniciam-se em meio à preocupação com a efetividade dos procedimentos de solução de litígios observadas as barreiras criadas por um sistema jurídico formal afastado da realidade social e da necessidade dos jurisdicionados.

Noutras palavras, a lógica processual formalista do *laissez faire*, símbolo dos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, refletia uma ideologia individualista dos direitos de maneira tal que se tornou ineficiente diante do desenvolvimento das sociedades, as quais em número e grau de complexidade ascenderam para a esfera coletiva.

O fenômeno da massificação das relações sociais alterou a concepção de Direitos Humanos e exigiu uma evolução prática do acesso à justiça numa completa mudança de paradigma do sistema judiciário que agora deveria analisar os direitos em sua perspectiva social e refletir a função social das técnicas processuais. Nesse diapasão, apenas na estruturação do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) que se reconheceu a relevância do direito ao acesso à justiça assumindo, o Estado, posição providencial na atuação como garantidor dos direitos sociais, principalmente através da criação de mecanismos para a reivindicação destes.¹

Com efeito, na tentativa dar uma definição para o acesso à justiça destaca Mauro Cappelletti e Bryant Garth que “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”.² Esse direito serve para determinar as finalidades básicas do sistema jurídico, quais sejam: um sistema igualmente acessível a todos e a produção de resultados individual e socialmente justos.³

Assim, conclui Cândido Rangel Dinamarco:

“Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios”.⁴

1CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 11.

² *ibidem*, p. 13.

³ *ibidem*, p.8.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo : Malheiros, 2003, p 372.

Ainda na fase instrumental do processo civil era possível identificar empecilhos ao exercício pleno dos direitos sociais que emergiam dos interesses provenientes da coletividade, os quais imploravam pela modernização dos mecanismos processuais de acesso à justiça para além da lógica individualista dos confrontos “Caio *versus* Tício”, assim expõe Pedro Lenza em sua obra:

“Pode-se dizer que os instrumentos processuais suficientes e adequados para a solução dos litígios individuais, marcantes na sociedade liberal, perdem a sua funcionalidade perante os novos e demasiadamente complicados conflitos coletivos.

Em uma sociedade de massa, industrialmente desenvolvida, é natural que, além dos conflitos individuais, existam e aflorem conflitos de massa, nunca antes imaginados, uma vez que a ‘descomplexidade’ social não produzia ambiente propício para a sua eclosão, nem tampouco dos conflitos difusos, transindividuais”.⁵

Em suma, o elemento desestabilizador da tutela jurisdicional efetiva consistia no abismo existente entre a ciência processual formal e as necessidades exaladas pelos titulares do direito material, o que dificultava a obtenção de resultados socialmente justos e a garantia de equidade para todos os litigantes que propunham ou defendiam demandas.

Como soluções práticas para os problemas do acesso à justiça foram propostas três ondas renovatórias, dentre as quais estava a necessidade da representação dos recém-percebidos interesses difusos por meio da coletivização do processo, tendo em vista as barreiras encontradas para a organização dos detentores desse direito.⁶

Observados os obstáculos para o “acesso à ordem jurídica justa”, expressão utilizada por Kazuo Watanabe, compreendeu-se a necessidade de adotar medidas que superassem a concepção processual individualista do liberalismo clássico e atendessem as peculiaridades da coletivização das relações sociais, identificando maneiras de amparar esses novos direitos, equilibrando as forças entre as partes envolvidas no processo e adotando medidas para a diminuição das barreiras existentes.

Num cenário onde as diferenças de poder entre os litigantes no acesso prático ao sistema e a disponibilidade de recursos para enfrentar os litígios sequer eram relevados, percebeu-se que “o acesso à ordem jurídica justa” pressupõe uma compreensão da realidade e exige dos juízes uma postura mais proativa a fim de atender o real interesse das partes. “É muito

5 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.28.

6 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p. 31-73.

mais acesso à ordem jurídica justa do que acesso à Justiça como um órgão Judiciário, como órgão do Estado”⁷.

Ocorre que, ainda hoje, os estudos jurídicos se mantêm indiferentes às realidades sociais, como bem ressalta Ada Pellegrini Grinover a respeito:

“A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos consumidores desse serviço, ou seja, à população destinatária”.⁸

Sobre o assunto, faz-se *mister* acrescentar a reflexão de Luiz Guilherme Marinoni:

“O direito à igualdade, atualmente, quer significar direito à igualdade de oportunidades. No nosso caso, a igualdade de oportunidades de acesso à justiça. Entretanto, como não há igualdade de oportunidades de acesso à justiça no Brasil, é necessário pensar não só nos problemas que afastam a igualdade de oportunidades, como também em técnicas que permitem a efetividade do acesso aos órgãos de composição de conflitos e, ainda, a mitigação de desigualdade substancial no processo”.⁹

Neste cenário, não se pode deixar de mencionar a atuação da Revolução Industrial como fator determinante no despertar da mobilização social, por meio de sindicatos e associações, na luta pela normatização de direitos sociais, principalmente na área trabalhista.

No que diz respeito a esse aspecto histórico, Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que os interesses coletivos preexistem a qualquer tentativa de sistematização jurídica. Antes, o direito cuidava exclusivamente das relações individuais, isto é, do homem quanto indivíduo isolado. Com a massificação das relações sociais, notadamente após a Revolução Industrial, aflorou-se a necessidade de o Direito tutelar os conflitos modernos que extrapolam o indivíduo, atingindo toda uma coletividade.¹⁰

⁷ WATANABE, Kazuo. *A Sociedade não pode ser tão dependente do Estado para resolver conflitos*, 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>>. Acesso em: 04 jun 2016.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini ;e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 43.

⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000, p 23.

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 88 - 92.

Foram, portanto, as violações em massa dos interesses coletivos que destacaram a necessidade de uma mudança processual paradigmática na propositura de soluções jurídicas criativas que garantissem a real proteção dessa espécie de direitos, frutos do caráter gregário das sociedades.

1.2 Consolidação da garantia constitucional e manifestação das ações coletivas no direito brasileiro.

Sabe-se que esta não é a oportunidade para detalhar um exame histórico da matéria, mas não se pode deixar de destacar os momentos em que surgiram alguns dos diplomas essenciais para a consolidação da tutela coletiva.

No Brasil, esses questionamentos e inovações acerca do “acesso à ordem jurídica justa” e a tutela dos direitos coletivos emergentes tiveram altos e baixos no decorrer da sua produção legislativa.

Os primeiros passos sobre o tema surgiram com o advento da Lei de Ação Popular nº 4.717 de 1965 criada pela Constituição Federal de 1934 junto a assistência judiciária para os necessitados e a possibilidade de isenção de custas processuais.¹¹

A Lei de Ação Popular trazia a legitimidade para que todo e qualquer cidadão pleiteasse a invalidação de atos ou contratos administrativos ilegais e lesivos ao patrimônio público, nesse sentido, ao passo que se expandia o polo ativo da demanda a todos os integrantes da sociedade no pleno exercício dos seus direitos sociais, restringia-se o tema do objeto jurídico a ser discutido na ação.¹²

Foi no período posterior à criação da Ação Popular que os doutrinadores brasileiros, influenciados pelas discussões europeias, auxiliaram na criação de ideias para a implementação da tutela jurisdicional coletiva no país que refletisse a essência do “acesso à ordem jurídica justa”.

Em 1977 José Carlos Barbosa Moreira escreveu o primeiro artigo sobre o assunto, em seguida Waldemar Mariz Oliveira Júnior e Ada Pellegrini Grinover seguiram o mesmo caminho, com o tempo foram surgindo mais atores igualmente responsáveis pelo

11 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. Editor, 2003, pág. 136.

12 BRASIL, Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

desenvolvimento do processo coletivo brasileiro, tais como: Antônio Gidi, Pedro Lenza, Nelson Nery Júnior, Fredie Didier Júnior e tantos outros.

A essa altura, “havia no Brasil um ambiente propício para a tutela dos novos direitos, vivíamos a redemocratização e a valorização da atividade do Ministério Público nos pleitos cíveis”.¹³

Percorrendo os fatos, surge no Brasil a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938 de 1981 que conferia ao Ministério Público legitimidade para a proteção desses interesses essencialmente difusos, determinando que “o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.¹⁴

Essa previsão normativa era importante não só pela dificuldade de organização dos indeterminados titulares do direito ao meio ambiente sustentável, como também por uma necessidade de equilibrar as forças entre as partes envolvidas no processo, já que muitas vezes quem figura no polo passivo dessas demandas são grandes empresas e grupos econômicos. Certamente destinar a função de proteger esses direitos coletivos a uma instituição criada com essa finalidade traria uma maior segurança jurídica para os jurisdicionados.

No entanto, resta claro e incontestável que o verdadeiro avanço para a tutela jurisdicional coletiva brasileira sob o enfoque do acesso à justiça se deu com o advento da Lei da Ação Civil Pública nº 7.347 de 1985 a qual ampliou consideravelmente a legitimidade para a proteção dos direitos transindividuais.¹⁵

Ocorre que a mesma lei que produziu gigantesco salto na tutela jurisdicional dos direitos coletivos também trouxe consigo vedações sobre o objeto jurídico da ação, como o exemplo da impossibilidade de se discutir questões de ordem tributária no âmbito de Ação Civil Pública, o que para alguns juristas já significava uma espécie de limitação imposta pelo Estado no que tange ao exercício pleno do acesso à justiça. Assim, conclui Hugo Nigro Mazzilli:

“Por meio de medida provisória, pretendeu o Governo Federal restringir o objeto das ações civis públicas. Segundo o parágrafo único do art. 1º da LACP, ‘Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam

13 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.29.

14 BRASIL, Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 4 jun.2016.

15 BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 4 jun. 2016.

tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados' (MP n.1.984/20 e s., MP n. 2.102/26-00, MP n. 2.180 etc).

Ora, é garantia constitucional o acesso à jurisdição, tanto o acesso individual como o acesso coletivo. O art. 5º da Constituição tutela tanto os direitos e deveres individuais como os coletivos; por outro lado, tanto as lesões efetivas como até mesmo as ameaças de lesão estão incluídas na tutela constitucional (CF, arts. 5º, XXI, XXXV; 8º, III, 129, III, 232 etc.). Assim, é inconstitucional a limitação trazida pelo parágrafo único do art. 1º da LACP, pois não pode o legislador ordinário proibir o acesso coletivo à jurisdição, nas hipóteses onde tal acesso não convenha ao administrador (não raro o maior violador dos direitos transindividuais)".¹⁶

Apenas com a Constituição Federal de 1988 que o acesso à justiça foi elevado à condição de princípio constitucional, sedimentando a importância desse conceito para o alcance das finalidades básicas do sistema jurídico, arquitetando um meio favorável ao desenvolvimento da tutela desses direitos coletivos, inclusive atraindo a previsão de novas ações de repercussão coletiva para além da Ação Civil Pública, como o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, etc.

Sobre a Constituição cidadã de 1988 no período pós-ditadura, expõe Ada Pellegrine Grinover a respeito:

“O direito de ação, tradicionalmente conhecido no Brasil como direito de acesso à justiça para a defesa de direitos individuais violados, foi ampliado, pela Constituição de 1988, à via preventiva, englobar a ameaça, tendo o novo texto suprimido a referência a direitos individuais. É a seguinte redação do inc. XXV do art. 5º: ‘A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.”¹⁷

Em sequência, veio o Código de Defesa do Consumidor através da Lei 8.078 de 1990 solidificando os conceitos dos direitos coletivos em sentido amplo, os quais desabrocharam da massificação das relações consumeristas. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor veio esclarecendo alguns pontos necessários da Lei de Ação Civil Pública, exercendo papel de suma importância na complementação normativa para o processo coletivo.

Desde então, reconhecida a relevância do papel das ações coletivas no direito contemporâneo, diversos juristas trabalharam em projetos de lei para a criação de um Código

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, 2005 Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>> Acesso em: 4 jun. 2016.

17 CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 81.

Brasileiro de Processos Coletivos (CBPC) que trouxesse maior estabilidade para esse processo com regras que abarcassem suas peculiaridades, isso porque a utilização residual do Código de Processo Civil de 1973, eminentemente individualista, reduzia o potencial das demandas coletivas ao discipliná-las com institutos desenvolvidos para processos que tutelavam direitos unicamente individuais.¹⁸

Atualmente destaca-se a chegada do Novo Código de Processo Civil com a Lei nº 13.105 de 2015 na aparente tentativa de suplantar a visão individualista dos direitos contemplada no antigo código. A bem da verdade, o Novo Código de Processo Civil mostrou superficial preocupação com a lide coletiva quando citou em seu diploma normativo o microsistema da Lei de Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e o mais novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No entanto, há controvérsias a respeito da roupagem coletiva dada à nova lei, sobre o assunto explica Mazzilli:

“Daí se tenta vender a ideia de que o CPC anterior, de 1973, seria individualista, e o CPC de 2015 seria voltado para o coletivo. Ora, a primeira afirmação é verdade: o código de 1973 é individualista, e não poderia ser diferente, pois é um código da época: ao seu tempo, a tutela coletiva ainda nem tinha nascido entre nós. Mas a segunda afirmação é incorreta: não é verdade que o novo CPC seja voltado para o coletivo. Quem não é um código da época é o atual CPC de 2015, que, posto contemplando alguns incidentes de caráter coletivo, omitiu a disciplina da tutela coletiva”.¹⁹

Na ocasião, tendo em vista a morosidade do Poder Legislativo em analisar e aprovar a proposta do Código Brasileiro de Processo Coletivo, depositava-se nesse Novo Código de Processo Civil a esperança de uma regulamentação mais robusta da tutela coletiva, inclusive com a correção de imperfeições existentes. Existiam inúmeros motivos para acreditar que essa nova lei de 2015 trataria mais detalhadamente desse processo inclusive pelo fato de que as discussões acerca da tutela coletiva iniciaram antes mesmo da vigência do antigo Código de Processo Civil. A tendência codificadora do atual diploma normativo será analisada mais a fundo no próximo capítulo.

Neste momento, vale destacar que de nada adianta a positivação de direitos sem substanciar os meios para que os titulares possam efetivamente alcançar sua proteção, sob pena

18 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 49-53.

19 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Novo CPC viola a Constituição ao dar poderes legislativos aos tribunais*, 2015. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-violou-constituicao#author> > Acesso em: 5 jun. 2016.

de desaguar em uma igualdade meramente formal sem a garantia de um acesso jurisdicional efetivo. Preconiza Celso Antônio Bandeira de Melo a respeito:

“A Lei não deve ser fonte de privilégios e perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”.²⁰

Dentre tantos avanços e retrocessos no âmbito do processo coletivo brasileiro, extrai-se a necessidade de aprofundar ainda mais os conhecimentos sobre o “acesso à ordem jurídica justa” a fim de criar mecanismos que aproximem a realidade social e a efetiva tutela jurisdicional dos direitos transindividuais com o intuito de atingir a autêntica finalidade das ações coletivas em observância aos princípios basilares do Direito.

1.3 Imprescindibilidade da tutela coletiva, seus benefícios e desafios práticos.

Foi com a intenção de superar a evidenciação do indivíduo, atentando para a irreprimível tendência humana à agregação, e de trazer uma maior efetividade para o sistema jurídico brasileiro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe a expressão normativa das ações coletivas como instrumento de proteção e defesa de direitos transindividuais.

É notório que a Carta Magna de 1988 desejou o processo coletivo quando entregou legitimidade para os sindicatos e associações na representação dos seus filiados, quando elevou o acesso à justiça a nível de princípio constitucional e direito fundamental, quando possibilitou a impetração de Mandado de Segurança Coletivo, quando estendeu o objeto da Ação Popular para a proteção de mais interesses coletivos, entre outros.

A previsão dessa nova fórmula de acesso à justiça rompeu com os paradigmas retrógrados do sistema, descortinando um processo que busca uma maior aproximação do ideal de justiça com decisões uniformizadas e a garantia do devido processo legal dentro das suas peculiaridades.

É incontestável que, na atual conjuntura, o Direito não pode mais ser pensado em sua concepção individual, mas necessita da manutenção de um instrumento efetivo, consubstanciado nas ações coletivas, por meio do qual se torna possível a realização dos valores

20 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

sociais. Igualmente pondera Hugo Nigro Mazzilli sobre as vantagens da defesa coletiva, mais especificamente da Ação Civil Pública:

“É o processo coletivo, por meio do qual o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Procons, a União, os Estados, os Municípios, as associações civis e outros legitimados podem pedir em juízo um benefício para todo o grupo lesado, sem necessidade de cada pessoa ter de comparecer individualmente ao processo. É o que ocorre na defesa do meio ambiente, do consumidor, de idosos, de crianças e adolescentes, de pessoas com deficiência ou discriminadas, etc.

Ora, o processo coletivo surgiu no Direito brasileiro justamente para viabilizar uma prestação jurisdicional eficaz. De fato, não é suficiente que a Constituição apenas diga, como palavras ao vento, que está assegurado o acesso à Justiça. Para que a garantia seja real, o acesso deve ser eficaz. Pois é para isso, só para isso que existe o processo coletivo, que tem a função de centralizar numa única ação a defesa de todo o grupo, ou seja, um caminho de alta conveniência social, porque diminui enormemente o custo do acesso à jurisdição, com grande economia para todos”.²¹

As ações coletivas figuram, portanto, como um verdadeiro instrumento da cidadania, o único meio eficaz de acesso à justiça no que diz respeito aos conflitos de massa e à defesa dos direitos metaindividuais.

São inúmeros os benefícios da tutela coletiva para um sistema jurídico preocupado tanto com a celeridade como, e principalmente, com a efetividade da jurisdição sem a vedação do ingresso individual para pleitear direitos que dizem respeito à esfera do “cidadão” isoladamente considerado.

A um, busca-se evitar a tomada de decisões contraditórias, pois, em razão do livre poder de convencimento de cada magistrado, é possível, que quando da propositura de diversas ações individuais isoladas em busca de um mesmo direito, os magistrados profiram sentenças divergentes em seus fundamentos, o que não aproxima os litigantes que tiveram o seu direito negado do ideal de Justiça.

A dois, em observância ao princípio da economia processual pretende-se com a litigância coletiva garantir o devido processo legal e a razoável duração do processo por meio da realização de uma única instrução probatória, mais robusta, abarcados todos os danos sofridos pela coletividade em uma única fase de conhecimento, esta dirigida por um substituto processual legalmente legitimado para tutelar o direito em nome do grupo, categoria ou classe,

21MAZZILLI, Hugo Nigro. *As vantagens da defesa coletiva*, 2012. Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/vantagensdef.pdf>> Acesso em: 5 jun. 2016.

sem esquecer de mencionar a economia com os gastos jurisdicionais e o descarregamento do Poder Judiciário.

Elucida Fredie Didier Júnior que os pontos justificantes das ações coletivas se reúnem em suas motivações sociológicas e políticas, a primeira ligada ao princípio do acesso à justiça e a segunda ao princípio da economia processual.²²

As motivações políticas traduzem uma Justiça mais efetiva e também mais célere com a redução dos custos da prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos (esquivando-se de decisões contraditórias); a harmonização social; o aumento da credibilidade do Poder Judiciário enquanto instituição republicana; proporcionando maior previsibilidade e maior segurança jurídica.²³

No tocante as motivações sociológicas, essas mais abrangentes, verificam-se 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”²⁴. Busca-se o olhar dos jurisdicionados e não dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista que as demandas individuais não suprem mais a nova e complexa realidade social.

Ainda sobre as vantagens da tutela coletiva, preconiza Pedro da Silva Dinamarco:

“Curiosamente, ao mesmo tempo em que se amplia o número de jurisdicionados, o tratamento coletivo dos litígios individuais tem também o grande mérito de contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário, trazendo um benefício indireto a toda a sociedade, na medida em que um único processo resolve problemas tradicionalmente diluídos em milhares deles. Consequentemente, contribui para a diminuição da morosidade geral da prestação jurisdicional. Como todo instrumento, o processo será tanto mais eficaz quanto mais rapidamente alcançar seu objetivo, mediante a menor utilização de esforços e de dinheiro”.²⁵

Resta saber que, assim como nas lides individuais, essas ações não estão isentas da presença de litigantes de má-fé e de julgadores despreparados, isso porque, em razão das peculiaridades que envolvem essas ações, desde o processo de conhecimento, com o objeto a que se destina proteger, até a execução da sentença, são poucos os operadores do Direito que

22 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 34.

23 *ibidem*, p. 34-35.

24 *ibidem*, p. 35-36.

25 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 44.

se permitem estudar suas especificidades, o que, na maioria das vezes, desagua na produção de argumentos e teses incoerentes.

Sem dúvida, as dificuldades iniciam-se na inexperiência da maioria dos profissionais da área muito em função do pequeno contato a que foram expostos em sua formação, isso explica aqueles que não conseguem raciocinar a essência e os benefícios de um processo coletivo, afinal, um ambiente desconhecido é sempre desconfortante para os que não estão dispostos a acompanhar a constante mutação social.

1.4 Direitos transindividuais tuteláveis pelas ações coletivas

Para dar seguimento ao estudo acerca das ações coletivas e demais peculiaridades relativas a estas, faz-se *mister* sedimentar alguns conceitos, estes ainda pouco compreendidos pelos operadores do Direito.

Os conhecimentos sobre os direitos coletivos em sentido amplo são de suma importância para a identificação dos interesses que envolvem os litígios de massa. A essa altura é preciso saber separar os conflitos, se individuais ou coletivos, para que seja possível escolher a melhor maneira de protegê-los.

Preliminarmente, cumpre esclarecer o significado da transindividualidade enquanto característica essencial desses direitos para que seja possível compreender sua natureza e construir uma linha de pensamento coerente no que diz respeito à tutela coletiva.

A transindividualidade, também chamada de metaindividualidade ou supraindividualidade, desvenda um direito subjetivo que transcende a esfera estritamente individual, cuja titularidade está depositada em uma coletividade, sendo ela um grupo, categoria ou classe. Isso significa que os efeitos oriundos desses direitos não devem ser fracionados a ponto de serem manobrados individualmente sob pena de seu manejo alcançar o contexto jurídico do outro também titular do mesmo direito.

Esse padrão supraindividual dos direitos coletivos é o que os torna complexos demais para serem tutelados por um indivíduo isolado do grupo, razão pela qual necessitam de um processo mais robusto que forneça segurança jurídica para a sociedade, considerando que sua disposição ultrapassará a órbita do indivíduo e atingirá os demais titulares indeterminados ou determináveis.

Em suma, a transindividualidade é aquilo que está acima da esfera de um único sujeito, são direitos que além de indivisíveis “não possuem *titulares individuais determinados*, antes pertencem a uma comunidade ou coletividade”.²⁶ Superada essa conceituação, não menos importante, passa-se para as concepções legais.

O ordenamento jurídico pátrio optou por consolidar as espécies de direitos transindividuais tuteláveis com o intuito de dirimir ao máximo possíveis confusões interpretativas a respeito do tema. Foi nesse sentido que atuou o Código de Defesa do Consumidor, parte integrante do microsistema do processo coletivo brasileiro, ao apontar os vetores próprios para a identificação de cada direito meta individual.²⁷

Parafraseando Antônio Herman V. Benjamin, neste momento, em atenção à ausência de “acordo doutrinário sobre a definição dos chamados direitos difusos, coletivo e individuais homogêneos, o legislador do CDC optou por, ele próprio, fixar um conceito, de modo a permitir um razoável grau de previsibilidade quanto a sua utilização”.²⁸

Essa definição legal é encontrada no art. 81 da Lei nº 8.078 de 1991, o qual dispõe:

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

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

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

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

III - interesses ou **direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.²⁹ [Grifou-se]

Sobre a utilização das nomenclaturas “interesses” e “direitos” vale acrescentar os esclarecimentos de Kazuo Watanabe no que tange à suplantação da problemática:

26 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 81.

27 WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623.

28 BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 974.

29 BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 743.

“Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que se passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direito’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.³⁰

Em vista disso, é sabido que essa conceituação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo objetivo é ampliar o alcance dos direitos coletivos e suprir possíveis lacunas interpretativas, é utilizada para muito além das relações consumeristas, inclusive em complementação à Lei da Ação Civil Pública.

A verdade é que, como se identificará melhor adiante, numa mesma ocasião ou num mesmo evento danoso podem surgir violações no âmbito das três modalidades, grande parte em função da contínua complexização das relações jurídicas.³¹ Na prática, o que se observa é uma completa desordem na aplicação desses conceitos ao caso concreto, em razão disso é preciso delimitar com o máximo de rigor e clareza o alcance desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

1.4.1 Direitos difusos

Os elementos caracterizadores dos direitos difusos estão consubstanciados na indeterminação dos sujeitos que os titularizam e na indivisibilidade do seu objeto jurídico.

A primeira característica menciona a impossibilidade de delimitar ou quantificar o grupo de sujeitos portadores desses direitos em razão da alta capacidade de dispersão presente neles, é dizer, a lesão oriunda de um direito difuso pode atingir tanto uma comunidade, como uma etnia, ou mesmo toda a humanidade.³²

Além disso, o modo de agregação desses sujeitos indeterminados se dá por meio de uma situação de fato sem que haja um vínculo jurídico antecedente, nesse sentido acrescenta Rodolfo de Camargo Mancuso:

“Essa ‘indeterminação de sujeitos’ deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa

30 WATANABE, Kazuo apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm. 2007, p. 91.

31 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 82.

32 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93-94.

certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza”.³³

Portanto, a indeterminação dos sujeitos se relaciona com a impossibilidade de identificar, com um mínimo de precisão, quais os titulares daquela pretensão, isso porque os efeitos decorrentes desses direitos se pulverizam por todo o coletivo, atingindo um número inexprimível de indivíduos.

Sobre a segunda característica, tem-se que a indivisibilidade do objeto reflete a incapacidade de fruição fracionada dos interesses difusos, ou seja, o bem da vida que se pretende proteger não é meramente a soma de pretensões individuais, pois torna-se impossível a concessão da tutela a um indivíduo sem que os demais sujeitos indeterminados não se beneficiem ou se prejudiquem.³⁴ Com efeito, elucida Dinamarco:

“Nos interesses difusos, o objeto (ou bem jurídico) é indivisível, na medida que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos ou não atinge ninguém. Ela não é, portanto, mera soma de uma pluralidade de pretensões individuais”.³⁵

Certamente o que define a titularidade difusa e a indivisibilidade do objeto jurídico protegido é o grau de dispersão do direito difuso em si, como bem expõe Vigliar:

“A dispersão dos interessados é uma consequência da dispersão do interesse. Nem poderia ser diferente: a natureza do interesse é que deve ditar a forma, o tipo da relação dos interessados com esse mesmo interesse. O que determina a dispersão dos interessados é justamente a indivisibilidade, característica essencial dos interesses difusos. A indivisibilidade determina que a fruição e a defesa do interesse se dê apenas e tão somente de forma coletiva, que leva, obrigatoriamente, ao ensinamento apresentado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, destacado anteriormente (o prejuízo de um interessado, significará o prejuízo de todos; a defesa de um interessado, redundará na defesa de todos)”.³⁶

Da mesma forma, explica Pedro Lenza:

“Nestes termos, no tocante aos interesses difusos, a indivisibilidade é ampla e absoluta, na medida em que, como não se consegue determinar os seus sujeitos, não se pode falar em partição de algo que pertence a todos indistintamente, ou, em outras palavras, não se pode dividir algo que pertence a pessoas indefinidas”.³⁷

33 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 95.

34 *ibidem*, p. 98-100.

35 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 53.

36 VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações Coletivas*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 31.

37 LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

A grosso modo, o objeto indivisível é aquele que não pertence a nenhum indivíduo em particular mas a todos em conjunto e simultaneamente. Assim, os direitos difusos se caracterizam por possuírem titulares indeterminados unidos por uma situação fática, cujo bem jurídico protegido é indivisível, pertencendo a todos indistintamente.

Alguns exemplos são capazes de esclarecer essa definição, por meio dos quais também é possível identificar a insuficiência da técnica processual individualista para garantir a efetiva tutela desses direitos. Figuram como difusos os direitos: ao meio ambiente equilibrado e sadio para as presentes e futuras gerações³⁸; de todos não serem expostos a propagandas enganosas e abusivas³⁹; a não sermos lesados pela distribuição e venda nociva de medicamentos adulterados⁴⁰; a defesa do erário⁴¹; etc.

1.4.2 Direitos coletivos em sentido estrito

Os direitos coletivos em sentido estrito também possuem como característica predominante a indivisibilidade do objeto jurídico almejado, o qual é usufruído concomitantemente por todos os indivíduos integrantes do grupo. No entanto, esses direitos possuem uma abrangência reduzida, se diferenciando dos difusos basicamente por sua potencial determinação dos sujeitos.

Aqui os titulares, além de determináveis, estão ligados por uma relação jurídica antecedente, seja através da relação jurídica base que os uni entre si, como os membros de uma associação de classe, seja por meio do vínculo jurídico que os liga à parte contrária, como no caso dos contribuintes de um mesmo tributo.⁴²

Importante ressaltar que esse elo jurídico agregador dos sujeitos é formado anteriormente à ocorrência do dano justificador do direito. Em contradição aos direitos difusos,

38 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-los para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71).

39 “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. (BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 739).

40 “CAPÍTULO IV – DA QUALIDADE DE PRODUTOS E SERVIÇOS, DA PREVENÇÃO E DA REPARAÇÃO DOS DANOS. Seção I – Da Proteção à Saúde e Segurança”. (BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 736).

41 “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ - Súmula 329. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2712&seo=1>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

42 WATANABE, Kazue apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm. 2007, p. 75.

nos quais a agregação dos titulares decorre do próprio dano (circunstância de fato), nesses direitos há uma vinculação jurídica preexistente.

Sobre essa concepção estrita do direito coletivo, aduz Pedro Lenza:

“Já em relação aos interesses coletivos, a indivisibilidade dos bens é percebida no âmbito interno, dentre os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Assim, o bem ou interesse coletivo não pode ser partilhado internamente entre as pessoas ligadas por uma relação jurídica-base ou por um vínculo jurídico; todavia, externamente, o grupo, categoria ou classe de pessoas, ou seja, o ente coletivo, poderá partir o bem, exteriorizando o interesse da coletividade”.⁴³

Enfim, nos direitos coletivos *stricto sensu* o objeto é indivisível, os sujeitos são determináveis e agrupados por um elo jurídico formado entre os titulares do grupo ou entre estes e o terceiro causador do dano. Como exemplo, extrai-se a pretensão dos trabalhadores de uma mesma empresa para a anulação de uma cláusula abusiva presente no contrato de trabalho e dos mutuários do Sistema Habitacional Financeiro em favor de normas administrativas regentes da relação jurídica.

1.4.3 Direito individual homogêneo

Essa é, sem dúvida, a categoria que mais se distancia do conceito de transindividualidade, isso porque essa modalidade partiu de uma criação jurídica com o intuito de adequar a proteção desses direitos às benesses da tutela coletiva. Melhor dizendo, a despeito de poderem ser pleiteados em via estritamente individual, procurou-se elevá-los à categoria de direitos coletivos (*lato sensu*) a fim de garantir uma prestação jurisdicional célere, menos custosa e com decisões uniformes.

Diferentemente dos direitos anteriormente vistos, os individuais homogêneos, provenientes de uma origem comum (de fato ou de direito), possuem sujeitos claramente determináveis e objeto plenamente divisível. Tratam-se de direitos individuais tomados circunstancialmente por uma roupagem coletiva, considerando que o resultado da violação sofrida pelos titulares determinados é diverso para cada um.⁴⁴

A origem comum (de fato ou de direito) é o que estabelece o liame unificador dos sujeitos, no entanto o dano sofrido por cada um dos titulares é perfeitamente identificável e passível de ser indenizado por medida protetiva individual.

43 LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

44 DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 60.

Sobre os direitos individuais homogêneos, comenta Pedro Lenza:

“Já em relação aos *interesses individuais homogêneos*, muito embora possam ser caracterizadas as vítimas e individualizados os danos individualmente sofridos (cindibilidade do objeto), em se tratando de defesa coletiva, incompatível a transação, na medida em que os legitimados ativos do art. 82 do CDC não podem, em nome próprio, dispor de interesses alheios, no caso, ‘acidentalmente’ coletivos, decorrentes de origem comum (de fato ou de direito) e dotados do requisito da homogeneidade, no sentido de haver prevalência das questões comuns sobre as individuais”.⁴⁵

No presente caso, os direitos não são substancialmente coletivos, é a homogeneidade dos direitos individualmente considerados que os conferem a feição coletiva necessária para a efetivação de sua tutela, o que se observa é a preocupação do legislador com os resultados práticos da prestação jurisdicional desses direitos, tendo em vista os embaraços provenientes da sua defesa fragmentada.

A “ficção jurídica” dos direitos individuais homogêneos no Brasil derivou das *class actions for damages* ou ações coletivas norte-americanas, com o objetivo de realizar Justiça com efetividade frente a massificação das relações jurídicas e padronização das lesões sofridas, restando “evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico”⁴⁶.

A respeito do tema, elucidada Antônio Gidi:

“(…) tal categoria de direitos representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada”.⁴⁷

Ainda sobre a tutela coletiva nos direitos individuais homogêneos discorre Luiz Paulo Araújo da Silva:

“(…) 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 do 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

45 LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 88-89.

46 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.77.

47 GIDI, Antônio apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 76.

singularizadas especificamente verificadas em relação a cada um dos respectivos titulares do direito”.⁴⁸

Desse modo, a ação coletiva que discute esses direitos tem a finalidade de chegar a uma sentença condenatória genérica que beneficie todos os indivíduos lesados dentro de uma mesma origem comum, de modo que posteriormente cada titular busque individualmente a reparação dos seus danos na medida da lesão sofrida, devidamente particularizada e quantificável.

Para melhor compreensão, são exemplos de direitos individuais homogêneos com titulares determináveis e objeto jurídico divisível: as pretensões indenizatórias dos familiares das vítimas de um acidente aéreo ou mesmo de um naufrágio. Observa-se, portanto, que nesses direitos os pedidos versarão quase sempre acerca de obrigações pecuniárias ou indenizatórias, as quais são passíveis de medição em relação ao dano sofrido por cada sujeito envolvido, restando para a ação coletiva na maioria das vezes discussão do dever genérico de indenizar.

1.4.4 Análise interativa dos direitos transindividuais

Em apertada síntese tem-se que: os direitos difusos possuem sujeitos indetermináveis ligados por uma situação de fato e objeto jurídico indivisível; os direitos coletivos *stricto sensu* possuem sujeitos determináveis ligados por uma relação jurídica base e objeto jurídico indivisível; os direitos individuais homogêneos possuem sujeitos determináveis ligados por uma causa de origem comum e objeto jurídico divisível. Assim expõe Hugo Nigro Mazzilli:

“a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquiriram produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica (como os consorciados que sofrem o mesmo aumento ilegal das prestações), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os que assistem pela televisão à mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos”.⁴⁹

No entanto, como dito anteriormente, é possível que as três categorias coexistam dentro de uma mesma lesão jurídica, fato que ocasionalmente embaraça a identificação prática desses direitos, conforme exemplifica Nelson Nery Júnior:

48 ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p. 77.

49 MAZZILLI, Hugro Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 41.

“(…) da ocorrência de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o ‘Bateau Mouche IV’, que teve lugar no Rio de Janeiro há alguns anos, poderia ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associações das empresas de turismo que teriam interesse na manutenção da boa imagem deste setor na economia, a fim de compelir a empresa proprietária de embarcação a dotá-la de mais segurança (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que se interditasse a embarcação a fim de se evitem novos acidentes (direito difuso)”.⁵⁰

Ainda exemplificando situações concomitantes, verifica-se a circunstância do aumento ilegal da mensalidade nas universidades, questão amplamente discutida na jurisprudência nacional. Nesse caso, a ação coletiva ajuizada para discutir o aumento ilegal de mensalidades em instituições de ensino poderia requerer: a anulação do referido aumento para os alunos atualmente vinculados à universidade (direito coletivo em sentido estrito); a indenização em benefício dos alunos que pagaram o valor abusivo a mais por meio da repetição de indébito proporcional (direito individual homogêneo); a proibição de aumentos futuros da mesma natureza em benefício dos hipotéticos futuros alunos (direito difuso). Vê-se, portanto, que o que identifica a natureza do direito pleiteado em juízo não é apenas a circunstância fática que o envolve, mas o pedido vinculado pelo titular.

Para sedimentar ainda mais o conhecimento sobre os direitos metaindividuais, faz-se *mister* acrescentar uma classificação amplamente reconhecida no âmbito doutrinário do processo coletivo e que é capaz de dirimir grande parte das confusões interpretativas vivenciadas na atualidade. Em sua explanação, Barbosa Moreira subdivide os direitos transindividuais em “essencialmente coletivos” e “acidentalmente coletivos”, no primeiro plano estariam os direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, enquanto que no segundo plano estaria o direito individual homogêneo, nesses termos explica Pedro Lenza:

“(…) de um lado, os interesses *essencialmente coletivos* (difusos e coletivos) e, do outro, os *acidentalmente coletivos* (individuais homogêneos). É da natureza e essência dos primeiros a transindividualidade. Já em relação aos direitos individuais homogêneos a transindividualidade decorre de uma construção legal e artificial, na medida em que os interesses de cada um dos indivíduos apresentam-se perfeitamente cindíveis, sendo divisível e disponível o seu objeto, tratando-se de maneira diferente cada um dos indivíduos isoladamente, em razão de sua situação particular”.⁵¹

50 NERY JR, Nelson apud LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 97.

51 MOREIRA, José Carlos Barbosa apud LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72.

Assim, aqueles direitos cujo objeto jurídico tutelado é indivisível são coletivos em sua essência, porquanto só devem ser exercidos coletivamente face à impossibilidade de fruição unicamente individual. Entretanto, no que tange aos direitos individuais homogêneos, enquanto “ficção jurídica”, são considerados coletivos por acidente, visto que possuem todas as características de um direito individual passível de ser tutelado por via estritamente individual, no entanto, por um acidente de percurso aglutinam-se por semelhanças no fato gerador do direito (origem comum) e tornam-se coletivos unicamente para fins de serem tutelados na via coletiva, absorvendo todas os benefícios anteriormente citados.

É justamente essa possível complexidade na diferenciação desses direitos que levam alguns juristas inexperientes a resumir os conflitos de massa à simples pretensões indenizatórias aglutinadas de natureza unicamente individual.

Para os tradicionais operadores do Direito, os direitos supraindividuais apenas conseguiam ser compreendidos como individuais homogêneos, ainda hoje verifica-se a dificuldade de muitos em reconhecer os interesses difusos como direitos subjetivos. A visão processual individualista “retrógrada” impedia que os juristas enxergassem toda uma coletividade (indeterminável) como titular de um direito subjetivo, fator que tolheu por gerações o desenvolvimento do processo coletivo.

O fato é que, diariamente, diversos direitos dessa natureza são violados, mesmo admitindo certa necessidade de ajustes legislativos na tutela coletiva, é inquestionável a experiência bem-sucedida das ações coletivas no ordenamento jurídico pátrio, razão pela qual não podem estas continuarem a serem tolhidas em seu avanço normativo sob pena de isso representar um grave retrocesso para as conquistas no âmbito do “acesso à ordem jurídica justa”.

1.5 Legitimação *ad causam* (substituição processual)

Por óbvio, em razão da dificuldade de formação de litisconsórcio no polo ativo da demanda coletiva, mostrou-se necessário a busca por um legitimado que representasse em juízo os interesses da coletividade enquanto titular de um direito transindividual; questão de suma importância para o pleno acesso à justiça, tendo em vista as dificuldades provenientes da clássica maneira de encarar os litígios individuais.

Dentre as vantagens inerentes a essa modalidade de prestação jurisdicional, ressalta Pedro Lenza:

“Muitas vezes, porém, como se disse, ação individual mostra-se inapropriada, do ponto de vista econômico, para se pretender uma tutela jurisdicional adequada, bem como o autor individual vê-se intimidado diante da grandeza da parte contrária em contraposição à sua pretensão diminuta.

(...)

Mesmo que um consumidor, indignado com a atitude do fornecedor, resolvesse demandar em juízo, o reflexo pedagógico sobre a empresa ré seria praticamente nulo”.⁵²

Na busca, então, por uma representatividade adequada nas ações coletivas era preciso transpor a regra geral da legitimação ativa do processo, a qual dispõe que ninguém em nome próprio poderá pleitear em juízo um direito alheio, estabelecendo um vínculo entre o titular da ação e o titular do direito material.⁵³

Como solução prática encabeçada por Arruda Alvim e defendida por Barbosa Moreira a tese que prevalece no âmbito das ações coletivas é a “substituição processual” por meio da legitimação extraordinária, na qual um legitimado legal atua em nome próprio em defesa do grupo, substituindo-o processualmente.⁵⁴

O mesmo artigo do Código de Processo Civil que previu a regra comportou também a exceção, conhecida pela doutrina majoritária como substituição processual, a qual terá sempre cunho excepcional e, em razão disso, é também chamada de legitimação extraordinária, nesses termos:

“Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, **salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico.**

Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituto poderá intervir como assistente litisconsorcial”.⁵⁵ [Grifou-se]

Nesse sentido, prevalece a regra geral da legitimação ativa para todos os litigantes, exceto para aqueles expressamente autorizados por lei. Observa-se que, diferentemente do modelo norte-americano, o direito brasileiro optou por listar expressamente o rol de legitimados

52 LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 95.

53 DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.196.

54 *ibidem*, p.190.

55 BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

para a propositura de ações coletivas, estabelecendo, inclusive, parâmetros objetivos para a figura do substituto processual.⁵⁶

Em suma, as modalidades de legitimação mais utilizadas nas ações coletivas brasileiras são: a legitimação do particular enquanto cidadão no âmbito da ação popular; a legitimação de pessoas jurídicas de direito privado através de sindicatos, associações e partidos políticos no mandado de segurança coletivo; a legitimação de órgão do Poder Público como o Ministério Público e a Defensoria Pública por meio da Ação Civil Pública.⁵⁷

No que diz respeito à Ação Civil Pública (ACP), é notória a sua representatividade frente as ações coletivas do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista sua maior amplitude em sede de legitimação ativa e na proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, face o alargamento do objeto jurídico passível de ser questionado nesta via processual.

Tal representatividade da ACP é evidenciada pela simples literalidade do seu art. 5º da Lei nº 7.347, o qual dispõe sobre a legitimação para sua propositura mesclando todas as modalidades supracitadas, *in verbis*:

“Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007)”.⁵⁸ [Grifou-se]

Nesse sentido, o autor Barbosa Moreira traz o referido artigo da Lei de Ação Civil Pública como aquele que adotou uma “solução eclética” e, conclui que “a melhor saída é,

56 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.198.

57 *ibidem*, p.199.

58 BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

mesmo, a ‘combinação entre as legitimações’, exatamente como vem fazendo a legislação nacional”.⁵⁹

Destacando, dentre os legitimados para a propositura de ACP, a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, cumpre trazer a baila suas funções institucionais elencadas respectivamente nos artigos 129 e 134 da Constituição Federal de 1988, os quais asseguram também a ambos os órgãos a independência funcional e a autonomia administrativa no âmbito das suas atuações, nesses termos:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

.....

Art. 134 A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)”.⁶⁰

Em razão de serem constitucionalmente instituídos com o fim de proteger os interesses da coletividade e prestar orientação jurídica aos necessitados, é incontestável que o processo coletivo que obtiver a atuação em desses órgãos constitucionalmente consagrados possuirá maior robustez e proporcionará maior segurança jurídica aos jurisdicionados, titulares dos direitos transindividuais.

2.6 *Class actions for damages*, a universalização de um modelo.

Preliminarmente ao estudo do direito comparado, vale lembrar que este serve apenas como um comparativo geral, “não se pretende reduzir a natural complexidade dos sistemas jurídicos, apenas indicar o que se traduz pela matriz de pensamento”⁶¹, a qual eventualmente servirá para direcionar a solução de problemas jurídicos que se apresentem.

59 MOREIRA, José Carlos Barbosa apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.199.

60 BRASIL, Constituição Federativa da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

61 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.54.

O modelo norte-americano das ações de classe tem uma característica mais pragmática e visa a proteção integral do direito coletivo em sentido amplo desde que identificadas uma comunhão de questões coletivas ligadas por uma identidade fática ou de direito. Alguns elementos nesse modelo o destoam das ações coletivas brasileiras, quais sejam: a legitimidade ativa do representante e do grupo aferida pelo juiz através da chamada “adequada representação” e a vinculação da coisa julgada para todo o grupo tanto no caso de procedência como de improcedência.⁶²

Portanto, as ações coletivas brasileiras e as *class actions* americanas, assemelham-se quanto aos objetivos na tutela coletiva, quanto à identificação dos grupos titulares dos direitos metaindividuais e quanto à necessidade de representação para pleitear esses direitos em juízo.

As diferenças consistem basicamente no que se refere à representatividade e a legitimação para agir. No sistema americano optou-se pelo elastecimento da legitimação ativa a todos que se dispusessem a defender os direitos coletivos, estando o substituto processual apenas sujeito à aferição pelo juiz da causa acerca da sua “adequada representação”, ou seja, o juiz é quem proferirá a decisão se aquele postulante do direito transindividual tem legitimidade para atuar em nome do grupo lesado. No Brasil aderiu-se no ordenamento pátrio uma forma de ação coletiva mais adaptada ao sistema processual nacional, através da legitimação extraordinária restrita, tendo em vista que a norma já elenca quais os representantes legais que poderão substituir em juízo (*ad causam*) a coletividade.

Em que pese parte da doutrina defenda a instauração da ampla legitimidade para a propositura das ações coletivas brasileiras, acredita-se em grande parte que para a implementação desse sistema no ordenamento seria necessário uma completa mudança jurídico-social. Numa visão menos inocente, é possível perceber os obstáculos do alargamento da legitimação a qualquer integrante do grupo, sendo ele determinável ou indeterminável, tendo em vista o poder deliberado de manejar pretensões coletivas que na maioria das vezes carregam consigo indenizações milionárias e de grande repercussão.

Ademais, como dito anteriormente, a atuação das entidades públicas brasileiras, legalmente instituídas para representar em juízo os direitos da coletividade, é dotada, em tese, de credibilidade, justamente por possuírem a capacidade econômica e o conhecimento técnico-

62 *ibidem*, p.56-57.

científico específico para esse tipo de defesa em juízo, proporcionando a produção de uma tutela coletiva eficaz. Assim, reconhece Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Pedro Dinamarco:

“(...) ‘em sede de legitimação ativa, a lei brasileira apresenta igualmente maior amplitude, englobando concorrentemente, as diversas soluções adotadas em outros países’⁶³. Essa postura adotada no Brasil tem força e se apresenta como uma verdadeira e autêntica ‘política de liberação dos mecanismos de legitimação ad causam’.⁶⁴

A atuação, por exemplo, do Ministério Público e da Defensoria Pública, pressupõe seriedade, mesmo porque presume-se que esses legitimados extraordinários não possuem interesses econômicos diretos nas causas coletivas de grande porte, é dizer, essas instituições legalmente instituídas para a defesa dos interesses da coletividade em juízo não manejam intenções pessoais, sendo mais difícil o surgimento de interesses puramente econômicos censuráveis.

Além disso, no Brasil, os recursos arrecadados frutos das indenizações obtidas nas ações coletivas são destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, o qual tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica, ou seja, são preferencialmente utilizados à reparação dos danos causados que ensejaram a propositura da ação.⁶⁵

No que tange aos efeitos da coisa julgada, divergente entre os modelos comparados, faz-se *mister* um breve comentário. Enquanto nas *class actions* a coisa julgada do processo coletivo se estende por todo o grupo tanto na procedência do pedido como na improcedência, no processo coletivo brasileiro há casos em que a coisa julgada coletiva terá efeito *erga omnes*, como quando beneficia o grupo lesado, ou atendidas as demais peculiaridades elencadas no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor. Aqui, a extensão da coisa julgada estará condicionada aos efeitos geradores para as partes, estes “não prejudicarão os interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”. A legislação brasileira, prevê hipóteses em que a improcedência do pedido não afetará o interesse individual dos

63 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.199.

64 DINAMARCO, Pedro apud DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.199.

65 BRASIL. Decreto nº 1.306, de 09 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm>. Acesso em: 23 jun 2016.

jurisdicionados, como no caso da improcedência por falta de provas, na qual qualquer colegitimado ativo poderá propor novamente a ação coletiva baseada em fatos novos.

Superada essa questão, parte-se para a análise da principal característica, fruto de discussões atuais, que diferencia esses modelos jurídicos. Nota-se que no contexto das *class actions* é atribuído ao juiz da causa coletiva amplos poderes, este atua ativamente durante todo o procedimento, desde a admissão da causa como coletiva, a análise da adequada representatividade do legitimado ativo, até a definição do rito processual que seguirá a demanda.

O modelo das *class actions for damages* é sem dúvida um instrumento que confere alta margem de discricionariedade ao julgador na análise da demanda coletiva, com o fim de adequar as especificidades da demanda à forma pensada pelo legislador, coadunando sempre com a melhor solução prática da questão posta em juízo.

Foi na tentativa de imprimir certos poder instrutório ao juiz, ainda limitado às formalidades das normas inerentes ao *civil law*, e alcançar o interesse público do processo, que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 surgiu com a proposta de conversão da demanda individual em coletiva a critério do magistrado, naturalmente vetada antes da vigência do referido código.

Sobre a universalização das experiências americana e brasileira, expõe Fredie Didier:

“O modelo brasileiro auxilia em muito na passagem das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de *civil law*. Temas importantes como a definição do conceito de direitos coletivos *lato sensu*, a disciplina peculiar da legitimação por substituição processual e a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis* são peculiaridades próprias do direito brasileiro que se repetem nos projetos para a harmonização das regras sobre processos coletivos nos países *civil law*.

Não se pode negar, por outro lado, que a especial abertura do ordenamento brasileiro aos modelos norte-americanos se deve também a forte influência da nossa tradição constitucional. O processo constitucional, com ações como a de mandado de segurança e a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, bem como a configuração do Poder Judiciário como poder revisor dos atos dos demais poderes (*judicial review*) são a prolífica herança da Constituição de 1891 e de Rui Barbosa, inspiradas na Constituição Norte-Americana”.⁶⁶

66 DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.58.

Ora, sabe-se que a despeito de tratarem-se de sistemas processuais distintos, com tradições jurídicas distintas, é possível por meio do estudo do direito comparado compatibilizar experiências e técnicas bem-sucedidas adaptáveis ao ordenamento brasileiro, com o fim de atingir maior grau de efetividade jurisdicional.

O modelo norte-americano é, sem dúvida, o mais bem-sucedido e difundido entre os ordenamentos do *common law* e *civil law* no que diz respeito à efetividade da tutela coletiva, e cujas tendências estão refletidas nos projetos de Código de Processo Civil Coletivo em análise no Brasil.

Por fim, é possível recepcionar práticas seguramente testadas e compatíveis com o sistema brasileiro sem perder as especificidades próprias do modelo nacional adotado. A proposta de conferir mais um mecanismo para compor os poderes instrutórios do magistrado por meio da conversão da demanda individual em coletiva seria um dos importantes passos para a efetividade da prestação jurisdicional dos direitos transindividuais, inclusive por meio da potencialização do alcance da demanda coletiva, observados todos os benefícios desse processo anteriormente citados.

2. O PSEUDO IDEAL COLETIVO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

2.1 A evolução da concepção ideológica do processo civil

Como dito anteriormente, o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) foi estruturado sob a perspectiva clássica ou tradicional do processo civil a seu tempo, com o fim de tutelar exclusivamente direitos subjetivos individuais. O legislador de 1973 não instituiu instrumentos próprios para que as demandas fossem além do mero interesse individual e alcançasse os reconhecidos interesses coletivos. Isso porque, a preocupação com essa nova litigiosidade que tinha por objeto os interesses difusos e coletivos só começou a ganhar espaço a partir dos anos 80 do século passado com a edição de leis que hoje compõe o microsistema do processo coletivo, quais sejam: a Lei de Ação Civil Pública de 1985; a própria Constituição Federal de 1988; o Código de Defesa do Consumidor de 1990; a Lei de Improbidade Administrativa de 1992; etc.⁶⁷

Depois de editado o CPC de 1973 sobrevieram muitos acontecimentos no país, o principal deles foi o fim da Ditadura Militar, que provocou uma mudança no contexto social e na filosofia do Estado, emergindo a necessidade de alterações significativas exigidas pelas demandas atuais da sociedade. A verdade é que, mesmo com todas as alterações tópicas que o CPC de 1973 sofreu ao longo dos anos o principal problema continuava irresolvido: a falta de efetivo acesso e de efetivo funcionamento da justiça brasileira.

Cientes de que a sistemática processual vigente não servia para tutelar direitos coletivos em razão das peculiaridades que exigiam disciplina diferenciada, a comunidade jurídica iniciou as discussões para a elaboração de um código de processo coletivo, quando surgiu em 2009 no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139. No entanto, o referido projeto acabou por ser arquivado em 2010 em razão do desconforto que a tutela coletiva já causava a alguns setores da Administração e do mercado privado, e o recurso apresentado contra o arquivamento não foi apreciado.

Concomitantemente iniciou-se a tramitação do Projeto de Lei nº 166/2010 que resultou no Novo Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105) sobre o qual pairava grande expectativa para resolução dos problemas da Justiça brasileira. Em que pese o novo código ter

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p.9. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>>. Acesso em: 27 fev 2017.

optado propositadamente por não disciplinar o processo coletivo, este trouxe consigo mudanças expressivas, algumas elogiáveis e outras questionáveis no efervescente ambiente doutrinário.⁶⁸

Ora, é inconcebível que a essa altura, após mais de 30 anos de experiências com as ações coletivas e após o reconhecimento da tutela coletiva como uma garantia e um direito fundamental na Constituição Federal, que um projeto legislativo desse porte deixe de disciplinar o instituto, comprometendo seriamente o acesso coletivo à jurisdição, tendo em vista que o instrumento coletivo é o único meio de acesso à Justiça para os conflitos de massa. Assim alerta Hugo Nigro Mazzilli:

“Não dá para imaginar que, em pleno Século XXI, se faça um novo Código de Processo Civil, e não haja um livro, um título, um capítulo sequer para disciplinar a mais importante realidade de hoje no processo civil, que é a tutela coletiva. Não recebeu disciplina alguma, sob o argumento de que essa tutela caberia a um projeto próprio de lei especial, que, todavia, fora arquivado pelo Congresso muito antes de a comissão que fez o anteprojeto do CPC terminar seus próprios trabalhos”.⁶⁹

Como exposto, é cediço que o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) não se preocupou em abordar diretamente o processo coletivo, deixando de solucionar alguns problemas identificados no decorrer das décadas de experimento. Ao mesmo tempo não dá para intitulá-lo de um diploma processual puramente técnico-individualista em todo seu conteúdo, o novo código é agora constitucionalizado, democrático e surgiu prometendo revolucionar a ordem jurídica, proporcionando, em tese, um processo mais justo, efetivo e, acima de tudo, mais célere.

Vale dizer, que a nova lei processual está longe de ser considerada uma obra pronta e acabada, daí a importância de tecer as críticas e também elogios necessários ao bom desenvolvimento do diploma normativo.

No que diz respeito ao processo coletivo, o CPC/2015 trouxe consigo o dogma do processo individualista de 1973, a lei continua ignorando a natureza dos direitos coletivos e as peculiaridades da sua tutela processual, dificultando a comunicação entre os sistemas individual e coletivo. O reprovado comportamento do legislador recodificante em desconsiderar a efetividade da tutela dos direitos transindividuais desconstrói a função de sistema geral do

⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.185-187.

⁶⁹ *ibidem*, p.209.

processo civil e o torna um sistema individual que somente poderá ser aplicado subsidiariamente às ações coletivas quando compatível com o microsistema já existente.⁷⁰

Nessa oportunidade, vale trazer a análise de Ada Pellegrini Grinover:

“A escolha política dos redatores e dos parlamentares que se ocuparam do anteprojeto e projetos do novo Código de Processo Civil foi no sentido deste restringir sua disciplina ao processo individual, deixando intacto o minissistema de processos coletivos, constituído principalmente pela Lei de Ação Civil Pública e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor”.⁷¹

A crítica repousa sobre o fato de que o que deveria ser hoje um sistema geral de processo com a coexistência de ambos os microsistemas processuais, individual e coletivo, se transformou num sistema individual de processo civil com a omissão da disciplina coletiva no CPC/2015.

Resta dizer que a tendência codificadora desse novo diploma normativo privilegiou majoritariamente e a todo custo a previsão de mecanismos processuais individuais que permitissem a significativa diminuição de milhares de ações judiciais que hoje permeiam o Poder Judiciário, prezando pela celeridade, com a resolução em lote do maior número de causas individuais idênticas possíveis.

2.2 A busca por mecanismos de solução coletiva de litígios no novo Código de Processo Civil.

Em resumo, são três os tipos de litigiosidade no direito processual civil contemporâneo: a litigiosidade individual ou “de varejo” que envolvem lesões a direitos individuais isolados (amplamente desenvolvida pelas bases do processo civil individualista tradicional); a litigiosidade essencialmente coletiva que abarca os direitos difusos e os coletivos em sentido estrito (com causas patrocinadas por legitimados extraordinários em sede de ações coletivas); e a litigiosidade de massa ou de alta intensidade representada especialmente pelos

⁷⁰ BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microsistema de processos coletivos: uma análise do art.18. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.285-290.

⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Projeto do novo CPC e sua influência no microsistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. *Processo Coletivo do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1431.

direitos individuais homogêneos que ensejam a propositura de inúmeras ações individuais com pretensões isomórficas que apresentam questões jurídicas comuns para a solução da demanda.⁷²

Vê-se que o novo Código de Processo Civil buscou tratar somente da litigiosidade individual, exaustivamente discutida e conhecida pelo processo civil dogmático, e da litigiosidade de alta intensidade ou de massa, definindo para esta um verdadeiro microsistema de litigiosidade repetitiva⁷³.

É bem verdade que o assoberbamento do Judiciário é hoje um dos maiores desafios do Brasil, conta-se com um imenso contingente de processos em tramitação atualmente. O relatório Justiça em Números divulgado em 2015 constatou que em 2014 corriam na justiça brasileira 99,7 milhões de processos, sendo 70,8 milhões de casos pendentes e 28,9 milhões de casos novos.⁷⁴ No relatório mais recente publicado em 2016, constatou-se que a taxa de congestionamento tomando por base o ano de 2015 cresceu numa média de 0,5% em relação ao ano de 2014, ultrapassando a marca dos 100 milhões⁷⁵.

No que diz respeito aos assuntos mais demandados no Poder Judiciário brasileiro, num ranking de 20 assuntos, aparece Tributário (curiosamente uma matéria vedada para discussão no âmbito de Ações Cíveis Públicas⁷⁶) e Consumidor, respectivamente em terceiro e quarto lugar, logo após das matérias Trabalhista, encabeçando a lista, e Civil (Contratos e Obrigações) que ocupa o segundo lugar.⁷⁷

Destarte, seja pela expansão do capitalismo, pelos avanços tecnológicos, pelo aumento dos conflitos de interesse, pela publicização das informações, o fato é que a população

⁷² MENCHINI, Sérgio apud THEODORO JR., HUMBERTO; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 283-284.

⁷³ Enunciado 346 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso: 28 fev 2017.

⁷⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2015*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017, p.34/35.

⁷⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 26 fev 2017, p. 48-49.

⁷⁶ Art. 1º (...) Parágrafo único. 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. (Lei nº 7347 de 1985). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 26 fev 2017.

⁷⁷ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 26 fev 2017, p. 74-76.

em geral tomou consciência dos seus direitos, o que ocasionou a interposição de uma quantidade significativa de ações judiciais.

Nesse contexto, a preocupação emergente pela rápida e igualitária solução dessas demandas proporcionou a criação de novos mecanismos de julgamento e a previsão normativa de outros já praticados sob o amparo do CPC/1973 com a finalidade de reduzir a duração dos processos, principalmente no que diz respeito àqueles cujas questões jurídicas discutidas são idênticas.

Diante dessa realidade incontestável, eis que surgem os chamados mecanismos de julgamento por amostragem nos recursos extraordinário e especial, introduzidos no CPC/1973 por meio das Leis nº 11.418 de 2006 e nº 11.672 de 2008, cujo objetivo principal era a diminuição dos recursos a serem apreciados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.⁷⁸

Assim define Cândido Rangel Dinamarco sobre o julgamento por amostragem:

“Consiste esse mecanismo em técnicas mediante as quais, em caso de multiplicidade de recursos versando sobre a mesma tese jurídica (recursos repetitivos), o Tribunal julga um desses recursos por amostragem, propagando-se o resultado desse julgamento aos demais”.⁷⁹

No julgamento por amostragem dos recursos repetitivos selecionava-se um recurso paradigma para representar todos os demais no julgamento do tribunal superior a respeito daquela questão de direito que posteriormente seria aplicada a todos os casos idênticos, sem que fosse necessário elevar todos os recursos para a análise. Com isso, observou-se uma significativa diminuição do contingente de recursos que subiam para os tribunais superiores, se em 2007 subiam para o Supremo Tribunal Federal (STF) cerca de 112.938 processos, em 2012 foram distribuídos apenas 6.042⁸⁰, fato que repercutiu da mesma maneira no Superior Tribunal de Justiça (STJ), enquanto em 2007 subiram para análise 313.364 processos, em 2012 foram distribuídos 55.672.⁸¹

⁷⁸ DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.521-524.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 178.

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal. *RE e AI - % de Distribuição*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REALProcessoDistribuido>>. Acesso em: 27 fev 2017.

⁸¹ Superior Tribunal de Justiça. *Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/boletim/Default.asp?ano=2006&submit=Ok>> Acesso em: 27 fev 2017.

Tais institutos cumpriram com êxito sua função de diminuir o contingente de recursos que subiam para os tribunais superiores, sendo introduzidos com algumas modificações nos artigos 1036 a 1041 do CPC/2015.

Os referidos mecanismos de julgamento dos recursos repetitivos, conforme o novo Código de Processo Civil, são aplicáveis quando da existência de uma multiplicidade de recursos que apresentam idêntica questão de direito, dentre os quais serão escolhidos agora dois casos “representativos de controvérsia”, ou seja, casos que servirão de amostragem para definição pelo tribunal superior da tese jurídica aplicável à questão comum, enquanto os demais processos individuais ou coletivos que versarem sobre a mesma controvérsia aguardam suspensos até que se defina a questão com o julgamento definitivo.

Diferente do CPC/1973 no qual eram suspensos apenas os recursos extraordinários ou especiais em andamento sobre a mesma questão de direito, no CPC/2015 quando instaurado o julgamento por amostragem nos recursos extraordinário e especial repetitivos suspendem-se todos os processos pendentes sejam eles individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão a ser discutida na instância superior, não somente os que estiverem no mesmo grau de recurso.⁸² Além disso, o CPC/2015 impôs a necessidade de seleção de dois casos paradigmas, não apenas um como era feito no código anterior.

A mesma lei que introduziu o julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos determinou também a inclusão da “repercussão geral” como requisito de admissibilidade recursal, filtrando ainda mais a quantidade de causas a serem analisadas, tendo em vista que a partir de então, seriam analisadas pela Suprema Corte apenas aquelas questões jurídicas que ultrapassassem os interesses subjetivos da causa e alcançassem relevância política, social, econômica e jurídica, a ser auferida pelo próprio tribunal. Requisito igualmente reproduzido pelo CPC/2015.

O sucesso com a diminuição de recursos que subiam para as instâncias superiores foi tão grande, que o novo diploma processual decidiu aplicar as técnicas de coletivização do julgamento para todos os graus da jurisdição num caminho de valorização dos precedentes

⁸² Art. 1036 Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça. §1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

jurisprudenciais, fazendo surgir a grande inovação do CPC/2015: o Incidente de Resolução Demandas Repetitivas (IRDR).

2.2.1. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, um marco da sistemática de valorização dos precedentes jurisprudenciais.

Inspirado no *Musterverfahren* (Procedimento-Modelo) do direito alemão, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) é a novidade do direito brasileiro para lidar com a recorrente litigiosidade repetitiva de alta intensidade na sociedade contemporânea, sendo o marco do início de uma era de enaltecimento dos precedentes jurisprudenciais. Assim como no instituto alemão, o IRDR pretende lidar com a litigiosidade repetitiva de forma idêntica e vinculante, com o fim de evitar decisões conflitantes em nome da isonomia e da segurança jurídica ⁸³

A despeito de ter sido inspirado no direito alemão, o IRDR nada mais é do que o reflexo do julgamento por amostragem dos recursos extraordinários e especiais em todas as instâncias da jurisdição brasileira, ou seja, podendo ser instaurado em qualquer processo que se identifique a chamada “litigiosidade de massa” seja em grau recursal ou não.

Disciplinado no novo Código de Processo Civil nos artigos 976 a 987, a aplicação desse novo instituto está condicionada à constatação da existência de processos repetitivos que versem sobre a mesma questão jurídica unicamente de direito, numa definição muito próxima da tutela dos, já mencionados, direitos individuais homogêneos.

A respeito disso, Eduardo Talamini exemplifica uma possível aplicabilidade do IRDR quando confrontado com a interposição de diversas ações coletivas para a tutela inclusive de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, nesses termos:

“(…) não se pode afirmar que o IRDR e os demais meio de julgamento por amostragem constituirão sempre e apenas um meio de tutela de direitos individuais homogêneos. Afinal: (i) os mecanismos de julgamento por amostragem podem ser empregados também para a solução de questões de cunho processual (CPC/15, art. 928). Nesse caso, recursos provenientes de inúmeros processos com objetos (méritos) distintos podem ser submetidos ao mesmo procedimento de repetitivos, por conta da identidade da questão processual; (ii) é possível que uma mesma questão de direito ponha-se repetidamente em diversas ações coletivas para tutela de direito difuso ou coletivo em sentido estrito (p.ex., seccionais da OAB de diferentes unidades da Federação promovem ações coletivas para que se reconheça determinado direito da classe dos advogados, no âmbito de suas respectivas secções).

⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo, v.32, n.147, p. 131-143, maio 2007.

Temos nessa hipótese algo que se poderia qualificar como direitos coletivos homogêneos – e o IRDR será utilizável”.⁸⁴

Assim, para a instauração do IRDR é necessário que haja, simultaneamente, efetiva repetição de processos que versem sobre uma mesma questão de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; sendo, no entanto, vedada sua instauração quando já existir nos tribunais superiores recurso afetado para definição da tese em questão.⁸⁵

Não serão exigidas custas processuais do autor do processo-modelo escolhido para a definição da tese jurídica, bem como a desistência ou o abandono do processo por este não terá o condão de impedir o exame do mérito, devendo a titularidade ser assumida pelo Ministério Público.⁸⁶

O pedido de instauração do incidente dirigido ao presidente do tribunal⁸⁷, poderá ser realizado de ofício pelo magistrado, peticionado pelas partes, pelo Ministério Público, ou pela Defensoria Pública, não sendo admitido se ausente qualquer dos pressupostos de admissibilidade, sem prejuízo de nova solicitação quando reunidos os documentos comprobatórios do preenchimento dos requisitos pelo caso.⁸⁸

Importante destacar que admitido o IRDR, o relator procederá a suspensão de todos os processos pendentes, sejam eles individuais ou coletivos, que estejam tramitando na área de competência do respectivo tribunal, devendo o incidente ser julgado no prazo de 1 ano, exceto se o relator exarar decisão que fundamente o julgamento em prazo superior. No entanto, se as partes, o Ministério Público ou a Defensoria Pública solicitarem o conhecimento de recurso extraordinário ou especial, a suspensão englobará todo o território nacional.⁸⁹

⁸⁴ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.127.

⁸⁵ BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 mar.2017. (Incisos I, II e §4 do Art. 976).

⁸⁶ idem. (§4 do Art. 976).

⁸⁷ Enunciado 343 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “O incidente de resolução de demandas repetitivas compete a tribunal de justiça e tribunal regional”. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 02 mar 2017.

⁸⁸ BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 mar.2017. (§3º do Art. 976 e Art. 977).

⁸⁹ BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 mar.2017. (Art. 980 e Art.982).

Após examinado o mérito do incidente, a suspensão dos processos cessará se não tiver sido interposto nenhum recurso extraordinário ou especial contra o acórdão firmador da tese jurídica.⁹⁰

Quando do julgamento do incidente, a tese jurídica definida a partir da análise do caso-piloto (processo-modelo) terá eficácia ultra partes devendo ser aplicada não só para todos os processos individuais ou coletivos da jurisdição do tribunal como também para os casos futuros que versem sobre a mesma controvérsia de direito. Desse modo, tendo em vista a força vinculante da tese jurídica definida pelo tribunal, caso esta não seja observada será cabível reclamação.⁹¹

Eis a sistemática legal do novo Código de Processo Civil para o IRDR, o qual juntamente com o julgamento por amostragem dos recursos extraordinários e especiais repetitivos forma um microsistema de solução de casos repetitivos⁹².

A opção do legislador no CPC/2015 foi, portanto, a de continuar com o aprimoramento dos mecanismos de solução coletiva dos conflitos, criando incidentes que tornam as teses dos tribunais vinculantes para os juízes inferiores com a finalidade de lidar com as reiteradas demandas repetitivas, cujo intuito está em racionalizar a resolução dos litígios e promover a redução da sobrecarga do Judiciário brasileiro.

O IRDR representa mais do que a procura por uma forma mais célere de lidar com litígios de massa, é o início de uma era de valorização dos precedentes jurisprudenciais, de incentivo e aprimoramento do Direito jurisprudencial no Brasil.⁹³ Resta agora aguardar os resultados práticos e analisar desde já os possíveis reflexos, ainda que indiretos, dessa inovação no desenvolvimento da tutela coletiva no direito pátrio.

2.3 As implicações das soluções de demandas repetitivas e da valorização dos precedentes.

Como é de conhecimento, as bases do direito brasileiro provêm do sistema romano-germânico, no qual a principal fonte encontra-se no texto da lei, sendo assim, o *civil law*, sistema jurídico baseado no sistema romano, utiliza os precedentes jurisprudenciais com

⁹⁰ idem. (§5º do Art. 982 e Art.987).

⁹¹ idem. (Art. 985).

⁹² Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 02 mar 2017.

⁹³ ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.574.

eficácia meramente persuasiva para apenas nortear a aplicação do texto normativo. Situação diferente ocorre no *common law*, cujas bases emanam do sistema anglo-saxônico, neste a norma é inferida a partir das decisões judiciais proferidas no julgamento de casos, sendo assim, os precedentes possuem eficácia normativa e a lei é apenas o seu instrumento norteador.

Em que pese o direito brasileiro fazer parte da família romano-germânica, muitos o consideram um sistema misto que tempera as duas tendências, isso porque a constituição da república federativa do Brasil, inspirada no sistema norte-americano, possibilitou a formação de um direito jurisprudencial para além daquele conteúdo normativo construído pelo legislador.

É constitucionalmente autorizado o exercício do poder normativo pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em hipóteses específicas, garantindo efeito vinculante às decisões da suprema corte nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, tanto nas ações declaratórias de inconstitucionalidade como nas declaratórias de constitucionalidade; e, permitindo a edição das chamadas súmulas vinculantes⁹⁴.

No entanto, importa destacar aqui o marco que as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil representam para o nosso ordenamento com a alta valorização dos precedentes jurisprudenciais, prevendo juntamente com as hipóteses constitucionais, inúmeras outras que conferem força vinculante às decisões de diversos tribunais. Pela leitura do art. 927 do CPC/2015 é possível constatar a amplitude do rol de decisões vinculantes que devem ser observadas pelos os juízes e tribunais: I – decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; II – enunciados de súmula vinculante; III – acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em matéria infraconstitucional; V – orientação do plenário ou do órgão especial ao qual estiverem vinculados.⁹⁵ Vê-se que o CPC/2015 conferiu igual poder a todas as súmulas e decisões de plenário, não havendo mais diferenças entre súmulas vinculantes e não vinculantes.

Sobre o novo diploma processual acrescenta Hugo Nigro Mazzilli:

⁹⁴ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar.2017. (§2º do Art. 102 e Art.103-A).

⁹⁵ BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 mar.2017. (Art. 927).

“O CPC de 2015 foi influenciado pelo sistema da *common law*, em especial pela situação que o direito anglo-saxônico chama de *stare decisis*. Assim, o novo estatuto quis valorizar os precedentes para tornar a jurisprudência algo previsível, estável, seguro. Esses três valores – previsibilidade, estabilidade e segurança – são realmente muito importantes, e, em alguns sistemas jurídicos, foram elevados à condição de garantia máxima na prestação jurisdicional. Nosso sistema, porém, tem nuances e peculiaridades; e, como não é exatamente esse o papel da nossa jurisprudência, o código de 2015 voluntariamente quis mudar o sistema brasileiro”.⁹⁶

Para o supracitado autor, tornar obrigatória e vinculante toda jurisprudência dos tribunais superiores, certamente excede a mencionada autorização constitucional para as decisões jurisprudenciais e no que diz respeito ao IRDR a obrigatória aplicação da tese jurídica definida aos presentes e futuros processos institui um verdadeiro papel legiferante dos tribunais. Ressalta-se, nesse ponto, um problema de legitimidade política, tendo em vista que o Poder Judiciário não se sujeita ao controle popular para a investidura democrática dos seus membros, restando ausente a legitimidade para criação de normas genéricas e abstratas, ainda mais quando se fala na possibilidade de legislar inclusive para processos futuros.⁹⁷

No que tange à suspensão de todos os processos que versem sobre a mesma matéria controvertida independente da fase em que se encontrem quando da instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, sustenta-se uma patente violação à estabilização da demanda, tendo em vista que o autor da ação terá o direito de ingressar com o processo, mas não terá a segurança de vê-lo prosseguir, estando sujeito à suspensão da sua demanda pela instauração do IRDR ainda que esteja em fase de execução. Suspensão esta que perdurará pelo prazo de 1 ano, facilmente prorrogável por simples decisão fundamentada do relator, comprometendo nesse ponto o efetivo acesso à jurisdição.⁹⁸

A respeito desse assunto acrescenta Hugo Nigro Mazzilli:

“Por outro lado, não existe autorização constitucional para dar à decisão no incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR o mesmo efeito de uma ação direta de inconstitucionalidade ou de uma ação declaratória de constitucionalidade, ou de súmula vinculante (força de lei em tese), que inclusive poderá não só beneficiar o lesado (como no sistema da LACP ou do CDC), mas até mesmo doravante poderá prejudicá-lo, sem que ele tenha tido efetivo acesso à jurisdição e, mais grave ainda, sem que sequer ele possa vir a

⁹⁶MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.193.

⁹⁷ *ibidem*, p.197-203.

⁹⁸ *ibidem*, p.198.

tê-lo futuramente! O sistema do CPC de 2015 visa gerar uma decisão jurisprudencial que criará lei em tese para casos futuros”!⁹⁹

Mesmo que seja cumprido o almejado papel de desafogar o judiciário da já existente situação de litigiosidade repetitiva, por outro lado, a brusca inserção da cultura de precedentes vinculantes pode ensejar a interposição de uma quantidade ainda maior de recursos tendo em vista a possibilidade de impugnação da decisão proferida no incidente. Daí se discute a efetividade do incidente inclusive para a redução da sobrecarga judiciária, tendo em vista que a instauração do IRDR pressupõe a existência de inúmeras ações já deflagradas sobre a mesma questão de direito, ou seja, a situação de litigiosidade repetitiva já está instaurada sobrecarregando o judiciário, não possuindo o instituto o condão de estancar as ações antes do ingresso.¹⁰⁰

Na visão de Andre Vasconcelos Roque:

“O fato é que se precisa, urgentemente, pensar na tutela do ordenamento jurídico não só do ponto de vista dos direitos subjetivos da lide processualizada, mas em sua dimensão objetiva, em perspectiva macroeconômica, para evitar a litigiosidade em seu nascedouro, a fim de que se possa superar a crise numérica do Poder Judiciário”.¹⁰¹

A preocupação que fica é a de caminharmos para um modelo processualista de objetivização da jurisdição que, além de não se preocupar com a disciplina do processo coletivo, priorize a todo custo a função de economia processual e venha limitar o papel do ordenamento jurídico de facilitação do acesso à Justiça.¹⁰²

É válido o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli a respeito das inovações acolhidas no CPC/2015:

“Se a finalidade é harmonizar jurisprudência e eliminar o sobrecarga de processos, o caminho seria outro. Devemos investir em soluções consensuais e extrajudiciais (acordos ou transações homologadas por órgãos públicos); criar procedimentos verdadeiramente mais céleres (soluções liminares obrigatórias nos processos); restringir os recursos hoje praticamente ilimitados, e impor sanções aos recursos improvidos, de forma que as partes

⁹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016, p.211.

¹⁰⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. In: DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 182-183.

¹⁰¹ idem.

¹⁰² TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 128.

pensem duas vezes antes de recorrer, quando queiram apenas procrastinar a solução do processo”.¹⁰³

No entanto, para Hermes Zanetti Júnior, o sistema de remédios do *common law* e o sistema de direitos subjetivos podem trabalhar juntos, num constante diálogo de fontes, para atender as necessidades de tutela e garantir sua eficiência. No entanto, “nenhuma leitura que vede a possibilidade de ações judiciais para a proteção de situações jurídicas merecedoras de tutela deve ser admitida, pois os direitos coletivos são constitucionalmente assegurados”.¹⁰⁴

Vale frisar que não se pretende aqui delongar ainda mais as discussões acerca das implicações práticas das técnicas de coletivização do julgamento e de valorização dos precedentes jurisprudenciais, nem sustentar sua inconstitucionalidade, muito menos descartar por completo sua aplicabilidade na racionalização do julgamento das demandas repetitivas, mas apenas demonstrar o saudável debate doutrinário que paira sobre o tema com a finalidade de enquadrar sua realidade prática às garantias constitucionais do processo.

A verdade é que a evolução do IRDR, em conjunto com os demais mecanismos de coletivização do julgamento, no novo Código de Processo Civil caminha na contramão da evolução do processo coletivo, nutrindo, ambos os institutos, propósitos completamente diferentes, ainda que por vezes partam de pontos comuns. Para compreender melhor o caminho escolhido pelo legislador, suas peculiaridades e finalidades faz-se mister tecer uma comparação entre essas duas técnicas e a efetividade destas para a adequada tutela processual dos direitos coletivos.

2.4 O IRDR e a tutela coletiva, a tentativa de solucionar demandas de massa sob a ótica do processo individualista.

Deveras o novo Código de Processo Civil mostrou densa preocupação com a lide coletiva, ou melhor, com a chamada litigiosidade repetitiva. Essa afirmação para alguns vem acompanhada da falsa sensação de que o CPC/2015 teria adquirido uma roupagem coletiva. De fato, o novo código previu os já mencionados mecanismos de coletivização do julgamento, técnicas individuais de julgamento por amostragem para a solução da litigiosidade repetitiva, todavia, houve, na verdade, a completa ausência da disciplina do processo coletivo em sua

¹⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 28-29.

¹⁰⁴ ZANETI JR., Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: um modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.45.

essência como vem sendo praticado há décadas no direito brasileiro, essa dita “preocupação coletiva” do CPC/2015 se manifestou da maneira inversa.

Diante disso, se faz necessário demonstrar a diferença entre as técnicas adotadas pelo CPC/2015 e as técnicas processuais inerentes à tutela dos direitos transindividuais essencialmente considerados.

Apesar de o IRDR e as ações coletivas se justificarem a partir de pontos comuns como economia processual, isonomia nas decisões e segurança jurídica, ambos os institutos cultivam papéis completamente distintos.

Por tudo quanto foi exposto, resta claro que a previsão de mecanismos como o IRDR no ordenamento jurídico brasileiro não afastam a necessidade de uma adequada tutela coletiva, isso porque, os objetivos desta são mais abrangentes e vão muito além daqueles pretendidos pelos julgamentos por amostragem, principalmente no que diz respeito à tutela daqueles direitos essencialmente ou naturalmente coletivos, como é o direito difuso e o direito coletivo em sentido estrito.

Sobre esse ponto cumpre trazer à lume as reflexões de André Vasconcelos Roque:

“O dispositivo merece severas críticas. Primeiro, porque fraciona o alcance das ações coletivas, estimulando a instauração de vários processos idênticos na hipótese de danos de âmbito regional ou nacional. Em um momento em que o processo civil está disposto a lançar mão de súmulas vinculantes – e, no novo CPC, de precedentes vinculantes (art. 927) – para lidar com o aumento da litigiosidade, tal medida parece na contramão do processo civil brasileiro. Além disso, a lei ignora que, quando o interesse for difuso ou coletivo *stricto sensu* haverá indivisibilidade do objeto, não se admitindo por isso o fracionamento da tutela processual”.¹⁰⁵

Para os direitos supracitados, a tutela fracionada em processos individuais não se mostra adequada, de modo que, não se pode esperar a propositura de inúmeras ações para a instauração de um incidente, sob pena de prejudicar a adequada representatividade fornecida pelas ações coletivas na tutela desses direitos essencialmente coletivos.

Como ressaltado no primeiro capítulo, as ações coletivas são um verdadeiro instrumento de cidadania, na medida em que se constituem a única maneira de garantir o acesso à jurisdição da coletividade nos conflitos essencialmente coletivos, as peculiaridades desses

¹⁰⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.166.

direitos, a sua natural transindividualidade, tanto pela indeterminação dos sujeitos como pela indivisibilidade do objeto, os tornam ineficazes de serem tutelados pelas vias individuais.

A despeito das inconsistências do sistema e de suas dificuldades práticas, o mérito das ações coletivas na tutela desses direitos é incontestável, “pois sem o acesso coletivo na grande maioria dos casos há o abandono do direito”¹⁰⁶, sem a utilização desse instrumento para a tutela dos direitos naturalmente coletivos o acesso à justiça certamente restaria prejudicado.

Enquanto o IRDR faz parte de um projeto codificador que busca atacar o imenso contingente de processos que hoje sobrecarregam o judiciário, as ações coletivas vão além, buscam tutelar com efetividade e adequadamente os direitos que pertencem à coletividade, garantindo a sua correta representatividade e assegurando a paridade de armas, com a atuação de profissionais capacitados para a defesa do grupo.

Ao passo que o IRDR aguarda a propositura em massa de demandas repetitivas para ser instaurado, as ações coletivas tutelam direitos coletivos em sua raiz, permitindo que os titulares indeterminados se beneficiem de suas vantagens sem prejuízo de buscarem nas vias individuais aqueles direitos que dizem respeito apenas à esfera do indivíduo isoladamente considerado.

A espécie de litigiosidade que desencadeia a propositura de inúmeras ações individuais é a mencionada litigiosidade de massa ou de alta intensidade, num conceito mais próximo dos direitos individuais homogêneos, e mesmo sobre esses ainda pairam dúvidas acerca da sua adequada tutela com a sobreposição das técnicas de coletivização do julgamento sobre as ações coletivas.

Em seu trabalho, Marcelo Abelha Rodrigues aborda reflexões acerca das Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva (TIRC) e das Técnicas Coletivas de Repercussão Individual (TCRI).

As Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva (TIRC) são aquelas que a despeito de serem aplicadas a ações individuais, têm importante reprodução coletiva, na medida em que viabilizam que uma mesma controvérsia pulverizada em inúmeras demandas repetitivas, ações individuais ligadas pela mesma questão de direito, seja analisada e decidida de uma só vez por amostragem, replicando o julgamento do processo-modelo para todos os

¹⁰⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.209.

demais, como exemplo tem-se os institutos de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos e o IRDR.

Sobre as TIRC explana Marcelo Abelha Rodrigues:

“Por intermédio dessas técnicas parte-se do individual para o coletivo. O incidente de resolução de demandas repetitivas é o modelo exemplar das técnicas individuais de repercussão coletiva. A engenharia processual consiste em desconstruir a norma jurídica concreta individual que esteja sendo debatida e multiplicada em diversos casos no poder judiciário para, assim, isolar o fato da sua hipótese de incidência, identificando a tese jurídica comum que se repete nas demais causas. Uma vez decidida a tese jurídica, todos os casos individuais irão receber o mesmo resultado daquela tese já decidida”.¹⁰⁷

Já as Técnicas Coletivas de Repercussão Individual (TCRI) são aquelas que tratam dos mesmos direitos subjetivos individuais unidos por uma situação de fato e de direito comum utilizando o processo coletivo com todas as regras constantes do seu microssistema. Assim, “a decisão proferida de forma coletiva se estende a todas as situações jurídicas individuais que nela se enquadrem. Posteriormente, os titulares de cada um dos direitos singulares ajuízam demandas para dirimir apenas as questões que lhes sejam particulares”.¹⁰⁸

Ambas as técnicas podem ser manipuladas para a defesa do mesmo tipo de direito individual de origem comum, qual seja, os direitos individuais homogêneos, no entanto a substituição das TCRI pelas TIRC pode ser extremamente danosa ao devido processo legal. Deve-se considerar que a defesa em juízo da coletividade no âmbito das ações coletivas é feita por órgãos e entidades com capacidade técnica e política para tanto, ademais o porte da ação vem acompanhada de uma estrutura adequada exercendo um grande poder de influência para fazer valer as teses que favorecem a coletividade.¹⁰⁹

Situação inversa ocorre quando se pretende tutelar direitos individuais homogêneos por meio do IRDR, uma TIRC na sua essência, tendo em vista que o caso paradigma selecionado para representar todos os demais deixará a desejar na efetiva defesa da tese que favorece a coletividade, principalmente quando o litigante passivo for uma poderosa instituição. Em vista disso elucida Marcelo Abelha Rodrigues:

¹⁰⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.625.

¹⁰⁸ idem.

¹⁰⁹ ibidem, p.630.

“Será então, que esses indivíduos poderão representar adequadamente toda aquela multidão que está a aguardar a decisão a ser tomada no respectivo tribunal que julgará o incidente para que possam ver solucionadas suas causas? A resposta, segundo nos parece, e segundo o senso lógico é negativa. E isso, como parece óbvio, viola gravemente as garantias do contraditório e da ampla defesa, que tem, na paridade de armas, um de seus mais importantes corolários”.¹¹⁰

A verdade é que muitas dessas situações em que se discute a tutela de direitos individuais homogêneos, o acesso coletivo à Justiça por meio das ações coletivas pode ser o único meio para aqueles indivíduos lesados que não queiram, em razão do baixo “valor” da lesão, ou não possam ir a júízo, em razão, por exemplo, da falta de informação e incentivos.

Há casos em que a lesão individual sofrida é ínfima se auferida economicamente, no entanto a lesão coletiva toma proporções imensuráveis, como por exemplo uma empresa de telefonia que efetua a cobrança de 1 real a mais na fatura de todos os seus usuários consumidores, ou uma entidade bancária que suprime centavos das contas dos seus clientes. Nesse sentido, somente as ações coletivas seriam capazes de agregar pretensões e romper com a inércia dos litigantes individuais para garantir a efetiva tutela desse direito.

Nas lições de Kazuo Watanabe priorizar a jurisdição coletiva na defesa da coletividade é “tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político aos conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário”.¹¹¹

Portanto, o incentivo e o desenvolvimento das ações coletivas é medida que se impõe, sendo de utilização obrigatória para a efetiva tutela dos direitos essencialmente coletivos e sugestiva para os direitos acidentalmente coletivos. Para tanto, “é fundamental que a tutela coletiva opere de maneira adequada e eficiente no ordenamento jurídico pátrio (e não mediante instrumentos arquitetados para contorná-la)”.¹¹²

Em complementação, coloca André Vasconcelos Roque:

¹¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.631.

¹¹¹ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: Revista de Processo, n. 67, São Paulo, 1992. p. 119.

¹¹² ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.579.

“O incidente previsto no novo CPC tem por finalidade evitar a multiplicação de processos, proporcionando isonomia e segurança jurídica. Não está entre suas finalidades, todavia, promover o acesso à justiça nem assegurar a tutela de direitos ontologicamente coletivos.

(...)

Não há motivo para que se acredite que o incidente de resolução de demandas repetitivas contemplado no novo CPC torne desnecessário o aprimoramento das ações coletivas no direito pátrio”.¹¹³

A morosidade e o alto contingente de processos são problemas que vem atingindo a jurisdição brasileira há anos, no entanto, a busca por soluções para esses problemas não pode se converter na busca pela celeridade a qualquer preço, pois além de não solucionar a causa do problema ainda terá a possibilidade de gerar sérias complicações ao devido processo legal, especialmente quanto estiver tratando de direitos coletivos *latu sensu*.

Com efeito, destaca-se que grande parte das inovações trazidas pelo CPC/2015 não cuidam de atender as necessidades da coletividade no acesso à justiça, mas servem tão somente para reduzir a sobrecarga de processos que hoje permeia o Poder Judiciário.

2.5 Uma coletivização às avessas

Avançando no raciocínio, tem-se que as ações coletivas são o instrumento de acesso à Justiça para os conflitos metaindividuais, por meio do qual os direitos coletivos são molecularmente tratados, ou seja, as ações coletivas mantêm os direitos ali tutelados unidos sem afetar ou destruir suas propriedades, observando todas as características e peculiaridades inerentes à sua adequada defesa.

Na jurisdição coletiva, por intermédio dos legitimados extraordinários, o que se observa é a tratativa dos direitos da coletividade em sentido amplo por meio da coletivização da demanda, discute-se em uma só demanda com maior peso político todas as questões de fato e de direito inerentes a tutela daquele direito transindividual, seja ele naturalmente ou acidentalmente coletivo.

Com o estudo das Técnicas Individuais de Repercussão Coletiva (TIRC) ou dos chamados mecanismos de coletivização do julgamento é possível perceber que, na verdade, o

¹¹³ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.180-181.

pseudo ideal coletivo do novo Código de Processo Civil se edifica sobre uma espécie de “coletivização às avessas”.¹¹⁴

Sendo assim, na utilização desses institutos escolhe-se coletivizar o julgamento, a sentença, a decisão final daquele processo-modelo para todos os demais processos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica, incluindo os prováveis futuros. Sendo assim as demandas repetitivas são resolvidas em lote com a coletivização da sentença proferida em um ou dois processos individuais escolhidos como modelos para análise da questão de direito.

Como visto, por todas as implicações ao devido processo legal que essa “coletivização às avessas” causa para a tutela dos direitos transindividuais não se pode esvaziar a necessidade da jurisdição coletiva.

Ainda que se preveja a possibilidade de aplicação do IRDR para conflitos coletivos em sentido estrito, como no caso exemplificado por Eduardo Talamini¹¹⁵, a instauração do incidente procederá a suspensão das ações coletivas, o que desestimularia a propositura de processos coletivos para tratarem de direitos coletivos *stricto sensu* e de direitos individuais homogêneos, sendo difícil vislumbrar, em último caso, de que maneira esse incidente poderia alcançar a adequada tutela dos direitos difusos.

Sobre essa questão, é fundamental trazer à lume as explanações de Karol Araújo Durço:

“Contudo, sob outra ótica, não se pode afirmar que o processo coletivo restará esvaziado pela existência de tais mecanismos de coletivização às avessas, isso porque esses instrumentos não abrangem a tutela de direitos difusos, cujas ações só nascem pela via da legitimidade extraordinária própria do processo coletivo e nunca serão tão numerosos ao ponto de justificar a instauração do incidente, como ocorre com os individuais, e só é possível reunir o julgamento em relação a idênticas questões de direito e não causas que envolvam a

¹¹⁴ DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.532-533.

¹¹⁵ “(...) é possível que uma mesma questão de direito ponha-se repetidamente em diversas ações coletivas para tutela de direito difuso ou coletivo em sentido estrito (p.ex., seccionais da OAB de diferentes unidades da Federação promovem ações coletivas para que se reconheça determinado direito da classe dos advogados, no âmbito de suas respectivas secções). Temos nessa hipótese algo que se poderia qualificar como direitos coletivos homogêneos – e o IRDR será utilizável”. TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.127.

apuração de questões de fato, o que reduz sensivelmente o âmbito de incidência desses institutos”.¹¹⁶

Mesmo nessa hipótese o IRDR não estaria ocupando o lugar das ações coletivas muito menos as tornando desnecessárias, considerando a imprescindibilidade da jurisdição coletiva para a defesa dos direitos coletivos em sua essência.

Ultrapassa-se hoje uma fase processual de objetivização da jurisdição, onde se vislumbra a celeridade a todo custo, no entanto, a resolução de demandas repetitivas sejam elas individuais ou coletivas por meio desses mecanismos de coletivização de sentenças tem uma expressiva capacidade de estimular o não atendimento do contraditório de forma plena, comprometendo seriamente a adequada tutela dos direitos essencialmente coletivos, e até mesmo daqueles acidentalmente coletivos.

Como consequência, vislumbrando acima de tudo a diminuição da sobrecarga processual do Judiciário, o CPC/2015 surge no nosso ordenamento optando por codificar uma ideia sem nenhuma tradição legislativa no Brasil, importando mecanismos do direito comparado e valorizando a produção de precedentes jurisprudenciais vinculantes, quando o legislador tinha razões mais do que suficientes para disciplinar adequadamente o processo coletivo, este sim com uma extensa tradição legislativa e mais de 30 anos de aplicação prática.¹¹⁷

Por fim, encaramos na atualidade um novo Código de Processo Civil mais uma vez individualista, suas esparsas referências ao processo coletivo e os seus incidentes de coletivização do julgamento definitivamente não servem para conferir adequada tutela aos direitos transindividuais. A única tentativa de se codificar um verdadeiro instrumento apto a regular o acesso à Justiça e proporcionar integral e adequada tutela para os direitos coletivos *lato sensu* foi objeto de veto presidencial no projeto do novo diploma processual, o chamado Incidente de Coletivização da Demanda.

¹¹⁶ DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.532-533.

¹¹⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.209.

3. VETO PRESIDENCIAL AO ARTIGO 333 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TENTATIVA DE COLETIVIZAÇÃO DA DEMANDA.

3.1 A sugestão normativa do artigo 333.

Arquitetado por Kazuo Watanabe, sob a inspiração do direito norte-americano, o Incidente de Coletivização da Demanda não fazia parte projeto inicial do novo Código de Processo Civil, mas foi fruto de uma tentativa da Câmara dos Deputados por meio do relatório substitutivo e da emenda aglutinativa apresentada pelo Deputado Paulo Teixeira, nesses termos:

“Acrescenta-se um novo capítulo, a dispor sobre a conversão da ação individual em ação coletiva. Acolhe-se a proposta de Kazuo Watanabe, no sentido de criar um incidente de transformação de ações pseudoindividuais em ações coletivas. Trata-se de técnica de racionalização da função jurisdicional e de prestígio à isonomia”.¹¹⁸

Quando o projeto do novo código retornou ao Senado para análise das emendas da Câmara, o Incidente de Coletivização da Demanda (ICD) foi mantido e contemplado no art. 333, no entanto, acabou sendo vetado, na fase de análise sancionatória, pelo Executivo, em conjunto com o art. 1015, XII, o qual tratava do cabimento de Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória do juiz que determinasse a conversão da ação individual em coletiva por meio da instauração do ICD.

Assim preceituava o artigo 333 vetado, nesses termos:

“CAPÍTULO IV

DA CONVERSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM COLETIVA

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

I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

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

¹¹⁸ BRASIL, Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Especial*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 06 mar 2017. p.258.

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

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

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

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

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

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

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

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

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

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

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

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

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

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado”.¹¹⁹

O referido artigo pretendia autorizar o magistrado a converter uma ação individual em coletiva caso fosse identificado o manejo de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito, ou seja, se o juiz percebesse que o pedido da demanda individual ultrapassasse a esfera de direitos próprios do indivíduo, aquele, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, ou qualquer dos legitimados no art.5º da Lei 7.347¹²⁰, determinaria a conversão da ação

¹¹⁹ BRASIL. *Mensagem nº 56*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 07 mar 2017.

¹²⁰ “Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída a pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, estético, histórico, turístico e paisagístico (...).” BRASIL. *Lei nº*

em coletiva. Pela literalidade do artigo se depreende que o juiz não poderia determinar a conversão da demanda *ex officio* necessitando ser provocado por meio dos requerentes elencados para a instauração do ICD.

Como pressupostos da instauração do incidente era necessário que se observasse a relevância social da demanda, num conceito muito próximo do requisito da repercussão geral dos recursos extraordinários, e a dificuldade de formação de litisconsórcio em razão da pluralidade de interessados titulares do direito postulado.

Em momento pretérito, ressaltou-se que essa ampliação dos poderes do juiz no direcionamento da causa é instituto processual do direito norte-americano, nas *class actions* confere-se ao magistrado a ampla discricionariedade na apreciação de uma demanda coletiva, com o fim de adequar suas especificidades à forma planejada pelo legislador e conferir a tutela adequada para a questão levada a juízo.

Sendo assim, com esse instrumento de coletivização da demanda o magistrado poderia verdadeiramente fornecer a efetiva tutela jurisdicional a esses direitos essencialmente coletivos por meio da adequação da demanda ao pedido veiculado, chamando assim aqueles legitimados extraordinários para atuar no processo com sua capacidade técnica para tanto e permitindo, facultativamente, a presença do autor da ação individual originária como litisconsorte unitário para acompanhar a condução do processo, dispensando este de arcar com qualquer despesa processual que decorra da conversão.

Conforme restou demonstrado, as ações coletivas são o único meio de acesso à Justiça para os conflitos da coletividade, sendo assim, somente por meio destas é que se pode alcançar a adequada tutela dos direitos transindividuais naturalmente considerados, tendo em vista não serem direitos pertencentes a um indivíduo isolado, mas a uma coletividade indeterminada ou determinável que necessita de adequada representatividade.

Sobre a aplicação desse instituto esclarece Kazuo Watanabe:

“Não é qualquer ação que tem essa possibilidade. Existem conflitos de várias naturezas. Quando uma ação individual tem alcance coletivo é importante que transforme isso, às vezes, numa demanda coletiva para que o juiz dê uma sentença que valha para todos. Em alguns casos, para que o conflito seja solucionado definitivamente é interessante que a ação se transforme em

coletiva, porque o bem jurídico que está sendo tutelado é o bem jurídico que vai além da pessoa que está propondo a ação”.¹²¹

O ICD seria aplicável a ações individuais que estivessem sendo utilizadas para manejar interesses difusos ou coletivos, cuja discussão da questão de fato e direito envolvida e a decisão do magistrado repercutiriam em todo coletivo titular.

No entanto, não se permitiria a coletivização da demanda quando a ação individual tratasse de direitos individuais homogêneos, aqueles que, a despeito de serem melhor tutelados por meio de ações coletivas, podem ser manejados em demandas individuais, sendo inclusive a categoria de direitos que enseja a propositura de demandas repetitivas na chamada litigiosidade de massa.

Nessa hipótese, quando o magistrado se deparar com demandas individuais repetitivas, atualmente há duas maneiras de lidar com a litigiosidade de massa ocasionada na maioria das vezes pelos direitos individuais homogêneos, a primeira, já estudada, é por meio da instauração do IRDR, o qual suspenderá todos os processos até que seja firmada a tese vinculante no julgamento por amostragem, e a segunda é por meio da notificação do Ministério Público, da Defensoria Pública e, sendo possível, dos demais legitimados do art. 5º da Lei nº 7347, para a propositura da ação coletiva correspondente, conforme o art. 139, inciso X, do CPC/2015¹²² (redação mais específica do que aquela contida no art. 7º da Lei nº 7.347,¹²³ o qual sugere a notificação pelo magistrado frente a qualquer dos direitos transindividuais).

O artigo 139 do CPC/2015 determina a notificação dos legitimados extraordinários para a propositura de ação coletiva a fim de tutelar os chamados direitos acidentalmente coletivos, como bem pontua o texto normativo, sua incidência ocorrerá quando o magistrado estiver frente a demandas individuais repetitivas, ou seja, cujos pedidos sejam embasados em pretensões passíveis de serem tuteladas individualmente, como ocorre com os direitos

¹²¹ WATANABE, Kazuo. *Sociedade não pode ser tão dependente do Estado para resolver conflitos*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>>. Acesso em: 07 mar 2017.

¹²² “Art. 139 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 mar 2017.

¹²³ “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juizes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. BRASIL, *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 07 mar 2017.

individuais homogêneos. Situação diferente aconteceria no Incidente de Coletivização da Demanda (ICD), o qual não poderia ser manejado em demandas que versassem sobre direitos individuais ainda que estivessem ligados por questões jurídicas e de fato comuns.

Vale dizer que a existência de pedido estritamente individual quando cumulado com pedido de natureza coletiva não teria o condão de impedir a instauração do ICD para a tutela do direito essencialmente coletivo, ocasião em que correria a pretensão individual em autos apartados.

Ademais, para que fosse possível a instauração do ICD era preciso que ainda não tivesse acontecido a audiência de instrução e julgamento, depois disso não seria viável a sua utilização, assim explica Eduardo Talamini:

“(I) há um limite temporal: ela deve ocorrer antes da audiência de instrução e julgamento. Ao que se refere reputou-se que, depois disso, a instrução probatória já estaria em estágio muito avançado não sendo possível a plena produção de provas a respeito de fatos pertinentes à dimensão coletiva do conflito. Poder-se-ia argumentar que nem sempre o conflito coletivo envolve controvérsia fática. Muitas vezes os pontos controvertidos são fundamentalmente de direito. Mas dado o caráter excepcional do mecanismo da conversão, optou-se por solução mais cautelosa”.¹²⁴

O limite temporal serviria para gerar segurança jurídica ao autor que teria sua demanda estabilizada depois de realizada a audiência de instrução e julgamento, em respeito ao patamar avançado que já se encontraria a ação. Nada impediria, no entanto, que o juiz se utilizasse do conteúdo do art. 7º da Lei 7.347 para notificar os legitimados extraordinários a fim de propor uma nova demanda para tratar da questão.

Além do impedimento de instauração do ICD para os casos que versassem sobre direitos individuais homogêneos e para aqueles que já tivessem realizado a audiência de instrução e julgamento, não seria admitida a conversão da demanda quando existisse processo coletivo em curso com o mesmo objeto (litispendência), pedido e causa de pedir idênticos, e quando o juiz instaurador do ICD não fosse competente para analisar a ação coletiva resultante da conversão.

Em atenção à garantia constitucional do contraditório, o *caput* do artigo prevê a necessidade de que o autor originário da demanda individual seja ouvido antes da instauração

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Nota sobre o incidente de conversão em ação coletiva*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira, e Talamini, Curitiba, nº 96, fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=96&artigo=1200&l=pt>>. Acesso em: 07 mar 2017.

do incidente a fim de que se manifeste acerca do que achar necessário, inclusive para impugnar a conversão por ausência de algum dos seus pressupostos, devendo o magistrado decidir fundamentadamente em referência ao que for pontuado pelo autor. Da mesma maneira, efetuado o requerimento de instauração do ICD deve o Ministério Público ser ouvido em todas as situações, exceto quando figurar como o próprio requerente.

Convertida a demanda individual em coletiva, o juiz intimaria o requerente para aditar ou emendar a petição inicial a fim de adequá-la à demanda coletiva e, posteriormente, intimaria o réu para se manifestar em 15 (quinze) dias. Da conversão em diante aplicar-se-ia as normas do microssistema processual coletivo, basicamente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Após a análise do instituto de conversão da demanda individual em coletiva e seu procedimento, cumpre enfrentar ponto a ponto todos os argumentos do veto presidencial que sofreu o artigo 333 e examinar seus reflexos para o processo coletivo.

3.2 Interpretações sobre as razões do veto e a inexistência de inconstitucionalidade no artigo 333 do CPC projetado.

Como dito, na fase de análise sancionatória o art. 333 e o art. 1015, inciso XII, acabaram sendo objeto de veto da Presidência da República sugerido pela Advocacia Geral da União (AGU) e posteriormente endossado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), assim sustentado:

“A Advocacia Geral da União manifestou-se pelo veto dos seguintes dispositivos:

Art. 333 (...)

Inciso XII do art. 1015 (...)

Razões dos vetos

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB”¹²⁵

¹²⁵ BRASIL. *Mensagem nº 56*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/msg/vep-56.htm>. Acesso em: 08 mar 2017.

Com base na abreviada explanação das razões dos vetos destaca-se que, para a AGU, o ICD necessitava de maiores regulamentações e, portanto, um artigo não seria suficiente para trazer plena eficácia ao instituto, ademais, para a solução das demandas de massa de litigiosidade repetitiva já existe no CPC/2015 o IRDR e os demais mecanismos de julgamento por amostragem.

Em pronunciamento posterior, o Presidente da Comissão de Juristas, Ministro Luiz Fux, responsável pelo anteprojeto do novo Código de Processo Civil explicou as razões do veto, sustentando a inconstitucionalidade do incidente, nesses termos:

“A conversão da ação individual em coletiva, inserida pela Câmara dos Deputados, foi vetada a pedido da Advocacia Geral da União (AGU) que entrevia clara inconstitucionalidade em converter uma ação individual em coletiva, violando o preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição segundo o qual nenhuma lesão ‘individual’ deverá escapar da apreciação do Judiciário, razão porque coletivizar a demanda individual encerra franca violação ao preceito da Carta Magna”.¹²⁶

A fundamentação utilizada para o veto foi a de que o Incidente de Coletivização da Demanda (ICD) é inconstitucional na medida em que violaria o princípio constitucional do acesso à Justiça e o direito individual de ação, baseado na inafastabilidade da jurisdição, tendo em vista que a conversão da demanda individual em coletiva impediria o autor originário de prosseguir com sua demanda e de vê-la ser apreciada.

Na mesma linha de raciocínio afirma José Rogério Cruz e Tucci que o ICD conferiria poderes autoritários ao magistrado e violaria o princípio da inércia da jurisdição, obstaculizando o prosseguimento da demanda individual, assim como no julgamento por amostragem.¹²⁷

Da mesma maneira preconiza Rodolfo Kronenberg Hartmann, que o incidente vetado era contrário ao sistema das ações coletivas, na medida em que a possível suspensão da demanda individual impediria o exercício do *opt out* previsto no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990)¹²⁸, por meio do qual o autor da demanda individual tem

¹²⁶ CARNEIRO, Luiz Orlando. *As explicações de Fux para os vetos ao novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/as-explicacoes-de-fux-para-os-vetos-ao-novo-cpc-17032015>>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹²⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Paradoxo da Corte. Um veto presidencial ao novo Código de Processo Civil!* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹²⁸ “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

o direito de prosseguir com sua ação sem aguardar a resolução da demanda coletiva. Ademais, para ele, a introdução do ICD se mostra desnecessária frente a previsão normativa do art. 139, inciso X, do CPC/2015, no qual o magistrado, quando se deparar com demandas individuais repetitivas, poderá notificar os legitimados extraordinários do art. 5º da Lei nº 7.347 para propor a ação coletiva cabível.¹²⁹

Para Hugo Nigro Mazzilli o veto tem razão de ser, tendo em vista que o ICD geraria muitas dúvidas, complexidades e produziria efeito contrário à almejada economia processual.¹³⁰

Data máxima venia, nenhuma das razões supracitadas são capazes de sustentar a inconstitucionalidade do Incidente de Coletivização da Demanda (ICD) ou mesmo justificar com pertinência o seu veto, tendo o CPC/2015 perdido a oportunidade de se valer de um instituto processual apto a resolver adequadamente os conflitos essencialmente coletivos, por meio do qual seria possível a obtenção de uma sentença *erga omnes* que de certa forma estancaria ou, ao menos, diminuiria o ajuizamento de um sem número de demandas repetitivas.

O argumento de inconstitucionalidade do incidente de coletivização da demanda por violação do acesso à Justiça e do princípio da inafastabilidade da jurisdição não merece prosperar, tendo em vista que o autor originário da demanda individual, ainda que estivesse postulando direito que ultrapassasse sua esfera jurídica, não seria afastado da ação, mas continuaria junto ao legitimado extraordinário na qualidade de litisconsorte unitário e, caso existisse pedido de natureza estritamente individual, este poderia continuar seu processamento em autos apartados.

Mais uma vez, a coletivização da demanda só recairia sobre aquele processo cujo pedido tratasse de direitos coletivos em sua essência, aqueles que em razão das suas características não devem ser manipulados em ações individuais, sob pena de não receberem a adequada tutela jurisdicional.

requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva". BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹²⁹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *O novo CPC (Lei n 13.105/2015) e os seus vetos*. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/869/o-novo-cpc-lei-n-131052015-e-os-seus-vetos>>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.195.

Como bem explicita Kazuo Watanabe em sua entrevista ao Consultor Jurídico (ConJur) sobre a característica da ação individual que ensejaria a instauração do ICD:

“Agora na prática existem ações pseudo-individuais, a ação é proposta como individual, mas na verdade não poderia ser. Trata-se de uma demanda que individualmente não pode ser processada, é uma **pseudo-demanda individual**”.¹³¹ [Grifou-se]

Não há maneira mais eficiente de garantir o acesso à Justiça para os conflitos da coletividade senão por meio das ações coletivas, a instauração do incidente nada mais representaria, do que a simples adequação da demanda “pseudo individual” ao rito processual que melhor se ajustaria às peculiaridades daquele direito naturalmente coletivo.

Igualmente, não se pode dizer que o ICD ocasionaria violação à regra do *opt out*, tendo em vista que após a conversão da demanda seriam aplicadas as regras do microsistema processual coletivo, estando facultado ao autor originário permanecer como litisconsorte unitário ou desistir expressamente da ação coletiva, ajuizando, nesse último caso, nova demanda individual. Vale dizer que antes da instauração do incidente o autor da ação individual originária deveria ser ouvido, e independente da sua escolha, em se beneficiar ou não da ação coletiva, não seriam dele cobradas as custas judiciais decorrentes da conversão. Tem-se que “o autor original, poderia, simplesmente, requerer seu desligamento da demanda, o que vai acontecer ou pela desistência direta ou pelo simples abandono”.¹³²

Raciocinar sob a perspectiva de que se deveria garantir a permanência do autor originário em detrimento da coletivização da demanda ainda que aquele veiculasse pedido de alcance coletivo, seria “priorizar um egoístico acesso à Justiça”¹³³, afinal, o rol de legitimados extraordinários das ações coletivas além de representar adequadamente toda coletividade titular do direito postulado, configuraria como uma legitimidade indireta inclusive do autor originário da demanda.

¹³¹ WATANABE, Kazuo. *Sociedade não pode ser tão dependente do Estado para resolver conflitos*, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹³² BERNADINA, Humberto Dalla. *Incidente de Conversão da Ação Individual em Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 08 mar 2017.

¹³³ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em: 08 mar 2017.

Seguindo o raciocínio, argumentar que o incidente de coletivização da demanda violaria o princípio da inércia da jurisdição, conferiria poderes autoritários ao juiz e traria transtorno para o autor originário em razão da possibilidade de suspensão da sua demanda individual não guarda razoabilidade com os alicerces do nosso ordenamento, inclusive com as já mencionadas implicações do IRDR projetado no CPC/2015.

No âmbito do ICD o magistrado, como dito, em observância ao contraditório, deveria ouvir o autor originário para que pudesse determinar a conversão, estando, inclusive, vinculado ao preenchimento dos requisitos de relevância social e dificuldade de formação de litisconsórcio na demanda. Sendo assim, nessa hipótese o juiz, quando provocado por um dos requerentes elencados, continuaria figurando como mero aplicador das normas positivadas, “ainda que desempenhem uma função criativa do direito para o caso concreto, deverão fazê-lo à luz dos valores compartilhados pela comunidade a cada tempo”¹³⁴.

O argumento de que esse incidente poderia ensejar comportamentos arbitrários por parte do magistrado é um argumento metajurídico que não serve para tornar o incidente de coletivização da demanda inconstitucional e nem é suficiente para justificar o fato de ter sofrido veto do Executivo. Nada de incomum há nesse tipo de crítica. É importante registrar que essas preocupações vêm sendo levantadas desde as primeiras previsões de tutela coletiva no ordenamento jurídico pátrio. Não obstante a isso, é possível perceber que o microsistema de processo coletivo se apresenta hoje como necessário e indispensável mecanismo de tutela adequada dos direitos transindividuais.

Em defesa do ICD elucidada Dalton Santos Morais:

“Ademais, com a aplicação das regras do processo coletivo na ação convertida, se houver desistência do autor individual quanto à sua posição de litisconsorte unitário na ação convertida e ele ajuizar nova ação individual, como visto anteriormente, não haverá a temida suspensão da pretensão individual em detrimento da continuidade da ação coletiva. Mas, mesmo que houvesse a tão temida suspensão, nenhuma inconstitucionalidade ocorreria no presente caso apenas por isso, pois, do contrário, se a suspensão de um determinado processo individual para esperar a fixação da tese jurídica a ser empregada aos demais processos idênticos que já existem gera alguma inconstitucionalidade, ter-se-ia também como inconstitucional o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), que previsto no art. 976 e seguintes do NCPC, após a sua instauração, determina a suspensão de todos

¹³⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, 2009. p. 20-21. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 10 mar 2017.

os demais processos em que a tese jurídica controvertida seja aquela objeto de exame e decisão no incidente”.¹³⁵

Acredita-se que com a aplicação das regras do microsistema do processo coletivo após a conversão da demanda, além de poder continuar como litisconsorte unitário e ter seu pedido estritamente individual correndo em autos apartados, seria facultado ao autor até mesmo desistir de se beneficiar da ação coletiva e ajuizar uma nova demanda individual em atendimento à regra do *opt out*. Nesse caso, a tramitação do seu pedido estritamente individual não seria suspenso e nem ocorreria a suspensão do eventual processo individual proveniente do abandono da ação coletiva. No entanto, ainda que se imaginasse a possibilidade de suspensão de uma demanda individual em detrimento da coletiva, não haveria incompatibilidade com as técnicas já utilizadas no ordenamento jurídico brasileiro, para sustentar que a possível suspensão desses processos ensejaria na inconstitucionalidade do instituto, então seria necessário levar essa lógica também para o mais novo IRDR.

No que tange ao argumento de que o ICD levaria na prática a aglutinação de inúmeras demandas individuais, traria inúmeras complexidades e produziria efeitos contrários àqueles pretendidos pela economia processual, cumpre esclarecer que o referido incidente, diferente dos demais abarcados pelo CPC/2015, não visava unicamente à economia processual, dentre as suas principais finalidades estava a de fornecer uma adequada tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, representando da melhor maneira aquela coletividade atingida por esses direitos.

Além da consequente economia processual com a racionalização da jurisdição por meio da resolução da questão coletiva de uma única vez, a coletivização da demanda metaindividual pretendia dar um tratamento isonômico a toda coletividade afetada, promovendo um verdadeiro acesso coletivo à jurisdição com paridade de armas através da representação extraordinária. A verdade é que a complexidade da ação é inerente à complexidade dos direitos tutelados, para problemas complexos não existem soluções simples.

O incidente de coletivização da demanda significaria muito mais do que um agente atuante na incessante busca pela economia processual, mas um importante mecanismo na promoção de uma jurisdição eficiente.

¹³⁵ MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o Poder Público no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.419.

Com relação à alegação de que a presença do artigo 139, inciso X, no CPC/2015 torna desnecessária a previsão do incidente de coletivização da demanda, resta esclarecer a respeito das diferenças que residem entre as previsões normativas, sem desmerecer obviamente a oportuna previsão do legislador. O instituto previsto no inciso X do art. 139 trata das demandas individuais repetitivas, cabendo ao juiz diante delas oficiar os legitimados extraordinários para a propositura da ação coletiva cabível, enquanto isso, o art. 333 tratava da possibilidade de conversão de uma demanda “pseudoindividual” em coletiva para tratar adequadamente os direitos essencialmente coletivos sem a necessidade da existência de demandas individuais repetitivas.

Sobre o art. 139, inciso X, do CPC/2015 sustenta José Roberto Sotero de Mello Porto:

“O referido instrumento, embora não precisasse estar expresso, seguramente traduz avanço na relação entre ação individual e ação coletiva, mas, sobretudo, entre Judiciário e Defensoria, que ganha mais protagonismo, como ator estratégico na desenfreada perseguição da economia processual macroscópica. Isso porque o dispositivo fala em “demandas repetitivas”. Nesse ponto, porém, não andou bem o código, porque estimula a confusão mencionada acima entre ação coletiva e fixação de tese coletiva, e limita suas hipóteses de aplicação”.¹³⁶

Para o supracitado autor, a previsão normativa do art. 333 representaria efetivamente a ação coletiva com ampla possibilidade de utilização do incidente, enquanto o art. 139, inciso X, representa mais um mecanismo para lidar com a litigiosidade repetitiva por meio da fixação de uma tese coletiva.

Assim sendo, a previsão do inciso X do art. 139 do novo Código de Processo Civil mostra-se de aplicação mais restrita que o incidente de coletivização da demanda, tendo em vista que este poderia ser instaurado em qualquer demanda que versasse sobre direitos transindividuais independente do alto número de interposição de demandas idênticas. O ICD beneficiaria a tutela daqueles direitos “ontologicamente coletivos”¹³⁷ que muitas vezes não ensejam a propositura de demandas repetitivas, ou mesmo aqueles direitos cujos titulares indeterminados ou determináveis não possuem incentivos para litigar em juízo.

¹³⁶ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em: 10 mar 2017.

¹³⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.180-181.

A acertada codificação do art. 139, inciso X, no novo Código de Processo Civil, apesar de louvável ao incumbir o magistrado da notificação do Ministério Público e da Defensoria Pública frente à existência de demandas individuais repetitivas, não serve para substituir o ICD, nem mesmo para justificar o veto ao artigo 333.

Seguindo a linha de pensamento da AGU, o tema de que trata o ICD necessitaria de disciplina própria para garantir sua eficácia, sob pena de culminar em conversões de demandas individuais em coletivas de maneira pouco criteriosa. Com todo respeito, há fragilidades na argumentação acima que precisam ser contestadas.

Em primeiro lugar, o incidente de conversão da demanda não seria um instrumento de aplicação isolada, sua aplicação estaria condicionada às normas do microssistema processual coletivo, este com profícuas décadas de tradição no ordenamento jurídico pátrio. O próprio art. 333 invocava em seu texto normativo os diplomas do microssistema processual coletivo estimulando sua interpretação e aplicação de maneira coordenada e unitária com o sistema normativo já existente.

A discussão acerca da necessidade, da possibilidade e da viabilidade de um sistema processual coletivo próprio é tema para um novo trabalho monográfico, no entanto, cumpre aqui esclarecer que já existe um sistema coletivo robusto e suficientemente capaz de regulamentar o processo coletivo e nortear a aplicação dos seus institutos, institutos esses de suma importância no ordenamento e que não podem deixar de cumprir seu propósito de fornecer adequada tutela aos direitos coletivos em sentido amplo sob a justificativa de que não há regulamentação global específica.

Em segundo lugar, a instauração do ICD estaria condicionada ao preenchimento das condições explicitadas no artigo, a sua utilização, assim como em todos os demais mecanismos previstos no novo diploma processual, não poderia ser feita com a ausência de critérios, esses deveriam ser auferidos pelo julgador e caso fossem identificadas eventuais arbitrariedades, as quais nenhum processo está imune, haveria um mecanismo processual próprio para combatê-las, o agravo de instrumento, conforme o inciso XII do art. 1015, igualmente vetado.

Tentou-se sustentar ainda a dispensabilidade do incidente de coletivização em razão da então previsão de mecanismos no CPC/2015 para a solução de demandas de massa. Ora, como explicitado em momento anterior as TIRC (mecanismos de julgamento por amostragem para demandas repetitivas) e as TCRI (ações coletivas na tutela de direitos transindividuais) são

técnicas processuais que não se confundem, não se suprem e não se anulam, poderiam inclusive conviver harmonicamente cada qual com seus objetivos específicos.

Esses mecanismos a que se refere a AGU no teor do veto foram pensados para enfrentar a pulverização de demandas repetitivas idênticas, enquanto o ICD surgiu se preocupando com a efetividade da tutela dos direitos naturalmente coletivos. Melhor dizendo, “o processo coletivo surgiu para cuidar dos conflitos decorrentes de direito material coletivo, como já se expôs, ao passo que os mecanismos de resolução de demandas repetitivas foram pensados, simplesmente para fazer frente à pulverização de demandas idênticas”¹³⁸.

A verdade é que o art. 333 não estaria “inventando a roda”, a sua redação não trazia consigo grandes e desconhecidas inovações, as ações coletivas são tradicionalmente conhecidas em nosso ordenamento. O que se pretendia com o ICD era estabelecer um marco na codificação do processo coletivo, proporcionando o desenvolvimento de uma ideologia coletiva para que o processo civil tradicional conseguisse tratar de maneira mais adequada os direitos essencialmente transindividuais e proporcionasse o efetivo acesso coletivo à jurisdição.

Assim conclui José Roberto Sotero de Mello Porto acerca da intenção do ICD:

“*De lege ferenda*, o que o dispositivo vetado intentava era ampliar a efetividade da tutela, que, embora buscada de maneira individual, poderia beneficiar outros sujeitos, externos ao processo. Pensemos, por exemplo, em um cadeirante que busque o efetivo acesso à universidade ou à escola, pleiteando a construção de uma rampa de acesso. Não resta dúvida de que é titular desse direito, considerado de maneira isolada, como também não se pode questionar que a faceta difusa do mesmo interesse. A conversão, in casu, garantiria amplitude maior à solução da lide, beneficiando sujeitos exoprocessuais”¹³⁹.

O objetivo do art. 333 era corrigir uma deficiência corriqueira na jurisdição brasileira a discussão de direitos de natureza coletiva no âmbito de ações individuais. O incidente de conversão de demandas “pseudoindividuais” em coletivas significaria a correção de um erro processual e, conseqüentemente, um erro de representação, tendo em vista que a única maneira de tutelar adequadamente esses direitos é, indiscutivelmente, por meio das ações coletivas.

¹³⁸ DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.532.

¹³⁹ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em: 10 mar 2017.

Assim explica Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr. a respeito das ações “pseudoindividuais” a que se destinaria o ICD:

“As ações seriam pseudoindividuais quando o resultado gerasse necessariamente efeitos sobre toda a comunidade, como nas ações individuais para coibir ou cessar a poluição produzida por determinada indústria ou ainda a ação do sócio para propor a anulação de deliberação assemblear (exemplo conhecido de litisconsorte unitário facultativo)”.¹⁴⁰

A necessidade da adequada representatividade para alcançar uma efetiva tutela jurisdicional não é nenhuma desconhecida e incipiente inovação, sendo, inclusive, o viés do *amicus curiae* ou “amigo da corte” tratado de maneira abrangente pelo CPC/2015 que no seu art. 138¹⁴¹ trabalha com a ideia de representação adequada para as demandas que possuam repercussão social, permitindo a participação de órgãos e entidades com a referida representatividade adequada para influir na discussão da matéria socialmente relevante.¹⁴²

Sendo assim, com esse instituto o novo diploma reconheceu a importância dos auxiliares especializados da justiça na construção da convicção do magistrado para demandas complexas. Numa breve explanação desse instituto, explica Eduardo Talamini:

“O *amicus curiae* (art. 138 do CPC/2015) é terceiro admitido no processo para fornecer subsídios instrutórios (probatórios ou jurídicos) à solução de causa revestida de especial relevância ou complexidade, sem, no entanto, passar a titularizar posições subjetivas relativas às partes – nem mesmo limitada e subsidiariamente, como o assistente simples. Auxilia o órgão jurisdicional no sentido de que lhe traz mais elementos para decidir. Daí o nome de ‘amigo da corte’.

O *amicus curiae* não assume a condição de parte. E sua intervenção não se fundamenta no interesse jurídico na vitória de uma das partes, diferenciando-se, sob esse aspecto inclusive da assistência. Por isso, ele não assume poderes processuais sequer para auxiliar qualquer das partes. Ainda que os seus poderes sejam definidos em cada caso concreto pelo juiz (art. 138, § 2º, do

¹⁴⁰ DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007, p.91.

¹⁴¹ “Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”. BRASIL, *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 mar 2017.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15*. Migalhas de Peso, 1º de março de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso em: 10 mar 2017.

CPC/2015), na essência serão limitados à prestação de subsídios para a decisão”.¹⁴³

Ora, o art. 333 só viria corroborando com esse entendimento. A conversão da demanda “pseudoindividual” em coletiva com a admissão de legitimados extraordinários tecnicamente preparados para a defesa da coletividade em juízo influenciaria diretamente no deslinde da questão coletiva por meio de uma adequada representatividade. O Ministério Público e a Defensoria Pública, neste caso, não seriam apenas auxiliares da justiça, mas teriam uma postura ainda mais proativa, agiriam como reais legitimados extraordinários, como partes no processo em busca de uma adequada defesa dos interesses da coletividade.

Resta claro e incontestável que permitir a entrada na demanda de instituições como o Ministério Público e a Defensoria Pública para assumir a condução de um processo onde se discutem direitos de natureza coletiva é conferir maior peso político à demanda com uma carga probatória mais robusta, completa e com uma litigância processual embasada na paridade de armas. Dificilmente esses mesmo direitos essencialmente coletivos seriam tão bem tutelados por um litigante individual comum e imagina-se que dificilmente esse mesmo autor individual iria se opor aos benefícios que essa adequada representatividade lhe traria por meio da coletivização da sua demanda.

Sobre a legitimação extraordinária ativa e o interesse jurídico expõe Eduardo Talamini:

“Reconhece-se que negar o amplo emprego do processo coletivo em prol dos direitos difusos e coletivos implica obstar o acesso à justiça. Pela via individual não há como tutelá-los. O substrato jurídico-material indivisível, reconhecidamente coletivo, impõe essa constatação”.¹⁴⁴

O cerne de todas as discussões encontra-se na confusão que a maioria dos operadores do direito, em razão da tradicional forma de raciocinar os conflitos, fazem quando pensam em direitos coletivos somente como direitos individuais homogêneos, no entanto, existem direitos como os difusos e os coletivos *stricto sensu* que apenas são adequadamente tutelados no âmbito de ações coletivas através de uma adequada e necessária representação extraordinária.

¹⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15*. Migalhas de Peso, 1º de março de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso em: 10 mar 2017.

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.113.

Sobre as características dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, os naturalmente coletivos, os quais seriam os alvos do incidente de coletivização da demanda expõe Fernando da Fonseca Gajardoni:

“Indivisíveis porque há a impossibilidade de fruição exclusiva do bem por um indivíduo com a exclusão dos demais, de modo que tanto a lesão quanto a satisfação do direito atingem, indistintamente, todo o grupo. E públicos porque estes direitos e interesses são insuscetíveis de apropriação privada (a parcela de interesse individual sobre estes bens e direitos costuma ser pequena)”.¹⁴⁵

A sugestão normativa do art. 333 não trataria de ferir o direito individual de ação do autor originário da demanda, mas trataria, na verdade, de adequar a correta judicialização dos conflitos da sociedade contemporânea, os quais encontram nas ações coletivas fundamental instrumento de “acesso à ordem jurídica justa”, isso porque o acesso à Justiça vai além do simples acesso formal, sua garantia deve ser substancial, deve servir para buscar adequada solução processual para a tutela dos conflitos que envolverem direitos naturalmente coletivos.¹⁴⁶

A preocupação que sondava Kazuo Watanabe quando da sugestão do incidente de coletivização da demanda estava no erro constante do Judiciário brasileiro em deliberar acerca de direitos naturalmente coletivos no âmbito de ações individuais sem a representatividade adequada para tanto, conforme expôs nesses termos:

“Muitos erros têm sido cometidos na *práxis* forense pela desatenção dos operadores do direito às peculiaridades da relação jurídica material em face da qual é deduzido o pedido da tutela jurisdicional, como a inadmissível fragmentação de um conflito coletivo em múltiplas demandas coletivas, quando seria admissível uma só, ou senão a propositura de demandas pseudoindividuais fundadas em relação jurídica substancial de natureza inscindível”.¹⁴⁷

Ora “a perspectiva individualista do processo civil deve dar vez a um coletivismo, sempre respeitando as garantias processuais, por óbvio. Essas, porém, acabam mitigadas em certas situações, sem que, com isso, se incorra em qualquer absurdo inconstitucional”¹⁴⁸. Daí

¹⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.135-136.

¹⁴⁶ WATANABE, Kazuo. *A Sociedade não pode ser tão dependente do Estado para resolver conflitos*, 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>>. Acesso em: 04 jun 2016.

¹⁴⁷ WATANABE, Kazuo. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In: Revista de Processo, n. 67, São Paulo, 1992, p. 15.

¹⁴⁸ PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em: 10 mar 2017.

que se questiona como sustentar o direito individual de ação se o direito porventura discutido não é estritamente individual?

Nesta oportunidade, em última análise, cumpre comentar a ressalva constante na justificativa do veto sobre a concordância da OAB com os argumentos da AGU, trazendo aqui a observação feita por José Roberto Sotero de Mello Porto:

“Curioso é o comentário final do veto: em seu sentido, posicionou-se a OAB. Será que por ser muito mais interessante, notadamente do ponto de vista financeiro, o ajuizamento de inúmeras ações individuais do que apenas uma coletiva? Ada Grinover propõe uma solução de modo a conciliar os interesses: a condenação ao pagamento de honorários do advogado da ação convertida”.¹⁴⁹

A gritante e temida diferença do ICD para as soluções adotadas pelo CPC/2015 reside na coisa julgada coletiva, na obtenção de uma sentença *erga omnes* que beneficia a todos os titulares indeterminados ou determináveis que façam jus ao direito coletivo questionado, no entanto, seria difícil que os críticos sustentassem que não se desejava, na verdade, sofrer os efeitos dessa coisa julgada.

Ao que parece, existem interesses para além daqueles explicitados no veto para que o incidente de coletivização da demanda não vigorasse sob o novo Código de Processo Civil. As frágeis argumentações utilizadas para sustentar sua inconstitucionalidade levam a crer que outros fatores influenciaram essa escolha, como o interesse econômico da classe de advogados que se beneficiam da pulverização de demandas repetitivas e até mesmo os incômodos que os reflexos da tutela coletiva causam aos grandes violadores de direitos em massa e aos litigantes habituais.

3.3 A quem interessa a coletivização das decisões em detrimento da coletivização da demanda?

Desconstruídos os argumentos do veto presidencial ao art. 333, resta analisar o cenário em que o veto ocorreu a fim de constatar quais possíveis interesses extrajurídicos embarreiraram a entrada do incidente de conversão da demanda individual em coletiva no novo Código de Processo Civil.

Em análise anterior, constatou-se que, no que diz respeito à tutela dos direitos naturalmente coletivos, há inúmeras vantagens na perspectiva do acesso à justiça e da efetividade da tutela jurisdicional que justificam a sobreposição da técnica de coletivização da

¹⁴⁹ idem.

demanda, da tutela coletiva propriamente dita, sobre as técnicas de julgamento por amostragem (técnicas individuais de repercussão coletiva ou técnicas de coletivização de sentenças).

Na visão de Marcelo Abelha Rodrigues, numa comparação entre as técnicas supracitadas, a defesa em juízo dos interesses da coletividade estaria melhor representada no âmbito das ações coletivas com a atuação dos legitimados extraordinários, nesse sentido:

“Parece não haver dúvidas de que, ao escolher aqueles entes como os que exerceriam o papel de defender em juízo a coletividade, o legislador levou em conta não apenas sua representatividade, mas, sobretudo, sua capacidade de bem defender os interesses dessa mesma coletividade.

(...)

E, juntamente com esse grande porte vem sempre uma grande estrutura e um grande poder de influência em prol das teses que lhes são favoráveis. É justamente por isso que tem importância que no outro polo do processo, estejam órgãos e entidades com igual capacidade técnica e política, como é o caso do Ministério Público”.¹⁵⁰

No raciocínio supracitado, as mesmas vantagens não podem ser extraídas das técnicas de coletivização de julgamento, as quais, nascidas sob a justificativa de desafogar o imenso contingente de processos do poder judiciário fazendo frente à litigância de massa repetitiva, não servem para tutelar adequadamente direitos metaindividuais por não os fornecerem a representatividade e a paridade de armas necessárias.

Debruçando-se sobre um suposto espírito litigioso do brasileiro é que se priorizou a todo custo o enaltecimento das técnicas individuais de repercussão coletiva visando sobretudo a celeridade e a economia processual. No entanto, as discussões jurídicas que envolvem lesões em massa que repercutem na esfera de um sem número de indivíduos, quase sempre são travadas com instituições de grande porte, as quais, sem sombra de dúvida, possuem fortes armas de defesa na litigância processual.

Privilegiar as técnicas de julgamento por amostragem nos litígios de massa beneficia, logicamente, os litigantes habituais, tendo em vista que o processo-modelo selecionado para a definição da tese jurídica terá na direção um indivíduo comum, naturalmente hipossuficiente, o qual não conseguirá representar adequadamente toda aquela coletividade que

¹⁵⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.630.

aguarda com os processos sobrestados e ainda todos aqueles que nem chegaram a pleitear em juízo seu direito, levando em conta a vinculação da tese inclusive para casos futuros.

Traçando um panorama da litigância repetitiva no Poder Judiciário brasileiro, conclui Hugo Nigro Mazzilli:

“É totalmente falsa a ideia que se divulga por aí de um suposto *demandismo* como se houvesse um gosto todo brasileiro de buscar excessivamente a Justiça, numa ridícula ‘litigiosidade desenfreada’. Que duvidoso gosto poderia ter o brasileiro comum de procurar uma Justiça nada funcional? Se esse gosto existe, não é da população em geral: é dos governantes e dos mau pagadores, que podem valer-se de um processo moroso, lento a perder de vista, geralmente na confortável posição de réus. Pois quem é que procura a Justiça brasileira hoje? Excetuados aqueles que dela se valem para postergar o cumprimento de suas obrigações, no mais ninguém quer recorrer à Justiça, a não ser em último caso, último mesmo. O lesado não a procura a não ser que não tenha outro caminho, porque ela é lenta, é onerosa, é ineficiente... Com toda a franqueza, uma Justiça assim só com muita boa vontade é que poderíamos chamá-la de Justiça... Uma Justiça que é assim lenta nega ser Justiça, por deixar de corresponder às necessidades reais”.¹⁵¹

Nesta ceara, tem-se que a justiça brasileira atualmente serve aos litigantes habituais, os grandes violadores de direito em massa que se beneficiam com a falta de efetivo acesso e de efetivo funcionamento da jurisdição.

A existência desses litigantes habituais, protagonistas da maioria dos processos que hoje sobrecarregam o judiciário, se revela quando da análise do relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012 sobre os maiores litigantes da justiça brasileira¹⁵².

Levando em conta todos os órgãos judiciais, o referido relatório elencou os cem maiores litigantes do país, figurando como os três primeiros na sequência: a União, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a Caixa Econômica Federal (CEF); e especialmente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, atingiu-se o ajuizamento anual de 1,4 milhão de processos contra a Administração Pública Federal.

Verifica-se que nas instâncias superiores, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF) a situação é a mesma, de acordo com a estatística divulgada, dos 562 casos paradigmas de controvérsia analisados em sede de recursos extraordinários repetitivos que tiveram a repercussão geral reconhecida, 426 são temas relacionados ao Poder Público, ou seja,

¹⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.189.

¹⁵² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Relatório: Os 100 maiores litigantes da justiça brasileira, 2012*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 12 mar. 2017.

mais de 75% das questões constitucionais que vão a julgamento na suprema corte envolvem de alguma maneira o Poder Público.

Somente a Advocacia Geral da União (AGU) atua em 16 milhões de ações judiciais envolvendo apenas a União, suas autarquias e fundações públicas federais. O espanto maior se dá na constatação de que cerca de 95% de todos os processos em trâmite atualmente tem como protagonistas, seja na condição de autor ou na condição de réu, o setor público (federal, estadual e municipal), bancos e empresas de telefonia.

Assim sendo, conclui-se que o Poder Público em todas as suas esferas e em conjunto com as entidades prestadoras de serviço público tem direta ligação com o imenso contingente de demandas de massa que sobrecarregam o Poder Judiciário Brasileiro. Em análise anterior ao relatório “Justiça em Números”¹⁵³ constatou-se que os assuntos mais tratados envolvem crises de adimplemento no âmbito das matérias: trabalhista, tributário, consumidor e civil (contratos).

Sabe-se que a utilização dos mecanismos de coletivização do julgamento representa a maneira individualista de lidar com os conflitos coletivos que beneficia esses litigantes habituais de grande porte, os quais, proporcionalmente, têm mais facilidade de fazerem valer a tese que lhes beneficia no centro de demandas individuais representadas por pessoas comuns, muitas vezes despreparadas para a defesa em juízo daquele direito coletivo, do que se ver como réu em uma ação coletiva dirigida por entidades tecnicamente capazes de conduzir com maestria a defesa da coletividade.

Isso porque, no julgamento por amostragem, não há como garantir, minimamente, que “os argumentos trazidos na causa escolhida para representar a controvérsia são realmente bem preparados, completos, adequadamente expostos, ou se aqueles sujeitos que o representam neste incidente, podiam fazê-lo (...) de forma representativa ou adequada”¹⁵⁴.

Numa análise aperfeiçoada do tema, constata Marcelo Abelha Rodrigues:

“O fato, assim, é que para os litigantes habituais hipersuficientes, é muito mais arriscado ser réu numa ação coletiva – proposta, por exemplo, pelo Ministério Público – e ver o resultado espriar-se *erga omnes* para toma a comunidade,

¹⁵³ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 26 fev 2017.

¹⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.632.

que ser demandado por cada um dos indivíduos interessados, e no julgamento de apenas um recurso, fazer prevalecer tese que lhe é favorável, valendo tal resultado para todos os demais recursos”.¹⁵⁵

Sob esse aspecto, não só é mais fácil para os litigantes habituais figurarem como réus em inúmeras ações individuais e fazerem valer suas teses em processos paradigmas dirigidos por litigantes comuns, como do ponto de vista econômico, é mais lucrativo para os bancos e empresas de telefonia, por exemplo, pulverizar a tutela jurisdicional dos direitos decorrentes de lesões de larga escala em ações individuais, principalmente quando nem todos os titulares possuem incentivos suficientes para buscar seus direitos judicialmente (muitas vezes o produto das indenizações pulverizadas é bem menor que o ganho obtido com o ilícito que provocou a lesão coletiva).

Nessa circunstância faz-se *mister* acrescentar o voto vencido proferido pelo Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial nº 911.802/RS, no qual se discutia a cobrança de assinatura básica por empresa de telefonia, nesses termos:

“Não se resiste aqui à tentação de apontar o paradoxo. Enquanto o ordenamento jurídico nacional nega ao consumidor-indivíduo, sujeito vulnerável, legitimação para a propositura de ação civil pública (Lei 7347/1985 e CDC), o STJ, pela porta dos fundos, aceita que uma demanda individual – ambiente jurídico-processual mais favorável à prevalência dos interesses do sujeito hiperpoderoso (*in casu* o fornecedor de serviço de telefonia) – venha a cumprir o papel da ação civil pública às avessas, pois o provimento em favor da empresa servirá para manter na origem milhares de demandas assemelhadas – individuais e coletivas. Aliás, em seus Memoriais, foi precisamente esse um dos argumentos (a avalanche de ações individuais) utilizado pela concessionária para justificar uma imediata intervenção da Seção. (...). (BRASIL, STJ, 1.ª Seção, REsp 911.802/RS, Rel. Min. José Delgado, j 24.10.2007, Dje 01.09.2008)”.¹⁵⁶

A bem da verdade, diante desse cenário, não se pode desconsiderar a resistência que o Poder Público especificamente e os litigantes habituais de um modo geral têm com as ações coletivas. Isso explica os inúmeros recuos ocasionais que a legislação do processo coletivo sofreu ao longo dos anos na tentativa de cercar esses litigantes habituais das

¹⁵⁵ *ibidem*, p.635.

¹⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 1.ª Seção, REsp 911.802/RS, Relator: Ministro José Delgado, j. 24.10.2007, Dje. 01.09.2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=3402517&tipo=3&nreg=200602724586&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20080901&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 mar 2017. p.10.

possibilidades de incidência desse instrumento processual, os tornando imunes a tão temida sentença *erga omnes*.

São inúmeros os boicotes que sofreu a tutela coletiva durante sua construção legislativa, destacando-se, nessa oportunidade, a vedação constante no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347, introduzida por meio da medida provisória nº 2.180-35 de 2001¹⁵⁷, a qual proíbe a discussão de matéria tributária, contribuições previdenciárias e Fundos de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) no âmbito de ações civis públicas com o nítido intuito de diminuir a eficácia destas. O mesmo ocorreu quando da modificação do art. 16 da Lei de Ação Civil Pública por meio da lei nº 9.494 de 1998¹⁵⁸ na tentativa de restringir os efeitos da coisa julgada aos limites territoriais do órgão que a proferiu.¹⁵⁹

Sobre esse fenômeno de mortificação das ações coletivas elucidada Marcelo Abelha Rodrigues:

“Mas o Direito é, inapelavelmente, a fronteira que separa o dominante e o dominado.

É ele construído por quem domina; e quem domina, paradoxalmente, representa a soberania popular simplesmente porque quem o escolhe (o povo), titular da soberania, o faz sem liberdade de expressão do sufrágio, senão porque troca ou vende voto de forma consciente ou inconsciente, por favores, por políticas assistencialistas, por benesses e todo tipo de “esmola” oferecida pelo dominante. Nesse círculo vicioso, perpetua-se o poder e mantém-se a fronteira (lícita, legal) entre o dominante e o dominado”.¹⁶⁰

O Direito é, sem dúvida, quase sempre construído para ser um instrumento de dominação. Neste momento legislativo, observa-se a valorização das técnicas individuais de repercussão coletiva para a solução das demandas de massa, as quais desestimulam a defesa dos direitos transindividuais pelas ações coletivas afetando diretamente os titulares

¹⁵⁷ Art. 1º (...). Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001). BRASIL. Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 mar 2017.

¹⁵⁸ Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. BRASIL. Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 mar 2017.

¹⁵⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Réquiem para a Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/025.pdf>>. Acesso em: 12 mar 2017.

¹⁶⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.637.

hipossuficientes (dominados) e privilegiando os litigantes habituais de grande porte (dominantes). A resistência às ações coletivas segue adiante culminando no recente veto do Executivo sobre o art. 333 e seu incidente de coletivização da demanda, momento em que se perdeu uma excelente oportunidade de trazer adequação à tutela dos direitos naturalmente coletivos na promoção de um efetivo acesso coletivo à jurisdição de maneira substancial.

3.4 A perda da oportunidade para a solução única de demandas de massa, principalmente envolvendo o Poder Público.

Consoante restou demonstrado, o incidente que seria introduzido no CPC/2015 por meio do art. 333 representava nada menos do que um imprescindível mecanismo de adequação à correta judicialização dos conflitos essencialmente coletivos. A utilização do incidente de conversão da ação individual em coletiva certamente serviria para corrigir o rumo das demandas “pseudoindividuais” com a finalidade de lhes conferir uma tutela adequada em consonância com o significado substancial do “acesso à ordem jurídica justa”.

Com a consolidação do veto ao art. 333 perdeu-se uma verdadeira oportunidade de adequar a discussão judicial de direitos “ontologicamente coletivos” para a maneira mais racional, econômica, segura e eficiente possível.

As vantagens do ICD se tornam ainda mais visíveis quando pensadas para as demandas que envolvem o setor público. Em momento anterior constatou-se que os mecanismos de julgamento por amostragem foram pensados para fazer frente às demandas judiciais repetitivas que se replicam aos milhares em todos os setores do judiciário brasileiro tendo, em sua grande maioria, o Poder Público na condição de autor ou de réu. A verdade é que essas inúmeras ações judiciais sequer precisariam ser ajuizadas se pudessem ser tratadas judicialmente de forma coletiva desde o início das discussões.

Assim expõe Dalton Santos Morais:

“Diante do quadro exposto até aqui, parece-nos evidente que o grande problema não é o conflito entre Administração Pública e administrados, ou a litigiosidade administrativa em si, mas sim se considerar tal conflito normativo com ampla probabilidade de gerar multiplicidade de demandas judiciais idênticas ou essencialmente semelhantes como demandas individuais e, exatamente por conta disto, não se contar com a coletivização do processo e a adoção de uma sentença de eficácia *erga omnes* sobre todos os demais conflitos idênticos existentes ou que possam surgir como a solução daquele

conflito normativo paradigma, evitando-se, assim – ou, ao menos minorando –, o ajuizamento de um sem número de processos judiciais idênticos”.¹⁶¹

Diferentemente das técnicas individuais de repercussão coletiva, cuja aplicação é repressiva, ou seja, após as demandas repetitivas já terem sido ajuizadas; a utilização do ICD nas demandas de massa que envolvessem o Poder Público, além de proporcionar a adequada representação dos interesses da coletividade, ainda seria capaz de reduzir preventivamente a interposição de inúmeras demandas “pseudoindividuais” sobre a mesma questão e, conseqüentemente, aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, o qual despense hoje grande parte do dinheiro público para manter a tramitação do imenso contingente de processos.

Portanto, corre-se um sério risco de que mesmo com toda tendência codificadora do CPC/2015 de aprimoramento dos mecanismos de coletivização do julgamento e de valorização dos precedentes jurisprudenciais, os problemas da Justiça brasileira ainda continuem sem solução com a falta de efetivo acesso e de efetivo funcionamento da jurisdição, principalmente no que diz respeito aos conflitos coletivos.

De lege lata, é possível encontrar de alguma maneira uma saída pela interpretação daquilo que se encontra codificado a fim de não deixar perecer no ideal processualista a imprescindibilidade das ações coletivas na tutela dos direitos transindividuais, ainda que não se acredite, momentaneamente, que essa proposta que virá a seguir servirá para suprir a ausência do incidente de conversão da demanda individual em coletiva.

Assim, prezando pelo aproveitamento das novas ferramentas que se encontram codificadas no CPC/2015, a sugestão é de que o magistrado, ciente do conteúdo do inciso X do art. 139¹⁶², o interprete sob a perspectiva de todo o microsistema processual coletivo, especialmente, em cotejo ao art. 7º da Lei de Ação Civil Pública¹⁶³, e se veja com a incumbência, quando estiver em frente a uma demanda “pseudoindividual”, de notificar

¹⁶¹ MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o Poder Público no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p.422.

¹⁶² “Art. 139 O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) X – quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”. BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 mar 2017.

¹⁶³ “Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”. BRASIL, *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 mar 2017.

imediatamente o Ministério Público e a Defensoria Pública para a interposição da ação coletiva cabível independentemente do ajuizamento de inúmeras demandas repetitivas.

Como um último suspiro, frente a um veto tão inoportuno é que sustenta essa possibilidade, com a finalidade de fazer valer a intenção do art. 333 e do seu Incidente de Coletivização da Demanda por meio dos mecanismos que restaram vigentes no novo diploma processual civil, unicamente em favor daqueles direitos essencialmente coletivos que necessitam de uma tutela diferenciada a fim de garantir-lhes voz por meio de uma adequada representação e de um efetivo acesso coletivo à jurisdição.

CONCLUSÃO

O trabalho permitiu a compreensão do cenário a que se sujeita o processo coletivo no ordenamento brasileiro por meio da análise do seu percurso legislativo, dos direitos a que se destina tutelar, das tendências codificadoras do novo Código de Processo Civil e das razões e repercussões do veto presidencial ao art. 333. Sendo assim, foram extraídas as seguintes conclusões gerais:

1. A evolução do processo coletivo no ordenamento brasileiro se deu pela necessidade de reinventar institutos processuais capazes de tutelar em juízo os conflitos de massa emergentes da sociedade contemporânea que já não podiam ser supridos pela perspectiva individualista do processo, tendo em vista a massificação das relações sociais e a pulverização dos efeitos das lesões em massa. No entanto, a inexperiência dos operadores do Direito na compreensão dos direitos coletivos dificulta o desenvolvimento doutrinário do tema, em que pese estar atingindo aos poucos níveis satisfatórios.

2. As ações coletivas cultivam um papel imprescindível na efetiva tutela dos direitos transindividuais, especialmente no que diz respeito aos direitos naturalmente coletivos, como importante mecanismo de efetivação do acesso à justiça para a coletividade por meio da substituição processual fornecida pela legitimação *ad causam*. Dentre as finalidades do processo coletivo encontra-se a de fornecer uma adequada representatividade na defesa dos direitos coletivos em juízo fundamentada basicamente na dificuldade de formação do litisconsórcio, na indivisibilidade do bem jurídico tutelado e na paridade de armas entre as partes do processo.

3. Preocupado com a celeridade processual em razão do assoberbamento do Judiciário brasileiro, nasce em 2015 um novo Código de Processo Civil novamente alicerçado sob uma perspectiva individualista do processo quando deixa de disciplinar o processo coletivo e prioriza construção de precedentes vinculantes com a codificação de técnicas individuais de repercussão coletiva (técnicas de julgamento por amostragem) para fazer frente à litigiosidade de massa ou repetitiva, numa espécie de coletivização às avessas.

4. O IRDR é um marco na valorização dos precedentes e simboliza a tentativa do CPC/2015 de solucionar demandas de massa sob a ótica do processo individual sem atentar para as garantias processuais. O referido instituto cultiva objetivos diferentes daqueles pretendidos pelas ações coletivas, enquanto aquele se preocupa tão somente com a redução da

sobrecarga de processos, as ações coletivas com um propósito mais abrangente buscam atender as necessidades da coletividade no acesso à justiça.

5. Pelas características próprias dos direitos coletivos, especialmente aqueles naturalmente coletivos, sabe-se que as esparsas referências do CPC/2015 ao processo coletivo e os seus incidentes de coletivização do julgamento definitivamente não servem para conferir adequada tutela aos direitos transindividuais em substituição às ações coletivas, pois somente estas podem oferecer-lhes a representatividade adequada garantindo que sua tutela não seja comprometida por meio da pulverização de demandas individuais.

6. O art. 333 surgiu na tentativa de garantir não só o acesso à justiça meramente formal, mas assegurá-lo substancialmente à coletividade através da correta judicialização dos conflitos essencialmente coletivos por meio do Incidente de Conversão da Demanda Individual em Coletiva (ICD). O referido incidente permitiria a estabilização jurisprudencial, economia processual, isonomia das decisões, segurança jurídica e, sobretudo, a efetivação do acesso coletivo à ordem jurídica justa por meio de uma adequada representação processual.

7. A aplicabilidade do ICD se daria em observância às normas do microsistema de processo coletivo formado basicamente pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor e sua instauração serviria para corrigir um frequente equívoco da jurisdição, a tutela de direitos naturalmente coletivos por meio de ações individuais, no entanto, a conversão da demanda “pseudoindividual” em coletiva ainda resguardaria os interesses do autor individual originário, permitindo que figurasse como litisconsorte unitário da demanda coletivizada e que seu pedido estritamente individual continuasse correndo em autos apartados, priorizando o efetivo acesso coletivo à jurisdição sem, contudo, contrariar os interesses do indivíduo singularmente considerado.

8. O veto ao art. 333 foi inoportuno e suas razões insuficientes para sustentar sua inconstitucionalidade, o que leva a crer que outros interesses extrajurídicos tenham influenciado nessa decisão, trazendo à tona os possíveis interesses dos litigantes habituais de grande porte que figuram como parte na imensa maioria da litigiosidade de massa que assola o Poder Judiciário brasileiro, dentre os quais estão a União, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e a Caixa Econômica Federal (CEF). Para esses a substituição das ações coletivas na tutela dos direitos transindividuais pelas técnicas de coletivização da sentença ou de julgamento por amostragem certamente gera benefícios, na medida em que é mais cômodo figurarem como réus em inúmeras ações individuais e fazerem valer as teses que lhes beneficiam em processos

paradigmas dirigidos por litigantes comuns hipossuficientes, do que figurarem como réus em ações coletivas devidamente representadas e ver os efeitos da sentença *erga omnes* se espalharem.

9. O incidente que permitia a conversão da ação individual em coletiva representava um marco na codificação do processo coletivo e proporcionava um saudável desenvolvimento de uma ideologia coletiva para o tradicional processo civil com a finalidade de lhe conferir um instrumento processual apto a tratar mais adequadamente os direitos essencialmente coletivos, proporcionando um efetivo acesso coletivo à jurisdição e conferindo adequada representação em juízo por entidades tecnicamente capazes de conduzir com maestria a defesa da coletividade.

10. O veto ao art. 333 certamente significa mais um recuo ocasional no avanço da codificação do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro, não por inconstitucionalidade do incidente, mas provavelmente para que o Direito continue servindo como instrumento de dominação apto a perpetuar o poder por meio do abismo que separa o dominante e o dominado. Perdeu-se com isso, uma verdadeira oportunidade de adequar a tutela jurisdicional dos direitos essencialmente coletivos para a maneira mais racional, econômica, segura e eficiente possível.

Eis o estudo do processo coletivo, o qual se encontra atualmente moldado num cenário social de interesses extrajurídicos que o tracionam em diversos sentidos. Nesta oportunidade, atingiu-se o propósito de repensar o caminho que está seguindo o processo civil e analisar quais consequências essa inversão trouxe para as ações coletivas, tendo estas como o único meio de se garantir a efetiva tutela dos direitos coletivos.

Daí ser de suma importância o tema objeto desse estudo a fim de que os aplicadores do Direito tenham mais familiaridade com a identificação dos direitos coletivos inerentes à sociedade contemporânea e de suas peculiaridades, para que saibam utilizar corretamente os mecanismos processuais aptos a conferir-lhes adequada defesa em juízo, enxergando o direito de ação não como um simples direito de manifestar uma pretensão em juízo, mas um meio para alcançar uma adequada e efetiva tutela jurisdicional. A matéria do processo coletivo necessita ser amplamente conhecida e discutida no mundo jurídico para que seja possível proceder ao constante aperfeiçoamento desse instrumento apto a servir aos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gustavo Milaré. O incidente de resolução de demandas repetitivas e o trato da litigiosidade coletiva. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC*. Processo Coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARRETO, Susana Cadore Nunes. Novo Código de Processo Civil e o microssistema de processos coletivos: uma análise do art.18. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC*. Processo Coletivo. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, 2009. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 10 mar 2017.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; MARQUES, Claudia Lima; e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos; GRINOVER, Ada Pellegrini; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. *Processo Coletivo do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERNADINA, Humberto Dalla. *Incidente de Conversão da Ação Individual em Coletiva no CPC Projetado: Exame Crítico do Instituto*. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 08 mar 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Réquiem para a Ação Civil Pública*. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/025.pdf>>. Acesso em: 12 mar 2017.

BRASIL, Câmara dos Deputados. *Relatório final da Comissão Especial*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013>>. Acesso em: 06 mar 2017. p.258.

BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/1990). Vade Mecum. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Constituição Federativa da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. *Decreto nº 1.306*, de 09 de novembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1306.htm>. Acesso em: 23 jun 2016.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 4 jun.2016.

_____. *Lei nº 7.347*, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm > Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. *Lei nº 4717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. *Mensagem nº 56*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 07 mar 2017.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*, Recurso Especial 911.802/RS, 1.ª Seção, Relator: Ministro José Delgado, j. 24.10.2007, Dje. 01.09.2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=3402517&tipo=3&nreg=200602724586&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20080901&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 12 mar 2017. p.10.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*, Súmula 329. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.2712&seo=1>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, São Paulo, v.32, n.147, maio 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Luiz Orlando. *As explicações de Fux para os vetos ao novo CPC*. Disponível em: <<https://jota.info/justica/as-explicacoes-de-fux-para-os-vetos-ao-novo-cpc-17032015>>. Acesso em: 08 mar 2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini ;e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2015*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-justica-numeros-2015-final-web.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2017.

_____. *Relatório Justiça em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>> Acesso em: 26 fev 2017.

_____. *Relatório: Os 100 maiores litigantes da justiça brasileira, 2012*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Paradoxo da Corte. Um veto presidencial ao novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 08 mar 2017.

DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Bahia: Juspodivm, 2007.

_____. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2009

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DURÇO, Karol Araújo. As soluções para demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e suas implicações para o processo coletivo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Enunciado 343 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>.

Acesso em: 02 mar 2017.

Enunciado 345 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>.

Acesso em: 02 mar 2017.

Enunciado 346 do *Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC*. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>.

Acesso: 28 fev 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O processo coletivo refém do individualismo. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Projeto do novo CPC e sua influência no microsistema de processos coletivos: a coletivização dos processos individuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. *Processo Coletivo do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *O novo CPC (Lei n 13.105/2015) e os seus vetos*. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/869/o-novo-cpc-lei-n-131052015-e-os-seus-vetos>>. Acesso em: 08 mar 2017.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luis Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

MAZZILLI, Hugro Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

_____. *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, 2005 Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>> Acesso em: 4 jun. 2016.

_____. *As vantagens da defesa coletiva*, 2012. Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/vantagensdef.pdf>> Acesso em: 5 jun. 2016.

_____. *Novo CPC viola a Constituição ao dar poderes legislativos aos tribunais*, 2015. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-03/hugo-mazzilli-poder-tribunais-legislarem-viola-constituicao#author>> Acesso em: 5 jun. 2016.

_____. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. O Processo Coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAIS, Dalton Santos. A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o Poder Público no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

PORTO, José Roberto Sotero de Mello. *Conversão da ação individual em coletiva no novo CPC: um veto que não se sustenta*. Consultor Jurídico, 19 de abril de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-19/tribuna-defensoria-conversao-acao-individual-coletiva-cpc>>. Acesso em: 08 mar 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Por que estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?. In: DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

Superior Tribunal de Justiça. *Boletim Estatístico do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/boletim/Default.asp?ano=2006&submit=Ok>> Acesso em: 27 fev 2017.

Supremo Tribunal Federal. *RE e AI - % de Distribuição*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 27 fev 2017.

TALAMINI, Eduardo. A dimensão coletiva dos direitos individuais homogêneos: ações coletivas e os mecanismos previstos no Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. *Amicus curiae no CPC/15*. Migalhas de Peso, 1º de março de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234923,71043-Amicus+curiae+no+CPC15>>. Acesso em: 10 mar 2017.

_____. *Nota sobre o incidente de conversão em ação coletiva*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira, e Talamini, Curitiba, nº 96, fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=96&artigo=1200&l=pt>>. Acesso em: 07 mar 2017.

THEODORO JR., HUMBERTO; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 283-284.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ações Coletivas*. Bahia: Juspodivm, 2007.

WATANABE, Kazuo. *A Sociedade não pode ser tão dependente do Estado para resolver conflitos*, 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuowatanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>>. Acesso em: 04 jun 2016.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In: Revista de Processo, n. 67, São Paulo, 1992.

ZANETI JR.,Hermes. A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: um modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela. In: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. *Repercussões do Novo CPC. Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Programa de Pós-Graduação em Direito, Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p.9. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>>. Acesso em: 27 fev 2017.