FERNANDA MERCIER QUERIDO FARINA

**TÉCNICAS DE AGREGAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA EM
BUSCA DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2014

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DO LARGO DE SÃO FRANCISCO**

**TÉCNICAS DE AGREGAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS:
UMA ANÁLISE COMPARATIVA DA EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA EM
BUSCA DA EFICIÊNCIA PROCESSUAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, FACULDADE DE
DIREITO, DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROCESSUAL, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DE
PROCESSO CIVIL, USP / FD / DPC

FERNANDA MERCIER QUERIDO FARINA

ORIENTADOR: ROGÉRIO LAURIA TUCCI

SÃO PAULO, JANEIRO DE 2014

Nome: FARINA, Fernanda Mercier Querido

Título: Técnicas de Agregação de Demandas Repetitivas: uma análise comparativa da experiência norte americana em busca da eficiência processual.

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA À
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, FACULDADE DE
DIREITO, DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCES-
SUAL, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO DE PROCESSO
CIVIL, USP / FD / DPC

Orientador: Prof. Rogério Lauria Tucci

Aprovada em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. (a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. (a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. (a)_____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

À minha irmã, Tatiana, fonte de inspiração e compreensão para todos os momentos, por toda a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao Prof. José Rogério Cruz e Tucci e à Universidade de São Paulo, por me receberem de braços abertos e concretizarem um sonho.

À Columbia University School of Law, a Jason Nasrallah e ao Prof. Bert Huang, por me terem proporcionado uma experiência acadêmica e pessoal além das minhas expectativas, que mudaria completamente – e para melhor – não só a minha pesquisa, mas a minha pessoa.

Ao André, por dividir minha vida, meus sonhos e por me proporcionar tantas reflexões, que me fazem crescer, todos os dias. Obrigada pelas horas de discussão e pelos livros infinitos, que contribuíram sobremaneira para a minha pesquisa.

E, finalmente, aos meus pais, pelo apoio incondicional e admiração, que me propulsionam e fazem acreditar nos meus sonhos. Sem vocês nada disso seria possível.

*THEY say that “time assuages”, —
 Time never did assuage;
 An actual suffering strengthens,
 As sinews do, with age.
 Time is a test of trouble,
 But not a remedy.
 If such it prove, it prove too
 There was no malady.*

Dizem que o tempo ameniza.
 Isto é faltar com a verdade.
 Dor real se fortalece
 Como os músculos com a idade .
 O tempo é um teste no sofrimento
 Mas não o debelaria
 Se o tempo fosse remédio
 Nenhum mal existiria

Emily Dickinson (1924)

RESUMO

Essa pesquisa se destina a discutir a crise de eficiência por qual passa o Poder Judiciário brasileiro, decorrente dos processos repetitivos, e as soluções processuais para buscar amenizá-la.

Primeiramente far-se-á uma análise da situação atual dos tribunais nacionais, da carga de trabalho e dos efeitos da crise de eficiência na demora da prestação jurisdicional, bem como na sua influência maléfica nos direitos e garantias fundamentais ao acesso à justiça plena.

Posteriormente, em busca de soluções, far-se-á uma análise comparada de instrumentos de agregação de demandas repetitivas dos Estados Unidos com os instrumentos correlatos do Brasil.

Os institutos escolhidos para análise, diga-se, aqueles que se compreende serem os mais adequados no intento de solucionar as demandas repetitivas, subdividem-se em dois grupos: aqueles destinados a resolver processos oriundos da mesma questão de fato – a coletivização – e aqueles destinados a resolver processos envolvendo exclusivamente a mesma questão de direito – vinculação de precedentes.

Dessa maneira, de um lado estudar-se-á a *class action*, de modo a extrair dela os instrumentos necessários a fim de conferir aos institutos brasileiros de coletivização, particularmente à ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos, maior eficiência para solução de conflitos repetitivos. Objetivando-se, sempre, imprimir eficácia, segurança jurídica e celeridade ao processo.

De outro lado analisar-se-á o *stare decisis*, fazendo-se um paralelo com a jurisprudência vinculante e a experiência brasileira no manuseio da jurisprudência – súmula vinculante, súmula persuasiva etc.

A conclusão buscará encontrar na experiência dos institutos de agregação norte-americanos ensinamentos que possam contribuir de forma positiva com os institutos brasileiros de modo a conferir eficiência no manuseio das causas repetitivas, reduzindo, assim, o congestionamento do Poder Judiciário.

Palavras Chave: Agregação – Demandas repetitivas – class action – ação civil pública – ação coletiva – jurisprudência vinculante – stare decisis – eficiência – crise – demora

ABSTRACT

This research aims to discuss the efficiency crisis that affects the Judiciary Power in Brazil due to repetitive litigation and the procedural solutions thought to solve it.

First of all, it will be analyzed the actual situation of Brazilian Courts: workloads delay in the jurisdictional answer, as well as the direct consequences of delay on the due process and right to one day in court.

Secondly, in search of solutions, this research will do a compared analysis of the aggregation techniques for solving repetitive litigation in the United States and in Brazil.

The techniques chosen for study, those that are thought to be the best ones in the aim of bringing efficiency to civil procedure, are subdivided into two groups: the ones destined to solving procedures born from the same transaction or occurrence – preclusion mechanisms – and secondly, the ones destined to solving procedures uniquely discussing the same question of law – stare decisis.

Therefore, the study shall be divided into three chapters: one for problematic, one for studding the class action and one for stare decisis.

The class action will be compared with the Brazilian technique for solving mass tort cases (ação civil pública para tutela de interesses individuais homogêneos), suggesting modifications and improvements in the Brazilian legislation starting by the American class action study.

Finally, stare decisis will be compared with the Brazilian experience with dealing with jurisprudence and mandatory case law.

All of it in the aim of finding the best technique for solving repetitive litigation and improving the Brazilian procedural system, with efficiency and fairness.

Key Words: Class Action – Stare Decisis – Efficiency – Mandatory Case Law – Repetitive Litigation – Delay – Civil Procedure – Aggregation Techniques

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	10
PARTE 1: TEMPO E PROCESSO	17
1. JUSTIÇA EM NÚMEROS – PANORAMA DA MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	21
2. O TEMPO INIMIGO.....	27
2.1 Celeridade Processual na Monarquia Portuguesa	28
2.2 Tempo e a Sociedade Moderna	38
3. ACESSO À JUSTIÇA.....	41
4. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	49
5. CONCEITO DE EFICIÊNCIA	59
PARTE 2: TÉCNICAS DE AGREGAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – ESTUDO COMPARADO	62
1. PROBLEMATIZAÇÃO	62
2. CLASS ACTION E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	76
2.1 TIPOS DE CLASS ACTION	84
2.2 CERTIFICATION.....	87
2.2.1. Numerosidade	93
2.2.2 Homogeneidade ou Liame (<i>commonality</i>).....	97
2.2.3 Identidade (<i>typicality</i>).....	104
2.2.4 Representatividade adequada	106
2.3 LIMITES DA COISA JULGADA E LITISPENDÊNCIA NA <i>CLASS ACTION</i>	115
2.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A <i>CLASS ACTION</i> : COTEJO	125
2.4.1 Classificação das Ações Cíveis Públicas	132
2.4.2 Certificação	136
2.4.2.1. Representatividade adequada	143
2.4.3 Limites da Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Cíveis Públicas	148
3. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE.....	166
3.1 Técnica de aplicação do precedente e da jurisprudência	169
3.2 Distinção entre decisão, precedente e jurisprudência.....	177
3.3 Juiz legislador?.....	183
3.4 Estrutura Hierárquica do Judiciário.....	187
3.5 Obrigatoriedade do precedente (vinculação).....	192
3.6 Revisão do precedente.....	201
3.6.1 Distinguishing.....	202
3.6.2 Overruling	206
3.7 Do Projeto de Novo Código de Processo Civil (PLC nº 8046/2010)	213
4. CONCLUSÃO.....	220
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	230

1. INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro sofre, indiscutivelmente, de uma grave crise de eficiência em seu funcionamento. O aumento do número de feitos processados nos foros aumenta todos os anos, o que é reflexo, na realidade, de aspectos positivos de nossa sociedade: uma economia em crescimento, um Produto Interno Bruto cada vez maior, uma população cada vez mais educada, em suma, um país em franco desenvolvimento socioeconômico. Nessas circunstâncias, aumenta-se a quantidade de negócios jurídicos realizados formalmente, em observância à legislação consumerista e trabalhista, e conseqüentemente, as lide daí advindas podem passar a ser levadas ao Judiciário ao invés de serem resolvidas em autotutela, o que é permitido pela legalidade da qual os negócios passam a ser revestidos.

Ademais, o intenso investimento da Constituição Federal de 1988 no acesso à justiça, no sentido de garantir assistência jurídica à população carente para que pudesse levar suas demandas ao Judiciário, bem como o alargamento do rol de poderes/deveres do Ministério Público, a criação da Defensoria Pública, e a proliferação de leis, fez com que a demanda pelo Poder Judiciário crescesse de forma exponencial. Entretanto, as reformas necessárias para equilibrar essa demanda, dando eficiência aos julgamentos, não foram feitas. Não se investiu no aparelho Judiciário e tampouco repensou-se o modelo processual a tempo necessário. A consequência dessa equação, abertura do acesso ao Judiciário sem investimentos e reestruturação processual, levou ao atual panorama de congestionamento e morosidade que atinge todos os nossos tribunais.

A problemática da crise de eficiência do sistema Judiciário é tão preocupante quanto qualquer outra que possa afetar os sistemas político-econômico-sociais. Ora, conforme já bem disse Rui Barbosa, a justiça atrasada é a não justiça, exatamente porque a lide que se constitui em determinado momento, e que somente venha a se concluir dali anos e anos, não parece satisfazer as partes litigiosas – satisfação, aqui, deve ser entendida como objetivo final da contenda judicial, aquilo que a decisão, isolada, não pode trazer, mas somente o pode sua execução, e efetiva completude do intento do autor/réu; enfim, o bem da vida pleiteado.

Nesse sentido, podemos então dizer que a lentidão judicial é afronta direta a cláusula pétrea da Constituição Federal, aos direitos e garantias individuais, pois, se a justiça lenta é a não justiça, trata-se imediatamente de desrespeito a garantia de acesso à justiça e do devido

processo legal – no qual se insere a previsão de “duração razoável do processo”, considerada pela Convenção de San José da Costa Rica, da qual o Brasil é signatário, direito mínimo para a satisfação da dignidade da pessoa humana.

Além disso, se somente a força do Estado é capaz de garantir direitos, já que a justiça privada fora afastada desde há muito, dando lugar ao monopólio estatal da administração e distribuição da Justiça, se o Estado monopolizou o dever/poder de julgar e aplicar de forma final a Lei, deve ele garantir que essa aplicação seja feita da forma mais adequada, justa e célere possível. É o que prevê o corolário do acesso à justiça e do devido processo legal. Isso, evidentemente, não significa eximir o particular de qualquer responsabilidade no que tange ao bom manuseio da justiça; ao contrário, se o Estado é órgão da sociedade, então esta será sempre a primeira responsável no atingimento de seus objetivos, de modo que o indivíduo não pode ser tido como um ser isolado, cujas ações não tem reflexos no todo. Mas, os incentivos para se extrair dos indivíduos boas atitudes, no sentido de melhorar a utilização da justiça, esses devem ser dados pelo Estado. Fala-se, por exemplo, de multa pelo uso temerário do processo; um verdadeiro incentivo negativo à utilização indevida dos mecanismos processuais. Pode-se elencar, também, as formas de preclusão, que dão ao litigante o incentivo de agrupar suas alegações e fazê-las no prazo devido, sob pena de perder a chance de argui-las. Enfim, inúmeros são os incentivos, sejam eles oferecidos pelo texto legal ou na aplicação da lei, que podem ser dados pelo Estado e seus agentes para extrair dos indivíduos a conduta que se busca na intenção de construir um todo mais harmônico. Em última análise, no entanto, o dever de garantir o acesso à justiça em toda sua amplitude é do Estado.

Há, no entanto, que se expandir a idéia de acesso à justiça, que não pode ser tida somente como o direito do indivíduo de ajuizar uma demanda e ser ouvido pelo juiz. Acesso à justiça é também, como já dito, o oferecimento, pelo Estado, do bem da vida pleiteado; é o saneamento da aflição real das partes. Além disso, o acesso à justiça deve ser entendido também como garantia de alcance ao método processual previsto na Carta Maior, permeado pelo devido processo legal - que, por sua vez, contém o direito constitucional a um processo de duração razoável.

Vale lembrar que, de acordo com o método constitucionalmente previsto, o processo deve ser adequado, pois as diversas demandas têm características particulares e essas especificidades devem ser observadas para seu processamento, de modo que se garanta a completude do direito material discutido, e se alcance, mediatamente, a pacificação e a Justiça. O processo deve também ser justo, observar o devido processo legal, dando às partes

todas as possibilidades disponíveis pelo ordenamento para que discutam a questão controvertida em paridade de armas e até o exaurimento da lide, culminando com o julgamento pelo magistrado, que o fará de modo imparcial e fundamentadamente. E por fim, o processo deve se desenrolar em tempo razoável.

A completude do trinômio justiça (devido processo legal), adequação e celeridade, se atingidos, culminarão inevitavelmente em um processo eficiente, que é o objetivo maior de todo o ordenamento processual. A eficiência significa, dessa forma, conseguir-se alcançar os objetivos do processo de forma célere, observando as garantias constitucionais. Assim, tem-se por eficiência o processo eficaz, que atinge seus objetivos, e que o faz no prazo razoável. Nessa lógica, a ausência da eficácia ou da celeridade fazem com que o processo deixe de ser eficiente. O processo, assim, será injusto se não atingido seu escopo fundamental de pacificação e entrega do bem da vida tutelado, ou será inócuo quando moroso em demasia.

Destarte, o que os operadores do direito com um todo buscam hoje é o atingimento de um processo eficiente, no mais próximo equilíbrio entre celeridade e eficiência.

Mas essa preocupação certamente não é privilégio do Brasil. Pelo contrário. A discussão a respeito da demora na prestação jurisdicional e a busca por soluções se alastra em todo o mundo e toma conta, inclusive, da atuação de organismos internacionais, responsáveis por garantir que o Estado entregue a tutela jurisdicional em prazo razoável. Como decorrência direta dessa preocupação internacional com a demora na solução das demandas, em 1969 a Convenção Americana de Direitos Humanos redigiu o famoso Pacto de San José da Costa Rica, assinado pelo Estado Brasileiro, e que teve uma de suas previsões absorvidas pela Constituição Federal em 2004, com a Emenda nº45. Com efeito, naquela oportunidade inseriu-se o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, que previu expressamente a garantia fundamental dos cidadãos brasileiros a um processo célere, diga-se, com duração razoável. Dessa maneira, desde 2004 a Carta Maior atual garante expressamente dentro do corolário de acesso à justiça, o acesso a uma justiça célere, na qual as lides devam se desenvolver em período razoável de tempo. É, em última análise, consequência da própria garantia de acesso à justiça, quando se parte da premissa de que a justiça lenta é a não justiça.

Em busca de soluções para o congestionamento do Judiciário, diversas reformas se seguiram na década de 90, e se intensificaram a partir dos anos 2000. Mas, até hoje, a mais importante reforma realizada se deu em nível constitucional, na já mencionada Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a chamada Primeira Reforma do Judiciário.

Além de explicitar no texto constitucional a previsão de direito à razoável duração do processo, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe inúmeras outras mudanças que alteraram profundamente o Judiciário brasileiro, desde seu nível administrativo, até a organização processual. Instituiu-se, por exemplo, as súmulas vinculantes e a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, mudanças relevantíssimas no rol processual; além disso, criou-se o Conselho Nacional de Justiça, hoje órgão indispensável para a administração do Judiciário. Essas, dentre outras diversas previsões, buscaram realizar alterações legais e administrativas em busca da melhora na eficiência do Poder Judiciário.

Mas como a crise é profunda, evidentemente a Emenda Constitucional 45 não foi suficiente para solucionar todos os problemas do Judiciário brasileiro. Pelo contrário. Com o franco crescimento socioeconômico da população brasileira, a demanda pelo Judiciário continua em ascensão, piorando ainda mais os níveis de congestionamento dos foros – o que não é acompanhado pelos investimentos necessários. A fim de se tentar contornar essa realidade, mais reformas foram iniciadas. Hoje, a mais importante ainda em curso, é a redação do Novo Código de Processo Civil; projeto permeado de institutos voltados à solução célere dos processos.

O problema apontado certamente não é de simples solução, e não será resolvido com uma única medida ou em uma única reforma legal. Inúmeras são as causas para a crise de eficiência do Judiciário brasileiro, sendo impossível apontar apenas uma, e inócuo tentar combatê-las isoladamente. É preciso que se faça um esforço em níveis diversos, administrativo, legislativo, organizacional e cultural.

No entanto, quando analisamos a problemática do congestionamento das cortes, levantando-se estatísticas, um determinado tipo de processos aparece como responsável por grande parte do congestionamento do Judiciário brasileiro. Trata-se dos processos repetitivos.

Processos repetitivos são aqueles que se originam da mesma fonte jurídica, comungando de semelhantes causas de pedir, e que poderiam ser ajuizados em conjunto, mas o são de forma individual. São também aqueles que se originam de fatos distintos mas que envolvem questão jurídica semelhante. A título exemplificativo, pode-se mencionar os famosos processos envolvendo o confisco da poupança realizado no governo Collor. São milhões de ações ajuizadas individualmente, julgadas por juízes distintos, tribunais distintos, com entendimentos distintos, que hoje congestionam os Tribunais Superiores em busca de alguma uniformidade.

Os processos repetitivos são parte, certamente, dos grandes vilões da ineficiência do Judiciário, da demora e da falta de qualidade da prestação judicial. São nesses processos que se multiplicam as decisões “cópia e cola”, as incoerências, a falta de isonomia, dentre tantos outros problemas. É sobre essas demandas que se busca focar esse trabalho.

Várias já foram as tentativas de solução do legislador em busca de resolver a questão dos processos e recursos repetitivos. E é certamente o foco das mais recentes inovações da legislação processual: art. 285-A do CPC, art. 543-C do CPC, efeito vinculante dos recursos extraordinários com repercussão geral, súmula vinculante etc. É também, claramente, o principal objetivo do projeto do Novo Código de Processo Civil, que tem como protagonistas a vinculação de precedente e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O intento e preocupação da criação de todos esses institutos é exatamente com a multiplicação desenfreada dessas causas idênticas, que, conforme já supra explicado, geram o congestionamento da máquina estatal e, conseqüentemente, a ineficiência do Poder Judiciário. Essa mudança de perspectiva quebra um paradigma de orientação processual, para não se falar na condução de todo o ordenamento jurídico. Isso, pois o Código vigente (1973) tem, influenciado pelo liberalismo, foco nas demandas bilaterais, com adoção da forma escrita e manutenção da igualdade formal. Além disso, preocupa-se sobremaneira com a garantia dos litigantes à decisão mais justa, promovendo-se uma infinidade de recursos e incidentes. No entanto, tanto nas reformas pontuais do Código ora vigente, no Código de Defesa do Consumidor, quanto no texto do projeto de Novo Código de Processo Civil, verifica-se claramente a preocupação de trazer para a teoria geral o interesse do supra-individual. Isto, pois as problemáticas materiais contemporâneas envolvem cada vez mais questões de ordem coletiva, os direitos difusos e individuais homogêneos – meio ambiente, consumidor, previdenciários, tributários, entre tantos outros assuntos imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade moderna.

Posta a problemática, o intento deste trabalho é buscar soluções legislativas que administrem de forma mais eficiente as demandas repetitivas. Para tanto, buscar-se-á a comparação com os Estados Unidos, ordenamento no qual a preocupação com a repetição de demandas idênticas e a conseqüente falta de eficiência na condução da Justiça vem de longa data.

O primeiro instituto que se analisará neste objetivo é a chamada *class action*. A idéia inicial é que, ao contrário da maior parte das reformas já realizadas no Brasil, ao invés de se

reunir demandas esparsas, já instruídas e julgadas, muitas vezes em grau de apelação ou até mesmo já nos Tribunais Superiores, ajuíze-se uma só demanda, que represente toda aquela coletividade lesada. Nada mais é do que dar tônica à coletivização ao invés de mecanismos de simples agrupamento de demandas individuais.

Conforme se verá mais adiante, a *class action* é a ação ajuizada por um grupo ou indivíduo, representando uma classe, para a discussão de questão que envolva um interesse material comum naquela coletividade. Por meio dela, julga-se uma demanda na qual diversas pessoas possuam a mesma causa de pedir – embora não necessariamente a mesma tese jurídica – e os efeitos decorrentes dela, positivos ou negativos, estendem-se à toda a classe envolvida, inclusive no que se refere à imutabilidade do quanto decidido, isto é, no tangente à formação da coisa julgada e litispendência.

Como a primeira impressão pode despertar, a *class action* em muito se assemelha com a ação civil pública por interesses individuais homogêneos. Aliás, como os próprios responsáveis pela Lei da Ação Civil Pública ponderam, a nossa legislação coletiva baseou-se na americana para instituir seus contornos. Mas diversas são as diferenças que restaram, algumas positivas e outras negativas.

Frise-se que, quando falamos em *class action*, aqui, não tratamos da ação civil pública para tutela dos interesses difusos e coletivos, mas especificamente dos direitos individuais homogêneos. Aliás, um dos requisitos de certificação de uma ação como *class action* é exatamente que se verifique uma homogeneidade de interesses individuais, que poderiam ser discutidos em processos separados, mas que, exatamente para se buscar a eficiência judicial tão almejada, são tratadas em uma única lide, ajuizada por um grupo ou indivíduo, representando todos aqueles outros indivíduos interessados.

Há, portanto, grandes semelhanças com a ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, prevista no do Código de Defesa do Consumidor. As ponderações comparativas que se fará são a respeito das diferenças que existem entre a nossa ação civil pública e a *class action*, buscando-se melhorar o nosso sistema de coletivização a fim de se construir técnicas de fato eficientes para a resolução das demandas coletivas.

A *class action*, no entanto, parece ser uma excelente solução para a repetição de demandas decorrentes da mesma origem fática. Contudo, uma outra causa de repetições também é reponsável pelo congestionamento dos foros: trata-se da repetição de questões de direito. Ou seja, demandas oriundas de fatos jurídicos diversos, mas que envolvam a mesma

discussão de direito, e que, dessa forma, devem possuir resultados iguais, sob pena de falta de segurança jurídica e isonomia os jurisdicionados.

A repetição de demandas com a mesma questão de direito não é solucionável pela coletivização, porquanto essa requer a mesma origem fática, que permita a produção de provas em conjunto, mesma instrução e julgamento. Assim, resta um grupo imenso de demandas a serem solucionadas e que não o são por meio da ação civil pública. Esse grupo, na realidade, é o que recebe até hoje maior atenção das reformas até então produzidas. Todas as alterações legislativas já citadas, recursos repetitivos, súmula vinculante, art. 285-A do CPC, entre outros, todos se destinam a solucionar o problema da dispersão na interpretação de questões de direito semelhantes ao redor da federação.

Para essa problemática, essa pesquisa buscará outra solução também adotada nos Estados Unidos (bem como em diversos outros ordenamentos), na qual temos pouquíssima familiaridade: a jurisprudência vinculante.

Hoje, possuímos no Brasil apenas uma real hipótese de jurisprudência obrigatória: a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal. As estatísticas produzidas pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal indicam como são efetivas as melhoras de eficiência e isonomia produzidas pela vinculação de jurisprudência, de forma que a técnica deve ser absorvida por outras instâncias da nossa justiça.

Evidentemente que a vinculação de jurisprudência requer a observância de uma rígida técnica processual e levanta diversas problemáticas enfrentadas até mesmo nos ordenamentos de *common law*, os mais acostumados com o instituto. Assim, buscar-se-á propor uma técnica, inspirada no modelo norte-americano, mas que se amolde à realidade brasileira e que permita a evolução concatenada do instituto no país, evitando a inserção brusca de uma técnica tão diferente da nossa cultura judiciária.

Conclusivamente, este trabalho será dividido em duas partes: a primeira buscará apresentar a problemática, a crise de eficiência do Judiciário brasileiro, suas causas principais e suas ramificações; a segunda parte buscará trazer três sugestões de institutos destinados a lidar com a problemática apresentada, todos em análise comparada com a experiência norte-americana, no afã de sugerir possíveis melhoras nos institutos já existentes no ordenamento nacional.

PARTE 1: TEMPO E PROCESSO

A relação entre o tempo e o processo, no que tange à preocupação com a duração da tramitação dos feitos, não é um fenômeno contemporâneo. Suas raízes estão nos primórdios da civilização jurídica e pode-se perceber a busca dos operadores do direito pela eficiência (conceito que definiremos em capítulo posterior) desde as sociedades medievais.

De acordo com ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o juiz surge nas sociedades antes mesmo do legislador, o que demonstra que o interesse do Estado em pacificar é sobreposto ao de regulamentar as condutas sociais¹. Isso, porque de acordo com os autores, o direito é um método de *controle social*, que permite a superação das antinomias culturais geradoras de conflitos.

O Estado, ao atrair para si a solução dos conflitos, garante que a interpretação dos costumes – o direito, em última análise – seja aplicado de forma uniforme para toda a

¹ “Indaga-se desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre seus membros.

(...)

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetus individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivum*, ele exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se *autotutela* (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco e mais tímido.

(...)

Quando, pouco a pouco os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução *parcial* dos seus conflitos (*parcial* = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de *árbitros*, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010: 25/28).

comunidade. Assim, além de utilizar-se do processo como instrumento de poder², ainda estabelece-se uma unidade no grupo social, e pacifica-se, sobrepondo os interesses do coletivo sobre os dos individuais.

Esse movimento é claramente observável no período formular do direito romano, quando a arbitragem facultativa é substituída pela arbitragem obrigatória, seguido da *cognitio extra ordinem*, que completa o ciclo de transição da justiça privada para a justiça pública.

“o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhe autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.

(...)

É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada freqüentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica da tendência no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010: 29).

É o que se observa também no mundo germânico, que era marcado pela autotutela e pela vingança privada, passando, somente em 1495, ao completo controle, pelo Estado, da tutela jurisdicional. Este evento se deu na chamada reforma imperial, que estabeleceu a “paz perpétua”, ficando, a partir daí, extinto o direito do particular de solucionar a lide pela força. Esse é o momento em que o processo passa a ser um instrumento de pacificação no mundo germânico³.

O objetivo principal, portanto, da atração pelo Estado do dever/poder de solucionar as demandas entre os particulares é pacificar os litígios. Consequentemente, é esse também o

² “No campo político, o processo passou a ser um instrumento de poder. Pode parecer estranho que uma instituição pautada por regras que limitavam o poder tenha funcionado, ao mesmo tempo, como instrumento do poder. O poder não seria maior se não conhecesse limites? O fato é que o processo já existia, era uma instituição tradicional, e era visto como elemento legitimador das decisões acerca do direito. O caminho mais fácil, para o aumento do poder real, nesse caso, era incorporar o poder jurisdicional, como, aliás, muitos povos da Antiguidade haviam feito. As mesmas informações valem para o período posterior ao império carolíngio, quando, com o esfacelamento do poder monárquico, se proliferaram as justiças senhoriais. Os senhores valeram-se do poder jurisdicional para reforçar seu domínio feudo-vassílico.” (KEMMERICH, 2006: 71).

³ “Quanto à justiça, cada um poderia fazê-la por conta própria, desde que respeitadas as formas costumeiras. As regras procedimentais tinham a função de proporcionar uma justiça formal, em juízo e fora dele. Por exemplo, era ‘justo’ inocentar o acusado que conseguisse doze co-julgadores, nos casos em que esta fosse uma forma de prova-julgamento permitida. O cumprimento ou descumprimento das formalidades era o critério determinante do justo e do injusto.” (KEMMERICH, 2006: 69).

escopo mediato de todo o sistema processual, de onde vertem todos os princípios e garantias. Dessa forma, sempre que se trata de um princípio e de garantias processuais, há que se ter em mente a finalidade de se alcançar o objetivo maior da jurisdição, a pacificação. Há que se ter contraditório, porque a falta de isonomia não pacifica. Há que se conceder tutelas antecipadas para pacificar eventuais danos irreparáveis. Há que se chamar terceiros ao processo para que auxiliem na perseguição da solução mais efetiva da lide, tudo em busca da pacificação.

Evidentemente que a consequência de se retirar do particular a solução de seus próprios conflitos, trazendo-o a uma só pessoa - o Estado - a obrigação de decidir, gerou o inafastável efeito de que a solução dos conflitos demore mais a ser alcançada. E, quanto mais evoluída a sociedade, maior será a demanda pelo Judiciário e, consequentemente, mais demorada será a solução das lides e a pacificação social.

Esse é o movimento que se observou historicamente no desenvolvimento da sociedade medieval para a moderna. Aqueles que dispunham do Judiciário durante a Idade Média eram quase exclusivamente os nobres, já que em sua grande maioria os feitos tratavam de questões de família e disputas de terra. Ora, a plebe e os escravos não sofriam de problema de divisão de terras. Mais. As questões de família eram de relevantíssima importância, já que a elas estavam diretamente ligados os títulos de nobreza e as posses. À plebe e aos escravos não importavam tais questões porque sua casta era estigmatizada e de forma bastante excepcional as família plebéias e nobres se misturariam.

Com a vinda da sociedade moderna e o enriquecimento da burguesia, e o consequente aumento dos negócios e da mercancia, começam a surgir e aumentar os conflitos entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado, especialmente no que tange à disputas comerciais e questões tributárias. Com a justiça privada afastada, este é o momento de ingresso da burguesia no Judiciário e do inevitável aumento da contingência de processos em trâmite. Não só aumentara o número de processos que cabia ao Estado solucionar, mas também a variedade de tipos de demandas, dando complexidade às discussões dos foros.

Esse mesmo movimento, de paralelismo entre a evolução da sociedade com o crescimento da demanda pelo Judiciário, pode ser observado claramente nas sociedade contemporâneas, especialmente nos países em desenvolvimento. Quanto maior a riqueza, maior o número de negócios jurídicos realizados legalmente, e consequentemente maior o

acesso ao Judiciário⁴. Resultado incontestável desta cadeia, a morosidade. A morosidade do sistema Judiciário não é, portanto, fenômeno da sociedade contemporânea, mas se apresenta ciclicamente com o desenvolvimento da sociedade nas várias épocas e locais.

Assim, o desenvolvimento socioeconômico e cultural de um país tem como consequência mediata o aumento da demanda pelo Judiciário. Um país desenvolvido significa uma população mais educada, conhecedora de seus direitos e deveres; também significa relações econômicas e jurídicas pautadas pela formalidade, o que permite que as lides delas advindas sejam levadas à resolução do Estado; além disso, um aparelho de assistência social fortalecido, com uma Defensoria e Ministério Público atuantes, que possibilita o acesso daqueles que não podem arcar com os custos envolvidos no processo, também culmina no aumento do contingente judicial.

Todos os citados aspectos são positivos do ponto de vista do acesso à justiça em sentido *lato*, mas quando a demanda pelo Judiciário não é acompanhada por investimentos

⁴ A correlação entre o desenvolvimento social, gerado por uma população mais educada e por relações econômico-sociais pautadas pela formalidade, e a litigiosidade, verifica-se não só na evolução histórica do país mas também na distribuição do número de processos ajuizados nos diferentes estados da federação. É o que se pode extrair do relatório “Justiça em Números” relativo ao ano de 2010, disponibilizado em agosto de 2011 pelo Conselho Nacional de Justiça. Veja-se: “o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é aquele em que a população mais demanda à Justiça comum (18 casos novos a cada cem habitantes) e cujo indicador é superior ao dobro da média da Justiça Estadual (8,6 casos novos a cada cem mil habitantes). Observa-se que São Paulo e Rio de Janeiro também contam com um alto grau de litigância, com aproximadamente 12,3 e 11,7 casos novos a cada cem mil habitantes respectivamente. Esses resultados confirmam a análise feita sobre o indicador de magistrados por cem mil habitantes, demonstrando que o maior número de magistrados justifica-se pela maior demanda processual. Minas Gerais, apesar de constar no grupo dos maiores tribunais, conta com uma população que não procura tanto proporcionalmente a Justiça comum, com 7,0 casos novos a cada cem mil habitantes. Destaque-se que esse valor equivale a 82% da média da Justiça Estadual e apenas 60% da média de seu grupo equivalente a 11.748.

Analisando-se os tribunais de médio porte, tem-se que três deles contam com mais de 10 processos a cada cem habitantes: Distrito Federal, com quase 13 casos novos a cada cem habitantes, Santa Catarina e Mato Grosso, com aproximadamente 11,7 e 11,6 casos novos por cem mil habitantes cada. Os menores valores auferidos nesse grupo estão no Maranhão e no Ceará com apenas 2,7 processos ingressados a cada cem habitantes, demonstrando que a população desses Estados demanda menos de 32% da média nacional.

No terceiro grupo (pequeno porte), destaca-se o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, com cerca de 12 casos novos a cada cem mil habitantes, o que equivale a aproximadamente 1,4 da média da Justiça Estadual. O menor valor desse grupo é também o menor valor da Justiça Estadual, que se dá no Piauí, o único com indicador inferior a 2.300, que representa apenas 26% do total da Justiça Estadual”. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf.

De acordo com o último ranking de Índice de Desenvolvimento Humano fornecido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (2005), o estado com maior índice no Brasil à época era o Distrito Federal, com número 0,874 na escala de 0 a 1, seguido por Santa Catarina (0,840), São Paulo (0,8333) e Rio de Janeiro (0,832). Piauí, Maranhão e Alagoas representavam os menores IDHs do país, respectivamente com 0,703, 0,683 e 0,677. (fonte: PNUD)

Somando-se os índices acima apresentados, é nítida a correlação que se pode estabelecer entre o desenvolvimento sócioeconômico de um estado ou país com a litigiosidade. Quanto maior o desenvolvimento, maior a busca pelo Judiciário.

periódicos no aparelho estatal, com contratação de juízes e servidores, modernização do sistema de processamento dos feitos, entre inúmeras outras medidas, e quando se tem um sistema processual que viabiliza muitos recursos, incidentes e institutos que permitam a procrastinação, a consequência inarredável é o congestionamento e a morosidade do sistema Judiciário em níveis alarmantes.

No Brasil não é diferente. O desenvolvimento socioeconômico do país gerou uma altíssima demanda pelo Judiciário, observável principalmente na região sudoeste do país. Não obstante, os investimentos não são suficientes e o modelo processual, embora avançadíssimo, permite a condução do processo por anos e anos a fio, gerando um panorama lastimável de morosidade, que se trará brevemente a seguir.

1. JUSTIÇA EM NÚMEROS – PANORÂMA DA MOROSIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A preocupação com o congestionamento do Judiciário, gerador da morosidade no processamento dos feitos, levou o Conselho Nacional de Justiça e a iniciativa privada a investirem em pesquisas de levantamentos de dados, que pudessem delinear numericamente a situação do Judiciário brasileiro. O CNJ, desde sua criação na Emenda Constitucional nº 45 de 2004, mapeia a produção dos magistrados por todo país, os gastos e investimentos dos tribunais, o número de processos e recursos que ingressam e que são julgados nos foros, compilando tais dados e análises no documento anual chamado “Justiça em Números”⁵. A Fundação Getúlio Vargas, por sua vez, realiza uma pesquisa popular todos os anos no que concerne à percepção da população brasileira a respeito do Poder Judiciário.

Além dessas fontes, os próprios tribunais disponibilizam relatórios mensais e anuais que demonstram a entrada de processos/recursos, a produção dos órgãos julgadores,

⁵ “As informações do Justiça em Números apresentam um panorama global da Justiça, por meio de dados disponibilizados pelos tribunais sobre processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes ocupados e ainda o número de habitantes atendidos por juiz. Trata-se de pesquisa que permite a avaliação dos tribunais em relação à quantidade de processos, questão financeira e o acesso à Justiça. Analisa ainda o perfil de cada região e Estado, com base nas informações sobre população e economia. O objetivo do CNJ é que os dados sejam referência para a criação de uma cultura de planejamento e gestão estratégica. Outra finalidade do Justiça em Números é fornecer bases para construção de políticas de gestão e possibilitar a avaliação da necessidade de criação de cargos e funções. O estudo também enumera relação de despesas com pessoal, recolhimentos e receitas, informática, taxa de congestionamento e carga de trabalho dos juízes. Os números são encaminhados semestralmente pelos magistrados.” (<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>)

estatísticas, entre outras informações importantes para o mapeamento da crise de eficiência do Judiciário.

Utilizar-se-á alguns desses dados, apenas com a finalidade de exemplificar o cenário real do congestionamento do Judiciário brasileiro.

De acordo com o Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça⁶, durante o ano de 2008, tramitaram nos Tribunais Regionais Federais (2º Grau) quase 1,2 milhão de processos, sendo que, dentre eles, 474 mil ingressaram naquele ano e 713 mil já estavam pendentes de julgamento desde o final do ano anterior. No 1º grau, foram 510 mil sentenças proferidas e 2,1 milhões de processos em tramitação, sendo que, dentre eles, 1,5 milhão referia-se ao estoque pendente de julgamento. Nas turmas recursais tramitaram 568 mil processos (380 mil casos novos e 188 mil casos pendentes) e nos Juizados Especiais 2,2 milhões de processos (1,2 milhão de casos novos e 979 mil casos pendentes).

Em 2008 houve um pico na carga de trabalho, com crescimento de 7%, passando de 8.108 (em 2007) para 8.660 (em 2008) processos em tramitação para cada magistrado, somente na Justiça Federal.

Já no ano de 2009, ingressaram nos Tribunais Regionais Federais 3,4 milhões de processos, e tramitaram 10,7 milhões, diga-se, 27% a mais que o número de 2008. A carga de trabalho registrada, por sua vez, foi de 8,4 mil processos julgados por cada magistrado no ano de 2009.

De acordo com o “Justiça em Números 2010”, na Justiça Estadual, no segundo semestre de 2010, ingressaram no 2º grau 1.860.106 (um milhão, oitocentos e sessenta mil, cento e seis) de processos novos, dos quais 521.535 (quinhentos e vinte e um mil, quinhentos e trinta e cinco) processos representam somente o estado de São Paulo – ou seja, quase 30% de todo o país.

No segundo semestre daquele ano pendiam de julgamento no 2º grau da Justiça Estadual, 1.440.772 (um milhão, quatrocentos e quarenta mil, setecentos e setenta e dois) processos. No total, portanto, o acervo do 2º grau da Justiça Estadual brasileira em 2010 era de 3.300.878 (três milhões, trezentos mil, oitocentos e setenta e oito) processos. De acordo com aquela estatística, São Paulo possuía pendente de julgamento no 2º grau 714.100 (setecentos e quatorze mil e cem processos).

⁶ Dados extraídos do site “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça: http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/jn2009/rel_sintetico_jn2009.pdf

O CNJ calculou que em 2010 foram distribuídos 963 (novecentos e sessenta e três) casos novos no 2º grau da Justiça Estadual para cada cem mil habitantes do país - apenas em um semestre. Dado que o país possui 1.622 (hum mil seiscentos e vinte e dois) desembargadores, o total de processos novos no 2º grau, no segundo semestre de 2010, adicionou ao acervo pessoal de cada cada julgador 1.147 (hum mil, cento e quarenta e sete) processos. No Rio Grande do Sul esse cenário é ainda pior: cada julgador do 2º grau da Justiça Estadual recebeu 2.856 (dois mil, oitocentos e cinquenta e seis) novos processos para julgamento no semestre. Ou seja, nesses seis meses, desconsiderando-se feriados e recesso forense, cada desembargador deveria julgar 476 (quatrocentos e setenta e seis) processos por mês, o que representa 23,8 processos por dia, somente considerando processos distribuídos, desconsiderando-se aqueles pendentes de julgamento (acervo).

No 1º Grau, ingressaram 7.665.688 (sete milhões, seiscentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e oitenta e oito) novos casos no último semestre de 2010, dois quais mais de 2 milhões representam o estado de São Paulo. Isso significa 1.169 (hum mil, cento e sessenta e nove) de novas ações para cada magistrado do país.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a carga de trabalho dos magistrados da Justiça Estadual brasileira, medida pela soma dos casos novos, casos pendentes, recursos novos e pendentes, dividido pelo total de magistrados, representou o total de 5.612 (cinco mil seiscentos e doze) processos. Portanto, nesses seis meses considerados (desconsiderando-se feriados e recesso forense), cada magistrado deveria julgar 936 processos por mês, o que representa 47 processos por dia. Realizando-se uma conta grosseira, isso significa que para cada processo, um magistrado brasileiro teria apenas 10 minutos para a completa compreensão e julgamento.

Nos Tribunais Superiores do país, o cenário não é melhor. Desde sua criação em 1988, foram autuados no Superior Tribunal de Justiça 3.245.520 (três milhões, duzentos e quarenta e cinco mil, quinhentos e vinte) processos. No ano de 2000, foram distribuídos 150.738 (cento e cinquenta mil, trezentos e trinta e oito) processos. Esse número passou para 226.440 (duzentos e vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta) processos em 2003, 251.020 (duzentos e cinquenta e um mil e vinte) processos em 2006, 313.364 (trezentos e treze mil, trezentos e sessenta e quatro) processos em 2007, 271.521 (duzentos e setenta e um mil, quinhentos e vinte e um) processos em 2008, 292.103 (duzentos e noventa e dois mil, cento e três) processos em 2009 e 226.981 (duzentos e vinte e seis mil, novecentos e oitenta e um) processos em 2010.

Os julgamentos realizados em 2010 foram da ordem de 330.283 (trezentos e trinta mil, duzentas e oitenta e três) decisões. Isso não significa, entretanto, que esse mesmo número de processos já possuía “palavra final” do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser deduzido do número de processos em trâmite na Corte. Isso porque, uma única decisão monocrática em recurso especial ainda está sujeita a, dentre outros recursos, embargos de declaração, agravo regimental, embargos infringentes. Portanto, o número de julgamentos apontados pelas estatísticas dos tribunais não pode ser entendido como processos baixados do acervo para julgamento, pois uma decisão em determinado processo não significa necessariamente a conclusão de todos os recursos internos ao tribunal para aquele específico recurso.

Dos números apresentados acima podemos concluir que em 2010 cada Ministro do Superior Tribunal de Justiça julgou em torno de 10.000 (dez mil) processos. São em média 1.000 (hum mil) processos por mês (considerando o recesso forense de janeiro e julho). Isso totaliza 50 (cinquenta) processos por dia.

Dessa forma, considerando-se oito horas de trabalho por dia, para cada processo um Ministro do Superior Tribunal de Justiça poderia dispendar apenas 10 minutos.

A decorrência lógica desse cenário é que o estoque do Superior Tribunal de Justiça conta hoje com 192.802 (cento e noventa e dois mil, oitocentos e dois) processos parados, aguardando julgamento. Evidentemente que ante tal panorama, exemplificado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas que aflige também o Supremo Tribunal Federal e todos os outros Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais do país, é impossível que nossas cortes realizem suas funções de forma eficiente.

Só para se ter uma idéia comparativa, a Suprema Corte dos Estados Unidos recebe, em média, 75 mil processos *por ano*, dos quais julga apenas 100. Julga-se no colegiado de lá, por ano, o que um Ministro do Superior Tribunal de Justiça julga a cada dois dias.

Com efeito, nos Estados Unidos, o *American Bar Association* publicou uma cartilha determinando o tempo tolerável de duração dos processos nos tribunais americanos: (i) casos cíveis em geral: 90% devem ser iniciados, processados e concluídos em 12 meses, sendo que os 10% restantes devem ser julgados dentro de 24 meses, devido a sua complexidade; (ii) casos cíveis sumários – *small claims*: finalizados em 30 dias; (iii) crimes graves – *felony*: 90% dos casos devem ser extintos em 120 dias, a contar da data do fato; 98% em 180 dias e 100% em, no máximo, um ano; (iv) crimes de menor potencial ofensivo (*misdemeanor*): 90% devem ser concluídos em 30 dias e 100% em 90 dias; (v) delitos praticados por menores

(*juvenile*): em caso de prisão, a solução não pode passar de 24 horas; não havendo prisão, o julgamento deve ocorrer em 30 dias⁷.

Ainda no intento de mapear a situação do Judiciário brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça criou ainda a chamada “taxa de congestionamento”, presente também nos relatórios chamados “Justiça em Números”, e que indica a demora de processamento dos feitos – relação entrada/saída de processos⁸. Tal taxa, no segundo grau, mantém-se em quase 50%, desde 2004, variando para mais ou para menos nos diversos anos. Na Justiça Estadual, no segundo semestre de 2010, a taxa de congestionamento estava na ordem de 71,9%, sendo o Estado do Pernambuco o líder do *ranking*, com 82,4% de congestionamento no período.

A Justiça Federal, por sua vez, possuía, no período, uma taxa de congestionamento de 69,5%, liderada pela 1ª região, com 75% dos processos parados.

Já a Fundação Getúlio Vargas realiza, a cada três meses, o estudo chamado Índice de Confiança na Justiça (ICJ Brasil)⁹, que indica numa escala de 0 a 10 a percepção de confiança

⁷ Fonte: ABA Standards Relating to Court Delay.

⁸ A taxa de congestionamento é calculada segundo a seguinte fórmula: $Tc = 1 - (T_{Baix} / (Cn + Cp))$. No qual T_{Baix} representa o total de processos baixados, Cn representa os casos novos e Cp os casos pendentes.

⁹ “Retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum.

Nesse sentido, o ICJBrasil é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, por meio do qual procuramos identificar a atitude da população, se ela recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos ou não.

O subíndice de percepção é produzido a partir de um conjunto de oito perguntas nas quais o entrevistado deve emitir sua opinião sobre o Judiciário no que diz respeito (i) à confiança, (ii) à rapidez na solução dos conflitos, (iii) aos custos do acesso, (iv) à facilidade no acesso, (v) à independência política, (vi) à honestidade, (vii) à capacidade para solucionar os conflitos levados a sua apreciação e (viii) ao panorama dos últimos 5 anos.

Para a produção do subíndice de comportamento, foram construídas seis situações diferentes e pede-se ao entrevistado que diga, diante de cada uma delas, qual a chance de procurar o Judiciário para solucionar o conflito. As respostas possíveis para essas perguntas são: (i) não; (ii) dificilmente; (iii) possivelmente; (iv) sim, com certeza.

As situações hipotéticas foram construídas com o objetivo de procurar relacionar conflitos nos quais a população dos centros urbanos pode se envolver e que podem suscitar processos na Justiça Comum, deixando de fora as questões relativas à área penal, quando as pessoas envolvidas nem sempre têm liberdade de decidir se procuram ou não o Judiciário. Assim foram elaborados casos envolvendo: direito do consumidor, direito de família, direito de vizinhança, direito do trabalho, um caso envolvendo o Poder Público e um caso relativo à prestação de serviço. Também houve um esforço para criar situações nas quais pessoas com rendas diferentes pudessem se envolver em situações em que os entrevistados ocupassem posições diferentes nos diversos conflitos. Assim, por exemplo, em uma das situações o entrevistado é o consumidor, sendo a parte mais fraca no conflito, e em outra situação o entrevistado é o contratante na relação de prestação de serviço, sendo a parte mais forte.

Com o objetivo de produzir uma medida de acesso à Justiça os resultados apresentados no cálculo do ICJBrasil são acompanhados por questões sobre a efetiva utilização do Poder Judiciário pela população. Essa medida de acesso foi levantada da seguinte forma: primeiro perguntamos se o entrevistado ou alguém que resida em seu domicílio já utilizou o Poder Judiciário como autores de uma ação. Aos que responderam positivamente, perguntamos o motivo que os levaram ao Judiciário e o grau de satisfação com o serviço recebido. Indagamos

da sociedade no Poder Judiciário. O ICJ do primeiro trimestre de 2010 foi de 5,9 - houve uma leve variação positiva em relação ao trimestre anterior, quando chegou a 5,8. Já no terceiro trimestre de 2010, o ICJ caiu drasticamente, para 4,4¹⁰. No terceiro trimestre de 2011, o ICJ foi de 5,3, baixando para 5,2 no primeiro trimestre de 2012.

De acordo com o relatório:

“Para 91% dos entrevistados o Judiciário é moroso, resolvendo os conflitos de forma lenta ou muito lentamente. Além disso, 89% disseram que os custos para acessar o Judiciário são altos ou muito al-

também sobre o eventual contato do entrevistado com o Poder Judiciário como demandado em algum processo ou ação que podem levar a população a procurar o Judiciário e com base nestas situações fizemos duas perguntas: 1) se o entrevistado já passou por uma situação similar às listadas e 2) tendo passado por essa situação, se procurou ou não o Poder Judiciário. Aos que vivenciaram a situação e não buscaram o Poder Judiciário, perguntamos quais as razões. Depois listamos três situações comuns de conflito que justificaram a não ida ao Judiciário. Os entrevistados também foram questionados sobre a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, bem como sobre o seu conhecimento a respeito dos serviços do PROCON e de qual é o seu grau de satisfação em relação a eles.

Seguindo inovação introduzida no último trimestre de 2011 os entrevistados foram questionados sobre a confiança que depositam em determinados grupos de pessoas, como amigos, vizinhos, familiares, colegas de trabalho e as pessoas em geral”.

Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relatório%20ICJBrasil%201º%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>

¹⁰ Forma de cálculo do ICJ Brasil: “As perguntas que formam o questionário do *ICJBrasil* têm quatro ou cinco respostas. Identifica-se cada resposta atribuindo-se a ela um indexador n , que também corresponderá a um valor atribuído àquela resposta. Assim sendo, à primeira resposta, ou seja, à resposta 0 atribui-se o valor 0. À última resposta atribui-se o valor $máx$, que pode ser 3 ou 4, dependendo se a questão tem quatro ou cinco respostas. Consequentemente $n = 0, 1, 2, 3$ ou $n = 0, 1, 2, 3, 4$. Por exemplo, às respostas (i) nada confiável, (ii) pouco confiável, (iii) confiável, (iv) muito confiável, atribuem-se respectivamente, os valores 0, 1, 2 e 3. Essa metodologia de atribuição de valores cardinais tem a vantagem de ser simples e direta para aferir a resposta numérica das pessoas. Tem a desvantagem de, implicitamente, assumir que a diferença entre as respostas é igual, o que pode não ser verdade, já que se trata de respostas ordinais.

A resposta n da questão q é chamada de nq . O valor que se atribui a nq é n , ficando claro que $\text{valor}(nq) = n$. Por exemplo, a resposta 0 (ou primeira resposta) da questão $q = 2$ é 0, ou seja, $\text{valor}(02) = 0$.

Em seguida, os valores são ponderados de acordo com a proporção de pessoas que escolheram aquela resposta. A proporção de pessoas que escolheu a resposta n da questão q é indexada pela variável. Com isso, obtém-se o primeiro valor intermediário refletindo a nota média de cada questão, escalonada entre 0 e $máx$.

Como o número $máx$ pode diferir entre as questões, é preciso torná-las comparáveis por algum processo de normalização. O processo escolhido foi escalonar a $médiaq$ entre 0 e 10.

Dado que a $médiaq$ fica entre 0 e $máxq$, então é fácil concluir que nnq fica entre 0 e 10.

Em seguida, calculam-se os subíndices de percepção e de comportamento, de acordo com o número de questões respondidas em cada bloco, sendo que cada uma das questões tem o mesmo peso.

Semelhantemente se faz para a medição do subíndice de comportamento. Para isso, calcula-se o subíndice de comportamento, *ICJc*, restringindo-se nnq às respostas correspondentes à solução de conflitos.

Finalmente, o *ICJBrasil* é obtido pela média ponderada de ambos os índices, sendo 70% para o índice de percepção e 30% para o índice de comportamento. Cada questão tem o mesmo peso individual dentro do subíndice. Portanto, o *ICJ- Brasil* é dado por:

Há, na prática, vários esquemas possíveis de ponderação, mas que alteram muito pouco os resultados qualitativos, segundo estudos preliminares. A escolha desses pesos reflete aproximadamente o número de questões de cada subíndice. Além disso, se houver necessidade, no futuro, de aumentar o número de questões, o esquema de ponderação fixo não alterará a composição do índice como um todo.”

Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relatório%20ICJBrasil%201º%20Trimestre%20-%202012.pdf?sequence=1>

tos e 69% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é difícil ou muito difícil para utilizar.

Outros dois problemas apontados pelos entrevistados são a falta de honestidade (62% dos entrevistados consideram o Judiciário nada ou pouco honesto) e a parcialidade (61% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é nada ou pouco independente).

Não obstante a má percepção sobre o Judiciário, nas perguntas sobre comportamento, a maioria dos entrevistados (69%) declarou que procuraria o Judiciário para resolver eventuais conflitos. A partir do relato de seis situações hipotéticas, os entrevistados responderam se ingressariam ou não no Judiciário para resolver os litígios mencionados, caso passassem por essas situações.”(http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9799/Relatório%20ICJBrasil%201º%20Trimestre%20%202012.pdf?sequence=1)

Com base nos dados da Fundação Getúlio Vargas verifica-se que, embora seja possível identificar melhoras ou piores variáveis no decorrer dos anos, a eficiência da justiça brasileira na percepção do cidadão, que é aquele que titulariza o direito fundamental de acesso à justiça e da justiça célere prevista no art. 5º, LXXVII da Constituição Federal, está em nível medíocre – no termo mais técnico da palavra, segundo o dicionário Michaelis, aquilo que é ordinário, sofrível, vulgar, que tem pouco valor, pouco talento e pouco merecimento.

A consequência inarredável, nas palavras de Rui Barbosa é que: “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.”

2. O TEMPO INIMIGO

“Il valore, che il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa” (CARNELUTTI, 1958: 354).

É clássica a lição de FRANCESCO CARNELUTTI, que compara o tempo a um inimigo do juiz, e em última análise, do processo como um todo. Mas a preocupação com a demora na tramitação e julgamento dos processos não é privilégio das sociedades modernas¹¹.

¹¹ “Como por diversos modos o tempo pode conduzir à frustração dos direitos das pessoas que buscam tutela por meio do processo, variados são também os instrumentos que ao longo dos séculos se excogitaram para neutralizar esse efeitos perversos.” (DINAMARCO, 2010: 870).

Já na Idade Média identificava-se a problemática do congestionamento dos tribunais e movimentos doutrinários/jurisprudenciais em busca da celeridade. Exemplifica-se, a seguir, com a experiência portuguesa no tema.

2.1 Celeridade Processual na Monarquia Portuguesa

O direito processual português, desde os primórdios de sua monarquia, era caracterizado por procedimentos excessivamente formalistas e complexos. A busca pela centralização do Poder Judiciário e Legislativo nas mãos do Rei, seja como forma de reduzir as arbitrariedades dos senhores de terra ou como mecanismo de garantia do poder do monarca sobre seu reino, fez com que a ele fosse dirigido um número de recursos que dificilmente pudesse julgar.

A consequência inarredável dessas características era (i) a atuação dos litigantes e seus advogados de forma a protelar o processo, pelo uso indiscriminado dos instrumentos previstos na legislação processual; (ii) excesso de recursos e um jurisdicionado pouco satisfeito; e, como consequência final, (iii) a má prestação jurisdicional decorrente de um processo moroso.

Frente a essa problemática, que gerava uma inafastável insatisfação do jurisdicionado e dos operadores do direito como um todo, levando a discussão ao nível teórico, vários foram os movimentos legislativos criados desde a Idade Média até as Ordenações do Reino em busca de imprimir celeridade no processo lusitano.

No início da monarquia em Portugal, o processo seguia tradição germânica, sendo marcadamente público, formalista e oral¹². LUIZ CARLOS DE AZEVEDO ressalta que no período da Idade Média as decisões proferidas pelos senhores feudais ou por aqueles que os representassem eram irrecorríveis, porquanto se considerava que o senhor era um ser superior a seu povo. Então, o jurisdicionado que desejasse desafiar tais decisões, por se sentir ofendido, deveria invocar um verdadeiro duelo judiciário. Não obstante, para que os súditos não ficassem totalmente à mercê das arbitrariedades senhoriais, permitia-se a queixa a *El Rei*, sempre que este deambulasse pelas cidades.

¹² JOSÉ RUBENS DE MORAES aponta para o fato de que o procedimento ser realizado oralmente devia-se à característica de que a população era em sua maioria analfabeta, inclusive os magistrados (MORAES, 2005).

Mas a realidade é que as queixas (querimas ou querimônias) a *El Rei* eram muito dificultadas não só pela demora na passagem da corte deambulatória, mas também pela má-vontade dos senhores de terra, que possuíam amplo domínio sobre a jurisdição na sua propriedade e sobre os seus súditos. Ademais, como aponta JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, a apelação ao Rei (apelação aqui no sentido *lato*, tendo em vista tratar-se, na realidade, de uma querima ou querimônia, e não do recurso de apelação que vem a surgir mais tarde nas Ordenações do Reino), envolvia grande custo e perigo às partes, o que praticamente impossibilitava o recurso¹³.

Ponto fulcral a respeito do período inicial da monarquia em Portugal, e que muito influenciou para intensificar a lentidão processual, em especial para o trâmite dos recursos – como apontado acima – é essa centralização absoluta da jurisdição e legislação nas mãos do Rei. A possibilidade de se apelar (as querimas ou querimônias) não eram tidos como instrumentos de justiça, de paz social, mas como garantia do poder do monarca sobre os feudos.

Veja-se, nesse aspecto, passagens do livro de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI sobre “Jurisdição e Poder”:

“Acrescente-se, outrossim, que na ausência absoluta de fontes, ou se a matéria não envolvesse pecado e estivesse tratado contraditoriamente pelos cânones e pelas glosas e comentários, fazia-se então uma consulta ao monarca, ‘cuja sentença valeria, de aí por diante, em todos os feitos idênticos’

(...)

Assim é que, no quadro institucional então esboçado o rei era titular da suprema jurisdição, não havendo ‘mayorales sobre si quanto es en las cosas temporales’.

Tal princípio deve ser considerado à idéia de um poder jurisdicional atribuído ao monarca com caráter ordinário e universal sobre os litígios, quer fossem eles instaurados perante os senhores, quer no ju-

¹³ “Mesmo que a comunicação dos súditos com o tribunal régio estivesse mediatizada pelo senhor, tornando embaraçosa a queixa ou a súplica àquele, verdade é que, ao analisarmos algumas fontes de direito consuetudinário desse período histórico, chegaremos facilmente à conclusão de que o monarca detinha amplas prerrogativas, dentre as quais a suprema jurisdição.

Com efeito, no Fuero de Cuenca a apelación al rey apresenta-se invariavelmente sistematizada em treze parágrafos.

Somente as causas de valor inferior a ‘diez mencales’ não comportavam recurso de apelação ao monarca.

Na minuciosa investigação desse Diploma legal, realizada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, observamos que tal restrição era devida ‘no solo por los inconvenientes que em cualquier época acarrea el dar rienda suelta a la vía impugnativa, sino, sobre todo, por los gastos, molestias y inseguridades que a fines del siglo XII y comienzos del XIII envolvía la apelación al rey, que se traducía, como regla, en un viaje de ambas partes, acompañadas del fiel o andador, para comparecer ante el monarca, cuyo paradero no siempre se sabía a ciencia cierta, y con ocasión de cual podían sobrevenir contratiempos y peligros graves sin contar la incertidumbre inherente a la transmisión verbal del ‘juicio’ (sententia) recaído” (1987: 133-134).

izo eclesiástico, porque o rei 'ha señorío sobre todos, e puede judgar...'” (CRUZ e TUCCI, 1987: 151/152)

“Contudo, mesmo inexistindo um sistema Judiciário hierarquizado, o rei podia avocar o processo para examinar se havia sido feita justiça e, não poucas vezes, a fazia ele próprio, dispensando o respectivo juiz da controvérsia.

(...)

O cuidadoso exame das fontes disponíveis indica que essa queixa, clamando por um julgamento justo, consistia no único meio que o litigante lesado dispunha contra as violências e arbitrariedades senhoriais. No entanto, seu emprego resultava esporádico, porque muito se teria de aguardar até quando a corte deambulatória resolvesse visitar determinado povoado” (1987: 157-158).

A consequência inarredável da centralização da jurisdição nas mãos do Rei era a morosidade. E mais do que isso, verdadeira negativa de prestação jurisdicional por parte da Corte, que acabava por ceder ao poderio dos senhores de terra na distribuição da Justiça pelo reino.

LOBO DA COSTA ensina que a competência centralizada de legislação e julgamento dos recursos interpostos das decisões proferidas em todos o reino manteve-se até as Ordenações Afonsinas, que previam a possibilidade de apelação de toda e qualquer sentença, fosse ela definitiva ou interlocutória¹⁴. Tal previsão só fez aumentar ainda mais as atribuições do Rei e sua Corte, com o consequente aumento da morosidade na tramitação dos recursos.

Outro aspecto que contribuía muito para a lentidão dos feitos era o alto grau de formalismo, presente em toda a legislação processual, até mesmo após a reforma do “Código Sebastião”, que buscou imprimir celeridade e simplicidade aos procedimentos. Essa complexidade estimulava a “chicana processual” e os atos protelatório dos advogados, que eram tidos como responsáveis por grande parte da dificuldade da população em enfrentar demandas judiciais.

“A advocacia já constituía profissão. O exame da legislação revela que pairava a impressão de que os advogados eram os responsáveis pela demora dos processos. Por essa razão, os primeiros monarcas

¹⁴ “Dentre as leis de natureza processual promulgadas nesse reinado destaca-se, como das mais importantes, a que dispôs sobre a apelação das sentenças definitivas, prescrevendo a regra desse recurso ser dirigido diretamente a El Rei e sua corte (essa lei encontra-se reproduzida no Livro III, Tit. 73, das Ordenações Afonsinas).

(...) da mesma época e inspirada na mesma política legislativa de centralizar na corte a competência para julgar os recursos interpostos das decisões proferidas em todo o reino pelas diferentes autoridades judicantes, é a lei que autorizou apelação de todas as sentenças, quer sejam definitivas quer interlocutórias” (LOBO DA COSTA, 1996: 145)

procuraram combater a profissão, facilitando o contato direto das partes com os juízes e a constituição de procuradores leigos para as situações nas quais aquelas não pudessem pessoalmente litigar. Todavia, esse esforço não surtiu o resultado esperado, até porque a complexidade do processo romano-canônico exigia conhecimento técnico especializado, que somente os advogados profissionais possuíam” (CRUZ E TUCCI e AZEVEDO, 2009: 59).

O texto das Afonsinas é aprimorado nas Ordenações que as seguem, as Manuelinas, codificação elaborada pelo monarca D. Manuel (1495-1521) e que teve sua primeira versão oficial publicada em 1521. Mas, o excessivo formalismo ainda presente no Livro 3º das Manuelinas leva, algum tempo depois, a uma revisão legislativa realizada por D. João III (1521-1557), que fica conhecida como “Código Sebastião”. Seu intento principal foi exatamente combater a complexidade e a morosidade do processo, dando um caráter de simplicidade e celeridade aos feitos. A doutrina indica, entretanto, que os resultados ficaram bastante àquém do desejado, mantendo-se o cunho formalístico e demorado do processo lusitano.

Finalmente, alcança-se as últimas ordenações da monarquia portuguesa, as Filipinas. Promulgadas em 1577, as Filipinas não alteraram consideravelmente a sistemática processual, sendo criticadas pela falta de originalidade. Mantinham-se ainda as críticas pelo excesso de formalismo e pelo rígido sistema de preclusão temporal, acompanhado da absoluta inexistência de eventualidade para o autor e réu, o que contribuía ainda mais para a demora do processo¹⁵.

¹⁵ “Durante a longa vigência das Ordenações Filipinas muitas críticas eram dirigidas, pelos juristas da época, à demorada tramitação do processo.

Segundo Coelho da Rocha, os magistrados não se aprofundavam na interpretação das leis nem recorriam ao espírito e à analogia, contendo-se com fazer acompanhar as suas decisões de um longo préstimo de autores, não só juriconsultos, mas até moralistas ou casuístas, o que na linguagem do tempo constituía opinião comum. Da mesma maneira as alegações dos advogados reduziam-se, na maioria das vezes, às acumulações, tão extensas quanto fastidiosa, de remissões, quase sempre copiadas e muitas vezes impertinentes (Ensaio sobre a história do governo e da legislação em Portugal, Coimbra, 1872, p. 191).

(...) Alexandre Cartano Gomes (Dissertações jurídicas sobre a inteligência de algumas ordenações do reino, Lisboa, 1756, p. 118), aludindo à situação do foro, lamentava como a distribuição da justiça era morosa durante o século XVIII: ‘entre todos os estatutos que há nas províncias da Europa, que se governam pelo Direito Civil, é a nossa Ordenação a que com mais eficácia estabeleceu a ordem do juízo por modo que ficasse certa a brevidade das demandas: mas neste tempo (e já vem dos passados) são as demandas neste Reino mais demorosas que em nenhum outro por causa dos abusos, que se têm introduzido na praxe judiciária, originados da falta de exame das leis, que a estabeleceram, ficando quase sempre o governo dela no arbítrio dos escrivães. Estes, como lhe falta a luz da ciência, não podem deixar de estar cegos na ordem judicial e com esta cegueira irem guiando os juízes novatos verificando-se assim aquilo do Evangelho, que se um cego guia o outro cego, ambos caem no precipício...’” (CRUZ E TUCCI e AZEVEDO, 2009: 121/122).

Embora o processo, durante a vigência da monarquia em Portugal, seja marcado pela morosidade e pelo formalismo, várias foram as providências tomadas pelo legislador lusitano para tentar reduzir os efeitos maléficos, ao Estado e ao jurisdicionado, desse Judiciário ineficiente.

A primeira providência que se verifica nas Ordenações do Reino é a descentralização do Poder Judiciário das mãos do monarca, por meio da instituição de julgadores representantes de seus interesses ao longo do reino. Esses representantes eram desembargadores e juízes de fora, figura instituída por Afonso III, que deveriam aplicar o direito de acordo com os interesses da Corte ao redor do reino, de modo a garantir o poderio do monarca e acelerar o julgamento dos feitos¹⁶.

Em virtude do número de processos, além dos juízes de fora, nas Ordenações Afonsinas ainda se verifica outro mecanismo de descentralização do poder do Rei, que deixa de julgar todas as querimas ou querimônias, para dar espaço aos recursos de Estormentos e Cartas Testemunháveis, julgados por dois Desembargadores do Paço¹⁷.

¹⁶ “Outra forma de consolidação do poder real foi a instituição dos juízes de fora; se haviam juízes ordinários, muitos eram os obstáculos que existiam para estes realizarem satisfatoriamente a justiça, ‘em razão de serem da mesma terra, e terem nela muitos parentes, e amigos, compadres, e companheiros, ou também malquerenças, e ódios com outros; e por outra parte não podessem tão bem executar as leis e resistir às prepotências dos poderosos, e castigar os seus excessos, visto que acabado o tempo de sua judicatura, eles ficavam reduzidos a particulares em o mesmo lugar ou termo, e expostos às vinganças dos mesmos poderosos’.

(...)

Este outro modo lícito seria o golpe velado às prerrogativas dos senhores e eclesiásticos e a introdução dos chamados ‘juízes de fora’, designados pelo rei, no propósito de firmar a sua maior jurisdição sobre aqueles outros.” (AZEVEDO, 1976: 95).

“Afirma-se que D. Afonso III foi o primeiro rei, logo nos primórdios da monarquia lusitana, a preocupar-se, de forma mais intensa, com as questões processuais, demonstrando especial interesse pela temática da distribuição da justiça pelos quadrantes do reino, sendo que a instituição dos juízes de fora representaram o golpe velado às prerrogativas dos senhores e eclesiásticos.

(...) denominados Juízes de Fora (...) eram nomeados por tempo indeterminado, sendo certo que, ao serem investidos nas suas funções, cessavam, de imediato, as funções jurisdicionais dos Juízes da Terra ou chamados Juízes Eleitos.” (MORAES, 2005: 179).

¹⁷ “A competência para conhecer dos Estormentos e Cartas Testemunháveis e desembargar os agravos neles referidos, que inicialmente pertencia a el Rei como atributo majestático, foi delegada a dois Desembargadores do Paço. Não podendo mais o soberano decidir pessoalmente todas as querimas ou querimônias, em razão de sua quantidade, o julgamento permaneceu como atribuição da Corte, mas foi delegado a dois Desembargadores que na Corte andarem, como membros da Casa da Justiça” (LOBO DA COSTA, 1996: 148).

Mais tarde, já no reinado de Afonso V, estabelece-se critério geográfico para o julgamento das apelações, de modo que os recursos fossem melhor distribuídos pelas cortes e julgados de forma mais breve¹⁸.

Outra importante medida que vislumbrou dar eficiência aos processamentos dizia respeito aos recursos, pois com o intento de centralizar o domínio do Rei sobre a distribuição da jurisdição pelo reino, das sentenças proferidas pelos senhores de terra ou seus representantes, fossem elas interlocutórias ou terminativas, sempre caberia apelação (*lato sensu*) a *El Rei*. Esse acesso indiscriminado ao Rei levou ao crescimento demasiado do número de recursos, que tornou inviável ao monarca julgar todos eles de forma centralizada e tempestiva. Por isso, ao lado de descentralizar seu poder, a partir do reinado de D. Afonso IV proibiu-se a apelação contra sentenças interlocutórias. Abriu-se a exceção, tão somente, quando a interlocutória tivesse caráter terminativo, ou quando dela decorresse *periculum in mora*. CRUZ E TUCCI E AZEVEDO ensinam que desse critério de exceção ao não cabimento de recurso das interlocutórias decorre a criação dos estormentos de agravo e das cartas testemunháveis, que mais tarde dão origem às diferentes formas de agravo¹⁹.

Para evitar os danos possivelmente advindos da falta de recurso contra as interlocutórias, o legislador possibilitou então que o juiz revogasse a decisão interlocutória *ex-*

¹⁸ “Ao tempo das Ordações Afonsinas estes recursos já iam ter aos tribunais respectivos, dado o crescente aumento de processos dirigidos à autoridade superior. Desde D. Afonso III, a par da Casa de Justiça, que acompanhava o rei durante sua deambulação pelos domínios da coroa, fora criada outra corte, a Casa do Cível, instalada primeiro em Santarém; a seguir, definitivamente, em Lisboa.

Afonso V, confirma diploma de seu pai, estabelece critério geográfico para o julgamento das apelações: iriam para a Casa de Justiça, onde a corte estivesse e até 5 léguas dela; se além deste termo, seguia o recurso para a Casa do Cível, em Lisboa (3.90).” (CRUZ E TUCCI e AZEVEDO, 2009: 80)

¹⁹ “Posteriormente, sob a coroa de D. Afonso IV (1325-1357), filho de D. Diniz, é manifesta a influência do direito romano imperial.

Visando à consecução do objetivo de fazer com que as demandas se desenrolassem mais celeremente (‘que delongas não havião aqui nascer!’ – supreendia-se José Veríssimo), o monarca proibiu a prática da apelação – e, porque não dizer, da sopricação – contra as sentenças interlocutórias, estabelecendo, tão-somente, duas exceções: quando a decisão tivesse caráter de terminativa do processo, e, após sua prolação, o juiz ficasse impedido de proferir a sentença definitiva; ou no caso de ocorrer o dano proveniente da interlocutória, que não pudesse ser reparado pela decisão definitiva. É aqui que surge, então, a distinção entre sentença interlocutória simples e sentença interlocutória com força de definitiva.

Em decorrência desse critério originaram-se os estormentos de agravo e as cartas testemunháveis e, mais tarde, as várias espécies de agravo” (CRUZ E TUCCI, 1987: 163).

“Será D. Afonso IV quem irá distinguir as decisões interlocutórias simples daquelas decisões interlocutórias com força de definitivas, para o fim de se conceder apelação tão só para estas, revelando tal prática indiscutível selo do Direito Romano; desta distinção, irão se originar, primeiramente, os extormentos de agravo ou cartas testemunháveis e, mais tarde, as várias modalidades do recurso de agravo.” (AZEVEDO, 1976: 109).

officio, após a prolação da sentença. Não havendo a revogação por parte do magistrado, a única possibilidade da parte seria queixar-se ao Rei por meio das “querimas” ou “querimônias”.

Outra maneira de reduzir o número de recursos dirigidos ao Rei e à Corte foi o estabelecimento de alçada. Nas ordenações Afonsinas, para que se pudesse dirigir ao Rei ou à Casa de Justiça da Corte por meio do *aggravo* era necessário que a lesão envolvesse quantia superior a mil e quinhentos réis. Até o valor de cem mil libras, a competência seria dos desembargadores da Casa do Cível, também conhecido como Paço; a partir desse valor, o recurso deveria ser diretamente dirigido a Casa de Justiça del Rei.

A partir das ordenações Manuelinas, o nome agravo passa a representar o recurso em si – e não somente o dano – assumindo três formas: o agravo de petição, o agravo de instrumento e o agravo nos autos. Os dois primeiros distinguiam-se por um critério geográfico de cinco léguas estabelecido já por D. Duarte para dar celeridade ao processo.

Também nesse ordenamento observa-se o critério de alçada, exigindo-se valor da causa superior a quatro marcos de prata para se admitir o agravo contra a sentença do sobrejuiz. Se o valor ultrapassasse oito pratas, a competência passava diretamente à Casa da Sopricação²⁰.

Já nas ordenações Filipinas, admitia-se o agravo ordinário para a Casa de Suplicação nas causas referentes a bens móveis, cujo valor fosse superior a cem mil réis, e nos relativos a imóveis, com valor superior a oitenta mil réis.

Embora as ordenações de Filipe II não tenham trazido grandes inovações – razão pela qual foram bastante criticadas – uma novidade importante merece ser apontada, sobretudo no que diz respeito à celeridade. De acordo com as Filipinas, no julgamento do agravo, se dois desembargadores confirmassem a sentença agravada, o processo estava findo. Se, no entanto, o agravo fosse provido, um terceiro juiz integraria o julgamento para votar. Se tal voto fosse divergente dos demais, mais um desembargador votaria, até que se alcançasse o número de três votos uniformes.

Essa sistemática parece remontar à dupla conforme do direito canônico, que imprime, indisutivelmente, celeridade ao processo, tendo em vista que faz coisa julgada no momento

²⁰ “Nota-se, nesse particular, a importância do critério da alçada, ensejando inclusive a instituição de um avaliador oficial, com a atribuição de apreciar o valor da coisa em litígio” (CRUZ E TUCCI, 1987: 169).

em que há duas decisões em mesmo sentido (sentença e acórdão), sendo, portanto incabível o recurso aos Tribunais Superiores. Trata-se de uma indicativa da inegável influência do Direito Canônico nas Ordenações do reino de Portugal²¹.

Outro instrumento utilizado com vistas a alcançar o processo efetivo e célere foi a citação. Quando o réu estivesse em lugar incerto, quando “demorasse em local inacessível, perigoso ou sujeito às frequentes epidemias de pestes (Tít. I, 11)” (AZEVEDO, 1980:282) dar-se-ia a citação por editais ou hora certa²².

Nas Manuelinas, LUIZ CARLOS DE AZEVEDO ensina que o Título I, §13, do Livro III, acrescentou, com o propósito específico de evitar a procrastinação dos feitos, a seguinte disposição: “*havendo prova testemunhal a realizar no processo, a parte deve ser citada para vê-las prestar juramento; possuindo procurador, será o mesmo notificado; em caso de não haver procurador constituído, citar-se-á uma pessoa de casa onde ela demora; não sendo domiciliada no local, que se apregoe, simplesmente, em juízo, a formalidade*” (1980: 291/292).

Conforme dito, no reinado seguinte, a reforma que culminou no vulgarmente chamado “Código Sebastião” buscou precipuamente a brevidade e a celeridade do processo. Dom João III, em quarenta e três parágrafos, ordenou o processo das demandas de forma a alcançar-se a justiça de forma mais breve, com menos trabalho e despesas para as partes.

²¹ “Recebendo possível influência direta das fontes canônicas, as Ordenações Afonsinas, em 3.20.5 – aliás, em sede absolutamente inadequada – conferem destacada importância à missão outorgada aos juizes em prol da reconciliação dos litigantes: ‘E os juizes devem muito trabalhar por trazer as partes a concórdia, e isto não é de necessidade, mas de honestidade, e virtude para evitar omezos e despesas’; põem nos feitos crimes, onde esteja provado o crime, devem ser punidos, e não ficarem sem pena; mas nos outros feitos, que aos juizes são desconhecidos, e o direito das partes não é a eles certo, assim como é no começo, devem trabalhar para os concordar; e conclusão dos Sabedores é que ninguém deve ser muito propenso a litigar.’” (CRUZ E TUCCI e AZEVEDO, 2009: 75).

²² “embora o ideal fosse a citação realizada na própria pessoa do citando, ‘e não de outra guisa’, sob pena de anulação do processo, (Tít. I, 12) em alguns casos fazia-se necessário recorrer a uma quarta maneira de se conseguir a citação, qual fosse, aos editos, apregoando-se o nome das partes junto às praças e pelourinhos. Isto acontecia quando incerta fosse a pessoa que se pretendia chamar a juízo; ou, ainda, quando, certa a pessoa, desconhecia-se-lhe o paradeiro; ou, finalmente, quando tal pessoa demorasse em local inacessível, perigoso ou sujeito às frequentes epidemias de peste (Tít. I, 11). Afora tais hipóteses, existia outra que bem revelava a intenção do rei em fazer valer o seu poderio frente às classes até então incólumes em suas imunidades: permitia-se a expedição de editais de citação às pessoas poderosas que houvessem o costume de tratar mal àqueles que as procuravam para esse fim (Tít. I, 11). Admitia-se, também, a citação que hoje se conhece pelo nome de ‘hora certa’: percebendo o juiz ou o seu mandatário que o citando se escondia ou se ausentava propositadamente, possuindo ele domicílio certo, podia ser feita a citação à porta da sua casa, perante a mulher, familiares ou vizinhos, os quais ficavam alertados de lhe dar ciência do dito chamamento. (Tít. I, 13).” (AZEVEDO, 1980, 282).

A intenção da reforma, na realidade, foi reduzir os gastos do governo, que se encontrava gravemente endividado frente à expansão marítima de Portugal²³.

Com influências nitidamente canônicas, o “Código Sebastião”, buscando conferir brevidade e menos despesas e trabalho, investiu o juiz de amplos poderes para que buscasse a conciliação ou, sentido-se capacitado, para que julgasse antecipadamente a lide, o que passa a constar do Livro III, Tít. XX, n. 4 das ordenações Filipinas. Ademais, todas as exceções dilatórias deveriam ser opostas na mesma oportunidade, sob pena de alcançar-lhe a preclusão, e as exceções peremptórias deveriam ser opostas antes da contestação. Se o autor não apresentasse o libelo no prazo estipulado pelo magistrado, o réu era absolvido. Todas essas previsões visavam, claramente, garantir um processo eficiente²⁴.

Devido à grande complexidade e formalismo que revestiam o processo lusitano, recorrente era a praxe dos advogados de utilizar-se de institutos processuais com fins exclusivos de protelar os feitos²⁵. Por tal motivo, JOSÉ RUBENS MORAES aponta que na Idade Média “grande importância que é o juramento, neste caso, relacionado com a lealdade processual” (2005: 2007), presente, por exemplo, na necessidade do *litis denunciante* jurar não litigar de forma maliciosa, com intenção de protelar, prolongar o feito.

Frente à praxe protelatória dos advogados, então, atribuía-se diretamente a responsabilidade por sua atuação no processo, como se verifica nas Ordenações Filipinas em 3.20.45: “Qualquer advogado, que não der o feito no termo que lhe for assinado, será logo condenado pelo juiz nas custas do retardamento, as quais pagará a parte (...)”. E outras eram

²³ “Quanto à matéria processual, contida na terceira parte da coleção, nota-se, desde logo, o propósito de evitar a tardança na solução dos feitos: ‘Tanto que o réu for citado, e vier a juízo, o juiz fará, assim ao autor, como ao réu, de seu ofício a petição da parte as perguntas que bem lhe parecer, assim para a ordem do processo, como para decisão da causa. E se pelas tais perguntas puder logo determinar a causa, a determinação fará finalmente, dando apelação ou agravo de sua determinação, qual no caso couber, não cabendo em sua alçada’. (Lei VII, §1, Tít. I, P. III da Coleção das Leis Extravagantes” (AZEVEDO, 1980: 297).

²⁴ “Entre todos os estatutos que há nas províncias da Europa, que se governam pelo Direito Civil, é a nossa Ordenação a que, com mais eficácia estabeleceu a ordem do juízo por modo que ficasse certa a brevidade das demandas: mas neste tempo (e já vem dos passados) são as demandas neste reino mais demorosas que em nenhum outro por causa dos abusos que se têm introduzido na praxe judiciária, originados da falta de exame das leis, que a estabeleceram, ficando quase sempre o governo dela no arbítrio dos escrivães. Estes, como lhes falta a luz da ciência, não podem deixar de estar cegos na ordem judicial e com esta cegueira irem guiando os juízes novatos, verificando-se assim aquilo do Evangelho, que se um cego guia outro cego, ambos caem’ no precipício...” (GOMES, 1756: 18, in AZEVEDO, 1980: 304).

²⁵ “Para esta morosidade, contribuía, por vezes, a opinião dos juristas de renome, pois daqueles se aproveitavam alguns advogados carentes de probidade, para lançar nas laudas dos processos um sem número de argumentos e ditos falaciosos.” (AZEVEDO, 1980: 309).

as previsões de apuração da responsabilidade do advogado por retardamento do processo e atuação de má-fé.

Mas remete atenção, também, a possibilidade de responsabilização do magistrado pela demora do processo, com imposição de multa pecuniária. Tal previsão vem prevista nas Ordenações Filipinas e diferencia-se de acordo com a natureza do magistrado (fosse ele ordinário ou juiz de fora²⁶).

Por este breve panorâma é possível identificar-se que desde a era medieval as civilizações, em especial aqui analisado o povo de Portugal, lidava com o problema do congestionamento dos foros, que leva à morosidade. Diversas foram as alterações legislativas de cunho processual e material que buscaram dar celeridade aos feitos e afastar as chicanas dos advogados, conforme brevemente descrito acima. Várias delas foram replicadas de forma atualizada aos ordenamentos moderno, o que é facilmente identificável em institutos como a litigância de má-fé, a preclusão temporal e consumativa, a redução do número de recursos, a coisa julgada antecipada (pela confirmação da decisão pela corte de apelação), a descentralização da resolução dos conflitos, então a outros magistrados, hoje a métodos alternativos de resolução, estabelecimento de valor de alçada e investimento na máquina estatal. Dessa maneira, se desde os primórdios o processo lida com a demora, porque até hoje e, especialmente, na última década, tantp se produziu sobre o tema? É o que ver-se-á no próximo capítulo.

²⁶ “Em termos paralelos à qualificação doutrinária das situações de responsabilidade judicial como quase-delitos, a condenação do juiz em custas constitui a medida desta responsabilidade judicial e encontra-se legalmente prevista. Mais exactamente, a responsabilidade em custas constitui a medida de condenação dos juízes pela violação, não dolosa, de deveres legais. A violação dolosa remete a solução do problema para o âmbito criminal, dos crimes próprios dos magistrados judiciais, embora uma das consequências processuais aplicáveis aos juízes que julgavam mal dolosamente, fosse também a sua condenação nas custas do processo.

Por outro lado, uma excessiva demora dos magistrados na decisão das causas pode constituir fundamento de imputação dos danos. Na formulação dos juristas do direito comum, o atraso na decisão dos processos é enquadrado como um problema de mora do juiz. (...)

A respeito da ordem processual estabelecida pelas nossas Ordenações, Alexandre Caetano Gomes escreveu que a lei portuguesa era das mais aperfeiçoadas da Europa, denunciando, porém, que os juízes autorizavam demasiados expedientes que tornavam os processos muito morosos – designadamente, pela influência que os escrivães exerciam sobre os juízes mais novos.

(...)

Os casos de responsabilidade dos juízes locais em matéria de custas constam das Ordenações Filipinas (O.F. 1.65.9). Uma primeira distinção de regime separa a situação processual do juiz ordinário perante o juiz de fora; os juízes ordinários apenas devem responder pelas custas quando profiram uma decisão com dolo (malícia); os juízes de fora, pelo contrário, podem sempre ser condenados nas custas do processo.

(...)

A conclusão retirada é a de que nos casos em que for confirmado que uma decisão judicial foi injusta, o juiz pode ser condenado em custas, conclusão que a doutrina fundamenta com um raciocínio preciso: o juiz que aceitou a nomeação para um ofício deve entender-se como perito, pelo que, julgando mal, actuou com imperícia e merece ser condenado.” (HOMEM, 2003: 616/621)

2.2 Tempo e a Sociedade Moderna

O processo em si é uma angústia para aqueles que dele participam. Afinal, conforme a lição clássica de CARNELUCCI, a lide corresponde a um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Assim, os integrantes do processo estão em contenda, sem saber se de lá sairão vitoriosos ou se perderão o bem a que entendem ter direito. Dessa forma, quanto mais tempo esse conflito se estende, maior é a angústia daqueles que nele participam, a não ser para aquele que, sabendo ser devedor, utiliza-se do processo como meio de protelar o pagamento de sua dívida.

Conforme já demonstrado nos capítulos anteriores, a preocupação com a demora na resolução dos conflitos processuais não é exclusiva das sociedades contemporâneas. Entretanto, cada vez mais se produz material doutrinário e legislativo em busca de soluções para a crise de eficiência do Judiciário ao redor de todo o mundo. E essa preocupação parece ter se intensificado nas últimas décadas. Isso é uma decorrência não só do aumento do congestionamento e consequente morosidade do Judiciário, mas principalmente da relação da sociedade contemporânea com o tempo. A nossa civilização está cada vez mais angustiada com o passar do tempo e por isso os eventos que demandam a passagem de longos períodos tornam-se cada vez mais insuportáveis.

O sociólogo espanhol MANUEL CASTELLS, no estudo intitulado “A sociedade em Rede”, chega a dizer que somos hoje uma sociedade atemporal. Tudo é tão imediato, que deixamos de compreender a passagem do tempo, o que resulta em crises não só com relação aos eventos que demandam transcurso de prazos mais longos, como o processo, mas também com relação aos eventos da vida em si, como o envelhecimento e a morte.

CASTELLS afirma que, com a evolução da ciência, afastamos cada vez mais a morte e os ritmos biológicos, tornando até o próprio evento temporal mais certo da vida, aquele que coloca um ponto final nas nossas vidas, em questão, o que era excogitável a quaisquer outras sociedades. O ser humano passa a perder qualquer conceito de ritmo antes ditado pela biologia. Deixamos de ser criaturas biossociais para sermos criaturas sociobiológicas. E, posteriormente, perdemos o ritmo inclusive das próprias sociedades.

Essa necessidade de aceleração dos eventos da vida, do tempo, se verifica na história como um imperativo econômico. Veja-se:

“Enquanto no fordismo a aceleração do trabalho estava associada a dinheiro com aumento de pagamento, no stalinismo não só o dinheiro era um mal segundo a tradição russa, mas o tempo deveria ser acelerado por motivação ideológica. Portanto, ‘stakhanovismo’ significava trabalhar mais por unidade de tempo como um serviço para o país, e planos de cinco anos eram cumpridos em quatro como prova da capacidade da nova sociedade para a revolução temporal. (...) Na verdade, embora a coletivização forçada da agricultura visasse a eliminação do conceito comunal de tempo em ritmo lento, enraizado na natureza, família e história, difundia-se uma resistência social e cultural a essa imposição, demonstrando a profundidade do fundamento temporal na vida social.

(...)

A sociedades contemporâneas em grande parte dominadas pelo conceito de tempo cronológico, descoberta categórica/mecânica que E.P. Thompson, entre outros, considera importantíssima para a constituição do capitalismo industrial. Em termos materiais, a modernidade pode ser concebida como o domínio do tempo cronológico sobre o espaço e a sociedade (...).” (CASTELLS, 2009: 525)

O tempo gera dinheiro, na medida em que hoje aposta-se no tempo como forma de negociação para recursos futuros. Segundo CASTELLS, o capital não só comprime o tempo, mas se absorve dele, gerando renda, e isso cria angústia para o ser capitalista. O transcurso do tempo é o andamento do jogo de apostas financeiras em que está calcado.

Além disso, as tecnologias modernas, que permitem a informação e comunicação instantânea, comprimem “o tempo em todos os domínios da vida humana. Comprimir o tempo até o limite equivale a fazer com que a sequência temporal, e, por conseguinte, o tempo, desapareça” (CASTELLS, 2009: 526). A informação instantânea comprime também os espaços, ao que perdemos também, assim, o senso de nação e de territorialidade²⁷. Todos são do mundo.

²⁷ “Por um lado, a informação instantânea em todo o globo, mesclada a reportagens ao vivo de lugares vizinhos, oferece instantaneidade temporal sem precedentes aos acontecimentos sociais e expressões culturais. O acompanhamento em tempo real de todos os minutos do colapso do Estado soviético em agosto de 1991, com tradução simultânea dos debates políticos russos, introduziu uma nova era de comunicação em que o ‘fazer’ história pode ser diferentemente testemunhado, desde que seja considerado suficientemente interessante pelos controladores da informação. Também, a comunicação imediata por computadores possibilita diálogo em tempo real, reunindo pessoas com os mesmos interesses em conversa interativa multilateral, por escrito. Respostas adiadas pelo tempo podem ser superadas com facilidade, pois as novas tecnologias da comunicação oferecem um sentido de instantaneidade que derruba as barreiras temporais, permitindo que as partes envolvidas na comunicação deixem passar alguns segundos ou minutos, para trazer outra informação e expandir a esfera de comunicação sem a pressão do telefone, não-adaptado a longos silêncios” (CASTELLS, 2009: 553).

A impaciência tomou conta da sociedade contemporânea. Busca-se a juventude a qualquer custo, foge-se da morte²⁸. Evita-se o tempo. É, como bem define o sociólogo espanhol, “simultaneamente uma cultura do eterno e do efêmero”.

O ser humano contemporâneo não sabe lidar com o transcurso das horas. E, conseqüentemente, os eventos que demandam tempo tornam-se cada vez mais insuportáveis. Desacostumamo-nos a aguardar por respostas. Uma discussão de bar pode ser resolvida rapidamente com uma pesquisa no *Google* feita pelo celular, imediatamente.

Mas o processo é exatamente o oposto disso. É postergar a resposta de um conflito no tempo, colocando a solução nas mãos de um terceiro imparcial, tendo-se de aguardar o transcurso de todos os procedimentos que caracterizam a formalidade processual, necessários a garantir a segurança jurídica. A contradição que se põe é inevitável, e isso gera uma enorme frustração.

A conclusão que se tira é que o problema da morosidade, embora não seja resultado da sociedade e dos ordenamentos jurídicos modernos, tomou contornos mais preocupantes por estar inserido em uma sociedade que não tolera esperar. Não esperamos mais a morte; não esperamos tampouco o trânsito em julgado.

²⁸ “Parece que todos os seres humanos, inclusive nós, são relógios biológicos. Ritmos biológicos, sejam individuais, relacionados às espécies, ou mesmo por sua conta e risco. Durante milênos construiu-se o ritmo da vida humana em estreita relação com os ritmos da natureza, geralmente com pouco poder de barganha contra as forças naturais hostis. Portanto, parecia razoável acompanhar o fluxo e modelar o ciclo de vida com base em uma sociedade em que a maior parte das crianças morria ainda bebê; em que a energia reprodutiva das mulheres tinha de ser usada cedo; em que a juventude era efêmera (Ronsard); em que ficar velho era um privilégio tão grande que trazia consigo o respeito devido a uma rara fonte de experiência e sabedoria; e em que as pestes periodicamente devastavam boa parte da população. No mundo desenvolvido, a Revolução Industrial, a constituição da ciência médica, o triunfo da razão e a afirmação dos direitos sociais alteraram esse padrão nos últimos dois séculos, prolongando a vida, superando doenças, controlando os nascimentos, diminuindo os óbitos, questionando a determinação biológica dos papéis sociais e construindo o ciclo vital em torno de categorias sociais, entre as quais a educação, o tempo de serviço, os padrões de carreiras e o direito à aposentadoria adquiriram extrema importância. Contudo, embora o princípio da vida seqüencial tenha mudado de biossocial para sociobiológico, havia (na verdade, ainda há) um padrão de ciclo de vida que as sociedades desenvolvidas tendem a seguir, e que os países em desenvolvimento tentam alcançar. Agora os avanços organizacionais, tecnológicos e culturais característicos da nova sociedade emergente estão abalando definitivamente esse ciclo de vida regular sem substituí-lo por uma sequência alternativa. Proponho a hipótese de que a sociedade em rede caracteriza-se pela ruptura do ritmo, ou biológico ou social, associado ao conceito de um ciclo de vida” (CASTELLS, 2009: 538).

3. ACESSO À JUSTIÇA

Impossível tratar-se do tema de acesso à justiça sem se debruçar sobre o estudo de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. Já no primeiro parágrafo de seu livro, intitulado “Acesso à Justiça”, os autores ensinam que o conceito de acesso à justiça não é estanque. Ele tem sofrido alterações significativas, que resultam em mudanças profundas no ensino e na operacionalização do processo civil.

“Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução de litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática.” (2002: 9).

No estudo, os autores apontam importantes obstáculos impostos ao acesso efetivo à justiça, como as custas judiciais, a dificuldade de tutela dos interesses difusos, a morosidade (tempo), a falta de capacidade jurídica, dentre outros. Ainda, apontam para algumas soluções, organizando-as em ondas de acesso à justiça. Segundo os autores, na primeira onda buscou-se a assistência judiciária aos pobres; a segunda onda relaciona-se à representação dos interesses difusos; a terceira onda, por sua vez, trata do acesso à representação em juízo em concepção mais ampla de acesso à justiça. Segundo os autores:

“Esse movimento emergente de acesso à Justiça procede de movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Sem dúvida, esses movimentos iniciais receberam impulso através da afluência econômica recente e outras reformas que, de certa forma, alteraram o equilíbrio formal de poder entre indivíduos, de um lado, e litigantes mais ou menos organizados, de outro, tais como as empresas ou o governo. Para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos efetivos, como era de se prever.” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002: 67/68).

Segundo a Carta Política brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Grande parte da doutrina e da jurisprudência intitula essa garantia constitucional pétrea como acesso à justiça. Mas, na realidade, o que a Carta Constitucional prevê no artigo 5º, inciso XXXV, é a inafastabilidade do Poder Judiciário. O acesso à justiça é maior do que a simples garantia de que aquele que alega lesão ou ameaça a um direito material possa ir até o juiz e receber dele alguma manifestação. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE ensina que o direito de ação decorre diretamente do “*poder que temos de, diante de determinada situação concreta, verificada nas relações da vida reguladas pelo Direito, postular a tutela jurisdicional para satisfação de determinado interesse*” (BEDAQUE, 2009: 97).

Nesse diapasão, o acesso ao Poder Judiciário, previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXXV, nada mais é do que uma faculdade decorrente da proteção do direito material. BEDAQUE explica que não há proteção constitucional ao mero ingresso no Judiciário, o que acarretaria a falta de interesse de agir e consequente ausência de condição da ação. A inafastabilidade do Judiciário relaciona-se diretamente, portanto, ao fato da vida alegado na petição inicial, fazendo com que o poder de demandar adquira caráter instrumental (BEDAQUE, 2009: 99).

Mas não é somente da inafastabilidade do Judiciário que se trata este capítulo. É de uma garantia muito maior: da garantia de acesso à justiça como um todo considerada. No tema, PAULO CESAR SANTOS BEZERRA afirma que:

“De grande magnitude em sido a preocupação não só com a conceitualização do que seja justiça como, principalmente, com os meios de acesso à justiça, trazendo-a, como valor, do campo das idéias, para a vida dos homens. Portanto, ressalta, sem dúvida, como instrumento de atuação da justiça, o processo e a garantia de seus predicamentos, também alcança o nível de direito fundamental: o direito ao devido processo legal.” (2008: 93).

Nesse viés, portanto, o acesso à justiça configuraria não só a inafastabilidade do Judiciário, mas também o devido processo legal. Mas o autor prossegue:

“Quando se pensa a justiça, não se está apenas querendo observar o aspecto formal da justiça, nem o seu caráter processual. Argumenta-se com um valor que antecede a lei e o processo. O acesso à justiça pois, nessa perspectiva, é um direito natural, um valor inerente ao homem, por sua própria natureza. A sede de justiça, que angustia o humano, tem raízes fincadas na teoria do direito natural. Como direito, o acesso à justiça é, sem dúvida, um direito natural. Como direito, o acesso à proteção judicial, é um direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Nesse sentido é um direito fundamental.

(...)

No sentido de direito inerente à natureza humana o acesso à justiça é um direito natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infra-constitucional, é um direito fundamental.

Nesse sentido é que se afirma o dever o processo ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça. A doutrina brasileira atual tem chamado a esse fenômeno de acesso à ordem jurídica justa.” (2008: 122-123).

Para BEDAQUE, o acesso à justiça deve ser compreendido de maneira mais abrangente, para que se garanta um meio hábil de proteção do direito previsto no plano substancial. Segundo o autor: “De nada adiantará a proteção constitucional do direito de demandar em juízo se o sistema processual não estiver preparado para garantir de maneira eficaz o interesse juridicamente protegido. O devido processo legal não se limita aos princípios da ampla defesa, contraditório, igualdade. É preciso também assegurar às partes a perfeita adequação do instrumento a ser utilizado, a fim de que possa ele proporcionar aos interessados acesso à ordem jurídica justa, isto é, assegurar ao titular de um direito praticamente tudo aquilo que o ordenamento jurídico lhe garante” (2009: 101).

ROGÉRIO LAURIA TUCCI afirma, por sua vez, que:

“Assumido, pelo Estado, o monopólio da administração da justiça, há de ser conferido ao membro da comunidade (inclusive, evidentemente, ao próprio Estado), em contrapartida, o direito de invocar prestação jurisdicional em relação a determinado interesse em conflito com o de outrem.

Trata-se, por certo, de direito subjetivo material, público, universalmente consagrado, em que se especifica o direito de petição, e definido por JOSÉ ANTONIO TOME GARCIA como ‘o direito de peticionar aos órgãos do Poder Judiciário, consubstanciando-se no meio adequado e impostergável de obter o amparo jurisdicional’ a outro direito.” (TUCCI, 2011: 56).

Para que se conceitue a garantia do acesso à justiça é necessário saber sua finalidade. Adotando a lição de ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *supra* explicada, entende-se que o direito de acesso ao Poder Judiciário é uma decorrência mediata de um evento da vida, do direito material. Assim, a finalidade precípua do acesso à justiça é proteger o bem da vida para então pacificar a lide.

O Estado, ao chamar para si o poder político de solucionar os conflitos entre seus jurisdicionados, atraiu também o dever de fazê-lo da forma mais adequada possível, de maneira a garantir o atingimento da finalidade do processo – a conquista do bem da vida pleiteado por aquele que o Estado-juiz entender ter direito. Dessa maneira, o acesso à justiça deve se dar de forma adequada. Ou seja, a prestação jurisdicional há de ser concedida de maneira a alcançar a finalidade do processo (pacificação com o alcance do bem da vida pleiteado) da maneira mais breve e adequada possível, garantindo-se o contraditório, a ampla defesa, o juiz imparcial, a prestação jurisdicional fundamentada e amparada na lei e, o duplo grau de jurisdição.

No que tange ao devido processo legal, a Constituição Federal, em uma quase tradução literal do texto constitucional norte americano²⁹, traz, em seu artigo 5º, inciso LIV, a seguinte disposição: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Isso significa que a realização do direito material, e a solução de qualquer conflito que envolva direitos, garantias e bens, poderá ser orientada e processada sob o crivo e supervisão do Poder Judiciário, se assim almejado pelos jurisdicionados. Evidente, portanto, a relação inafastável entre o devido processo legal e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Além disso, conforme dito anteriormente, a solução de litígios obrigatoriamente respeitará outros princípios constitucionais, que asseguram que o processo utilizado para tanto seja *devido* – ou *justo*, conforme denomina a Constituição Federal italiana³⁰ - ou seja, que

²⁹ *Fifth Amendment to the United States Constitution: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.” (sem grifo no original)*

³⁰ *Art. 111 da Constituição Italiana: “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa;*

busque resguardar e garantir os direitos fundamentais determinados pela Constituição, e, mais além, a própria dignidade dos litigantes.

Deverá o processo, para tanto, ser o mais adequado àquela determinada situação da vida. Ou seja, se uma determinada demanda envolve circunstância de urgência, o julgador deverá suprir esta necessidade por meio de concessões liminares, que diminuam a aflição da parte. Se outra demanda envolve questões de ordem pública, ela será acompanhada pelo *custus legis*, o Ministério Público. Ou, ainda, se envolve questões relacionadas a parentesco, filiação, relações inter-familiares, será encaminhada a uma vara especializada para administrar tais assuntos – a vara de família. Assim sendo, o processo deve adequar-se a cada tipo específico de situação material para garantir a solução mais justa e a melhor aplicação do direito ao caso concreto.

Um ponto sobre este tema, que é importante frisar, e que nem sempre fica claro para os operadores do Direito, já que enfrentar e solucionar litígios faz parte de seu dia-a-dia, é que as partes envolvidas na *lide* passam, durante o desenrolar do processo, por momentos de aflição, de ansiedade. O processo em si já é uma etapa difícil na vida daquele que o integra. Trata-se de aspectos da vida real, direitos substanciais. Muitas vezes, um valor pecuniário discutido com a Fazenda Pública pode mudar a vida de uma pessoa pouco abastada; outras, trata-se de hipótese na qual um filho procura ser reconhecido por seu pai; ou, ainda, de uma pessoa acusada do cometimento de um crime, que aguarda a resposta sobre sua liberdade e culpabilidade. A *lide*, conforme a própria origem da palavra latina *litis* traduz, significa contenda, luta (DE PLÁCIDO E SILVA, 2006: 847). Ora, que lutador não sofre com a contenda em si? Passar por esta experiência, reafirmamos, não como *tradutor*, operador do direito, mas como parte, como aquele que espera a resposta do magistrado, é um tormento. É por isso que se faz crucial que o processo seja manejado por seus operadores – todos, advogados, promotores e magistrados – da forma mais justa possível, em um procedimento

abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati. Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. Contro le decisioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione.” (sem grifo no original)

livre de manobras jurídicas mal-intencionadas, que busque a agilidade do feito e o seu amoldamento mais próximo às reais necessidades daqueles que o titulam. É por isso que o processo deve ser justo, de acordo com a lei e célere.

Esse processo *devido*, conforme ensina NELSON NERY, é o *procedural due process*, do direito norte-americano, cristalização do *due process* nas especificidades do procedimento, pelo qual os litigantes tem direito a, e dever de:

“a) comunicação adequada sobre a recomendação ou base de ação governamental; b) um juiz imparcial; c) a oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; d) a oportunidade de apresentar provas ao juiz; e) a chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; f) o direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; g) uma decisão fundamentada, com base no que consta dos autos.” (NERY, 2009: 84)

O acesso à justiça, assim, constitui um plexo de direitos dos jurisdicionados frente aos deveres do Estado. Ele não se limita ao direito de petição inserido na inafastabilidade do Poder Judiciário, mas recebe também a carga do devido processo legal, e todos os direitos nele concernentes – ampla defesa, contraditório, decisão fundamentada, juiz imparcial etc.

TEORI ALBINO ZAVASCKI dá ainda caráter mais amplo para o conceito de acesso à justiça, partindo da compreensão da tutela jurisdicional. Para o autor:

“Tutelar (do latim tueor, tueri = ver, olhar, observar, e, figuradamente, velar, vigiar) significa proteger, amparar, defender, assistir. É com esse sentido que o verbo e os substantivos tutor e tutela, dele derivados, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões tutela jurídica e tutela jurisdicional. Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, no qual se garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição), e que, para isso, exerce a administração pública e cria as normas regulamentadoras da convivência social, assumiu também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida proteção. Nenhum obstáculo pode ser posto ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que fará a ‘apreciação’ de qualquer ‘lesão ou ameaça a direito’, segundo dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional. Assim, quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos.”

Esse compromisso de apreciar as lesões ou ameaças a direitos – o compromisso de prestar tutela jurisdicional – constitui um dever estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se

consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito.” (ZAVASCKI, 2009: 5/6).

Ao garantir o acesso à justiça, o Estado está, portanto, dando à população a garantia de proteção a todo o seu plexo de direitos³¹. E, mais do que isso, está a garantir que qualquer ameaça ou lesão será por ele solucionada da forma mais adequada ao bem da vida envolvido na lide, e, como bem anotado por TEORI ZAVASCKI, de modo eficaz.

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direito de todos. (...) O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.” (CAPPELLETTI e GARTH, 2002: 12/13).

Há ainda que se frisar, conforme bem anotado por CAPPELLETTI E GARTH, que o acesso à justiça hoje, após a segunda onda de reformas, não se limita aos interesses dos indivíduos, ele deve englobar também a proteção aos direitos difusos. É imperioso que o Estado proteja a comunidade dos males a ela praticados como agrupamento, trazendo justiça e pacificação³².

A observância desse corolário constitucional é imperativo, pois que a negativa do acesso à justiça estimula o desenvolvimento de verdadeiros ordenamentos jurídicos

³¹ “E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústias; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem-comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010: 31).

³² “À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida na ‘declaração de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. (...) Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”. (CAPPELLETTI e GARTH, 2002: 12).

paralelos. É o que se identifica com frequência nas comunidades carentes das favelas do Rio de Janeiro, do sertão do nordeste, dentre tantas outras. O ser civilizado, que vive em sociedade, precisa solucionar seus conflitos. Se a inafastabilidade do Judiciário está calcada no direito material, conforme bem ponderado por BEDAQUE, então as relações informais e ilícitas não podem ser levadas ao Estado para serem solucionadas. Além disso, a população carente não possui a assistência social do Estado necessária para que possa alcançar o Judiciário. Falta atuação da Defensoria Pública, de Assistentes Sociais e do Ministério Público para que se afaste o ordenamento paralelo e se dê, de fato, acesso amplo à justiça para toda população brasileira³³.

“Entre o formal e o real, entretanto, medeia um abismo. O preceito constitucional permanece como simples promessa a ser cumprida, em várias regiões do país, as mais numerosas, e insatisfatoriamente cumprida em muito poucos, tanto qualitativa quanto quantitativamente. Os obstáculos que impedem o acesso dessa maioria à justiça são: deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo de poder de mobilização e nenhuma organização. Os exemplos de decisões judiciais sobre o assunto demonstram quão díspares são os conceitos de acesso à justiça (todos confundidos com acesso ao Judiciário) que norteiam tais arestos. (...) Nós devemos questio” (BEZERRA, 2008: 111-112).

³³ “Quando o acesso à justiça é negado a determinados segmentos da sociedade, obviamente aos mais pobres, a comunidade como que cria mecanismos de sobrevivência e acaba por instituir regras próprias que lhes possibilite sobreviver. Cria meios específicos de solução de seus conflitos e satisfação de seus direitos. Essa prática reiterada cria um direito não oficial, paralelo. À luz do direito oficial brasileiro, as relações estabelecidas no interior das favelas são ilegais ou juridicamente nulas. Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal são vividas pelos que nelas participam; a intervenção da associação de moradores neste domínio visa construir como que um ersatz da proteção jurídica oficial de que carecem.

(...)

No Brasil, a falta de acesso à justiça é um problema histórico. Somos um país politicamente autocrático, centralizador e elitista. Sofremos do mal da ausência de uma classe média significativa nos primeiros quatro séculos da nossa história, como também, de um proletariado que se tenha organizado a partir de suas raízes e por força de sua própria combatividade.

(...)

Somos, portanto, um povo que fez sua história com escassa participação popular. Acostumamo-nos a aguardar sempre as decisões do Estado, vale dizer, das elites dominantes. Falta-nos, como povo, a iniciativa, ajustando-nos ao que é imposto de cima para baixo, por força de nossa incipiente formação política. São bem frágeis entre nós o sentimento de solidariedade social, de dever de participação comunitária e a consciência da necessidade de se organizar para obter. (...) Só agora, nesta segunda metade do século XX, acentuadamente nos últimos 10 anos, é que algo está mudando nas bases, já se podendo ter esperanças de um amanhã diferente, mesmo que não imediato. O retrocesso social que representa o sistema de poder instaurado em 1964 feriu muito fundo o povo brasileiro, conscientizando-o de que ele e somente ele poderá ser o autor de sua própria libertação.” (BEZERRA, 2008: 107/108)

4. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Conforme visto no capítulo anterior, a Constituição Federal de 1988 traz expressamente em seu texto a promessa do acesso amplo à Justiça. Isso significa não só a inafastabilidade do Poder Judiciário e o direito de petição, mas o devido processo legal, que deve ser calcado nos princípios e garantias constitucionais.

O processo deve obedecer as regras do contraditório, da ampla defesa, deve ser regido por juiz imparcial, que confira decisões fundamentadas, sempre em observância ao contraditório, permitindo-se o duplo grau de jurisdição. Além disso, a tutela jurisdicional deve ser específica ao bem da vida tutelado e, por fim, o processo deve ser conduzido em duração razoável. É o que preleciona o próprio texto constitucional no art. 5º, inciso LXXVIII³⁴, incluído pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

De nada adianta um processo pleno de garantias, que observe o contraditório, a ampla defesa, permita aos jurisdicionados o acesso a diversos tipos de recursos em graus distintos, se a prestação jurisdicional não se dá em tempo razoável. Lembra-se, mais uma vez, as palavras de RUI BARBOSA: “A justiça atrasada é a não justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

Repise-se que o que a Constituição Federal garante no art. 5º, inciso XXXV, não é somente o acesso ao juiz, o mero ingresso em juízo. O jurisdicionado não quer somente ouvir do Estado o que ele, na pessoa do magistrado, entende correto para aquela determinada relação jurídica (a não ser, especificamente, no caso das tutelas declaratórias). O que se espera como resposta do Judiciário é o bem de vida envolvido na demanda, o resultado útil do processo.

Imaginemos uma situação hipotética na qual um indivíduo leve ao Judiciário uma demanda na qual alega possuir um crédito contra o réu. O autor não espera apenas que a sentença diga que ele tem direito ao crédito, ele espera o dinheiro, o crédito em si. Ou seja,

³⁴ Art. 5º, inciso LXXVIII, da CF: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

espera-se o bem da vida envolvido, ou aquilo que justamente o substituir quando não for possível resgatá-lo.

Dessa forma, enquanto o resultado útil do processo não é alcançado, o acesso à justiça não é plenamente satisfeito. E quanto mais se demora a obter esse resultado útil, maior a angústia criada para as partes, e menor a utilidade do processo³⁵. Portanto, é imperioso que se considere a celeridade como um dos institutos integrantes do acesso pleno à justiça. Sem a celeridade, o resultado útil do processo pode se perder, e sem o resultado útil, o processo não tem serventia para os nele envolvidos³⁶.

Impossível que se imagine que o processo não vá demorar. O processo é, *per se*, um instrumento formal, pois é pelas formalidades que se confere segurança jurídica, legalidade e imparcialidade para a realização da jurisdição. O movimento processual leva tempo, pois há que se garantir a participação efetiva das partes e do juiz³⁷. Entretanto, há que se cuidar para

³⁵ “Há direitos que sucumbem de modo definitivo e irremediável quando a tutela demora e há também situações em que, mesmo não desaparecendo por completo a utilidade das medidas judiciais, a espera pela satisfação é fator de insuportável desgaste, em razão da longa permanência das angústias e incertezas (*dano marginal do processo*). Ocorre ainda o desgaste do processo mesmo, como fator de pacificação com justiça, o que sucede quando o decurso do tempo atinge os *meios* de que ele precisa valer-se para o cumprimento de sua missão social (provas e bens). Desde a complicação das formas, excesso de atos e de recursos, até à simples demora judicial na tramitação dos feitos e oferta da tutela. Tudo conjura contra a efetividade do sistema e, para o combate a cada uma dessas causas, certas medidas são bastante conhecidas e algumas vêm até de tempos bem remotos.” (DINAMARCO, 2010: 870/871).

“É bem de ver que o fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo de crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunidade social. Despiciendo salientar que a justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça...” (CRUZ E TUCCI, 1997: 104).

³⁶ “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (BARBOSA MOREIRA, 2002:181).

³⁷ “O processo é necessariamente formal (embora não devam ser formalistas aqueles que operam o processo), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, devido processo legal: Const., art. 5º, inc. LVI). No processo as partes tem o direito de participar intensamente, pedindo, requerendo, respondendo, impugnando, provando, recorrendo; a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, inc. LV) inclui também o direito das partes ao diálogo com o juiz, sendo este obrigado a participar mais ou menos intensamente do processo, decidindo sobre pedidos e requerimentos das partes, tomando iniciativa da prova em certa medida, fundamentando suas decisões (Const., art. 93, inc. IX).

Pois tudo toma tempo e o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal.

O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentado ao juiz. Mas como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema.

que o tempo não seja excessivo, de modo a corroer o resultado útil do processo. Há, dessa maneira, que se buscar o equilíbrio entre a segurança jurídica, que demanda tempo, e a tão almejada celeridade.

Mas, como visto, a importância da celeridade no processo judicial não é preocupação que se restringe a realidade brasileira e tampouco à sociedade moderna. Trata-se de uma inquietação de toda a comunidade internacional, tendo em vista os efeitos maléficos do tempo excessivo na atuação jurisdicional em todo o mundo. JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ensina que foi a partir da edição da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em Roma, 4 de novembro de 1950, que a idéia do processo sem dilações indevidas passa a ser “compreendido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável” (2008: 325).

De acordo com o artigo 6º, 1, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

O art. 34 da Convenção garante a possibilidade de recurso de qualquer cidadão, organização não governamental ou empresa privada, em decorrência de infração nela reconhecida, podendo tal recurso ser acionado quando exauridos os recursos internos do país tido como infrator e em até seis meses do trânsito em julgado da decisão (art. 35).

Não se trata, portanto, de simples conceituação sobre a importância da observância do prazo razoável na condução dos processos, mas de verdadeira tutela internacional à celeridade e repressão às dilações indevidas.

Ao lado da duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010: 32).

JOSÉ ANTONIO TOMÉ GARCIA aponta que o conceito de dilações indevidas atribuído como responsabilidade do Estado serão os “atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam das partes ou de seus mandatários” (1987: 119).

A Corte Européia de Direitos do Homem, por sua vez, possui critérios para apreciação do tempo razoável de duração de um determinado processo, para que então se possa decidir por sancionar ou não um país pela demora injustificada no julgamento de um processo. São eles: (i) complexidade do assunto; (ii) comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e (iii) atuação do órgão jurisdicional. Isso não significa que a análise não se de em observância restrita aos prazos fixados na lei – como prazo para audiência e julgamento, por exemplo – mas sim do lapso temporal considerado num todo. A valoração é, portanto, subjetiva, inexistindo conceitos estanques para a mensuração do prazo razoável³⁸.

Para ilustrar essa preocupação internacional, relembra-se que em 25 de junho de 1987, a Itália foi condenada pela Corte Européia de Direitos do Homem pelos danos morais decorrentes do estado de prolongada ansiedade do réu, que suportou o processo por tempo maior que o razoável (10 anos e 4 meses, quando do julgamento pela Corte Européia, ainda sem trânsito em julgado na Corte italiana). O acórdão da Corte Européia frisa que o princípio dispositivo, segundo o qual as partes são responsáveis pelos impulsos do processo, não afasta a responsabilidade do Estado de garantir sua conclusão em tempo razoável. Aponta o aresto que “tendo-se em vista a ausência de complexidade do caso, tal lapso temporal apresenta-se, de logo, contrário à observância da razoabilidade do tempo.”

No mesmo sentido da problemática aqui estudada, a Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos previu a chamada *speedy trial clause*, em tradução livre, cláusula de julgamento rápido, que preleciona a necessidade dos processamentos se darem em tempo

³⁸ “(...) é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerada, neste particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional” (CRUZ E TUCCI, 2008: 327).

razoável. Entretanto, no julgamento *Barker vs. Wingo*, a Suprema Corte entendeu que a *speedy trial clause* carrega em si conceito vago quando confrontada com outras garantias processuais, sendo impossível determinar um tempo preciso para que se considere violada a garantia constitucional. Nesse diapasão, adotando-se a mesma lógica da Corte Européia de Direitos Humanos, há que analisar casuisticamente a situação processual para que se determine se determinado julgamento feriu a *speedy trial clause*.

Frente a essas e outras experiências internacionais, em 22 de novembro de 1969, na capital da Costa Rica, San José, firmou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que preceitua, no art. 8º, 1, que: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (...)”.

Como signatário do Pacto da Costa Rica, a previsão da Convenção foi recepcionada pela Constituição Brasileira por meio do Decreto 27, de 26 de maio de 1992, de acordo com a permissão prevista no art. 5º, § 2º, da Carta Maior³⁹. Entretanto, embora o inciso LXXVIII, que trata da razoável duração do processo, tenha sido incerto na Constituição Federal somente com a edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI frisa que “a garantia do devido processo legal pressupor, como já ressaltado, o rápido desfecho do litígio ou da *persecutio criminis*, já estava contemplada, em nosso sistema jurídico, mesmo antes da EC 45, dada a evidente compatibilidade de regramentos, em particular, pela regra do art. 8º, 1, do referido Pacto” (2008: 337).

Aliás, nesse sentido, pondera JOSÉ AUGUSTO DELGADO que a garantia fundamental da razoável duração do processo, previstas na Constituição no art. 5º, inciso LXXVIII, já se encontrava contida nos incisos LIV, LV e LVI, que asseguram o devido processo legal, bem como no art. 37, *caput*, parte final, que determina a obrigatoriedade da Administração Pública, por qualquer um dos seus poderes, atuar com eficiência. De acordo com o autor, “o princípio posto no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, garantidor da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação, necessita ser

³⁹ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

interpretado e aplicado com a carga imperativa de eficácia e efetividade que nele contém” (DELGADO, 2008: 95).

Nessa toada, pode-se então apontar que a lentidão judicial é afronta direta a cláusula pétrea da Constituição Federal e dos direitos e garantias individuais, pois, se a justiça lenta é a não justiça, a demora injustificada do processo significa imediato desrespeito à garantia de acesso à justiça e de devido processo legal – no qual se insere a previsão de “duração razoável do processo”, considerada, pelo Tratado de San José, direito mínimo à satisfação da dignidade da pessoa humana.

NICOLO TROCKER, citado pelo professor JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, ensina que a morosidade processual “provoca danos econômicos (mobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, têm tudo a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cómodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais forte para ditar ao adversário as condições de rendição”. (TROCKER, *apud* CRUZ E TUCCI, 1997: 104).

Ora, como cediço, somente a força judicial é capaz de garantir direitos, já que o Estado monopoliza a administração e distribuição da justiça. Assim sendo, se o Estado detém sozinho o dever/poder de julgar e aplicar de forma final a Lei, deve ele garantir que esta aplicação seja feita da forma mais adequada, justa e célere possível. É o que prevê o corolário do acesso à justiça e do devido processo legal.

Nos ensinamentos do professor JOSÉ ROBERTOS DOS SANTOS BEDAQUE, o acesso à justiça é a garantia do Estado de alcance ao método processual previsto na Carta Maior, sendo permeado, portanto, pelo devido processo legal, que, por sua vez, contém o direito constitucional a um processo de duração razoável⁴⁰.

⁴⁰ “De nada adianta um processo seguro e justo, mas demorado; também não pode ser cultuada apenas a celeridade, gerando risco de decisões injustas. É preciso buscar o *tempo razoável* a que se refere o art. 5º, LXXVIII, da CF, suficiente para conferir segurança e eficácia prática ao resultado. Afinal de contas, a efetividade da tutela jurisdicional constitui direito fundamental, assegurado também em sede constitucional.” (BEDAQUE, 2010: 79).

Verificando faltar a celeridade no trinômio adequação, justiça e celeridade supra apresentado, os aplicadores do Direito se viram na necessidade de criar algum tipo de mecanismo que pudesse fazer valer a garantia plena do acesso à justiça⁴¹.

Para que se resguarde a garantia fundamental da razoável duração do processo, há que se investigar as causas da morosidade. Não é possível identificar-se apenas um motivo isolado que justifique a atual demora no processamento e julgamento das causas nos foros brasileiros. Diversas são as causas que podem ser apontadas como determinantes para a morosidade⁴²: falta de investimento no aparelho Judiciário, insuficiência de juízes e servidores, desestruturação, congestionamento (exacerbado volume de trabalho), excesso de formalismos, excesso de recursos, atividade procrastinatória dos litigantes, mecanismos de execução pouco eficazes, litigância excessiva da Administração Pública, processos repetitivos julgados individualmente, entre outras. Todas essas causas devem ser combatidas em conjunto. Nenhuma ação isolada será suficiente para solucionar a crise de eficiência do Judiciário brasileiro.

Neste trabalho, no entanto, busca-se avaliar duas alternativas aparentemente viáveis para a resolução da problemática: a coletivização de demandas individuais homogêneas e a vinculação de jurisprudência. Esse é o tema que debruçar-se-á nos próximos capítulos.

⁴¹ “agora os tempos são outros e a tônica principal do processo civil instrumentalista é a efetividade do acesso à Justiça, para plena consecução da promessa constitucional da tutela jurisdicional efetiva”. (DINAMARCO, 2002).

⁴² “Como ressaltado inicialmente, entre os grandes problemas da Justiça está, sem dúvida, a excessiva demora dos processos. Talvez seja o maior deles. Além da notória deficiência estrutural do Poder Judiciário e da produção desenfreada de normas legais pelos juristas de plantão, sempre prontos a atender aos interesses não necessariamente legítimos dos detentores ocasionais do Poder, existe outra causa para a morosidade dos processos.

O aumento excessivo do número de demandas decorre, paradoxalmente, da adoção de técnicas distintas a facilitar o acesso à Justiça àqueles que necessitam da tutela jurisdicional. Várias medidas foram inseridas no sistema processual-constitucional – como a assistência judiciária gratuita (CF, art. 5º, LXXIV), juizados especiais (CF, art. 24, I e 98, I; Lei 9.099/1995), ampliação da legitimidade do Ministério Público (CF, art. 129) – todas, visando a tornar mais acessível a tutela jurisdicional.” (BEDAQUE, 2010: 47).

“Inúmeros fatores, que se dizem perversos, opõe variada ordem de resistência a esse desideratum de plena efetividade prática do processo. São óbices legais às vezes, econômicos com bastante frequência, culturais, psicológicos etc. Ora esses fatores impedem o próprio ingresso em juízo, em grande medida influem sobre o modo-de-ser do processo e o tornam complicado e lento, ora conduzem a decisões injustas e – como se vê no caso em exame – há os que põe em crise a utilidade das decisões judiciais.

(...)

O Estado falha ao dever de dispensar tutela jurisdicional a quem tem direito a ela (e tem direito à tutela jurisdicional quem, no processo, demonstra ter razão (...)) quando inadmite o sujeito em juízo, quando conduz mal o processo, quando julga equivocadamente e também quando, não-obstante haja julgado muito bem, não confere efetividade prática a seus julgados” (DINAMARCO, 2002: 445).

Insta frisar, seguindo a lição de BARBOSA MOREIRA e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que a celeridade não pode, de forma alguma, ser a única preocupação do julgador. Segundo BARBOSA MOREIRA, dizer que o processo lento é ruim não é inversamente real a dizer que o julgamento rápido será necessariamente bom. A atenção voltada somente à velocidade desvia-se da finalidade do processo, do seu escopo – a tutela do bem da vida pelo qual se litiga e, em última análise, a pacificação.

Essa preocupação desenfreada com a velocidade e com a necessidade de volume de julgamentos acabou por criar uma cultura negativa nos Tribunais Superiores do país, o que hoje se chama coloquialmente de “jurisprudência defensiva”.

Analizou-se com cautela esse tema no artigo intitulado “Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores” (FARINA, 2012), no qual se observa que os Tribunais Superiores, frente à carga massiva de processos que congestionam os gabinetes, adotaram técnicas de julgamento com o objetivo precípuo de dificultar o acesso do jurisdicionado àquelas instâncias. Trata-se de verdadeiras medidas emergenciais, aplicadas de forma reativa à situação patológica do sistema, mas que também resultaram em julgamentos patológicos, distorcidos, aos quais se dá hoje o nome vulgar de “jurisprudência defensiva”.

A denominada “jurisprudência defensiva” pode ser caracterizada, hoje, como um excesso de rigorismo processual e procedimental. São decisões que se utilizam indiscriminadamente e estendem a aplicação de entendimentos jurisprudenciais, sumulados ou não, que contenham algum óbice ao conhecimento dos recursos. Se voltam exclusivamente a reduzir o número de processos julgados pelas cortes Superiores, deixando de entregar uma prestação jurisdicional plena.

Cumpre salientar que os diversos enunciados sumulares e a jurisprudência utilizados pela chamada “jurisprudência defensiva” não são em si incorretos. Eles foram criados a partir de exigências legítimas, que tem por escopo atingir a função pressípua dos recursos extraordinários, que é a uniformização do direito objetivo. Mas são, em larga escala, distorcidos nos julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores, ou tem sua aplicação alargada para atingir casos aos quais não deveriam ser aplicados.

A grande problemática da “jurisprudência defensiva” é exatamente o fato de que ela deturpa entendimentos jurisprudenciais legítimos, como a exigência da fundamentação do recurso ou a comprovação do pagamento das custas processuais, com a finalidade única de evitar a “subida” de recursos e, assim, reduzir o volume de processos a serem julgados.

O pior é que nem sempre essa finalidade é atingida, o que acaba por gerar como único efeito uma irresignação ainda maior por parte dos jurisdicionados, mais recursos e um maior volume de processos para julgamento.

A característica particular da “jurisprudência defensiva” é que ela não se importa se é possível extrair do contexto recursal a questão federal debatida, e se com isso se uniformizará uma tese de direito objetivo importante para a sociedade como um todo. Ela fixa-se nas technicalidades e no formalismo exagerado, para solucionar os recursos de forma rápida. Conforme ensina BARBOSA MOREIRA:

“A essa luz, o que se espera da lei e de seus aplicadores é um tratamento cuidadoso e equilibrado da matéria, que não imponha sacrifício excessivo a um dos valores em jogo, em homenagem ao outro. Para usar palavras mais claras: negar conhecimento a recurso é atitude correta – e atualmente recomendável – toda vez que esteja clara a ausência de qualquer dos requisitos de admissibilidade. Não devem os tribunais, contudo, exagerar na dose; por exemplo, arvorando em motivos de não-conhecimento circunstâncias de que o texto legal não cogita, nem mesmo implicitamente, agravando sem razão consistente exigências por ele feitas, ou apressando-se a interpretar em desfavor do recorrer dúvidas suscetíveis de suprimento. Cumpre ter em mente que da opção entre conhecer ou não conhecer de um recurso podem advir consequências da maior importância prática: por exemplo, se alguém apela da sentença meramente terminativa, o conhecimento da apelação é pressuposto necessário (embora não suficiente) do processamento da atividade cognitiva do tribunal, no sentido de julgar desde logo o mérito, não examinando no primeiro grau de jurisdição (art. 515, § 3º, acrescentado pela Lei nº 10.352, de 26-12-2001) – desfecho preferível na medida em que importe, como não raro ocorrerá, a eliminação definitiva do litígio. (BARBOSA MOREIRA, 2007: 270).

A “jurisprudência defensiva” é, assim, absolutamente contrária à função essencial dos Tribunais Superiores, e mais do que isso, do próprio processo, que deve servir de meio para a realização da Justiça. Ademais, ela não resolve a problemática do abarrotamento dos gabinetes, gerando como efeito somente a má-prestação jurisdicional e o inconformismo das partes.

Nas palavras de CARLOS ALBERTO CARMONA:

“Em sede recursal, para focar outros métodos de uniformização de jurisprudência, os problemas foram-se multiplicando ao longo do tempo, pois a divergência na interpretação da lei federal tem destinatário certo, o Superior Tribunal de Justiça; este cria tantos entraves para a apreciação dos recursos especiais que o recurso que objetiva a uniformização da interpretação da lei federal mais parece uma miragem, tornando pouco eficaz a promessa constitucional de tornar aquela corte de superposição um fator eficaz de interpretação harmônica do direito federal.” (CARMONA, in PARENTE, 2006: ix).

Não é isso, absolutamente, que se deve buscar quando se pensa em atingir a celeridade processual. Devemos, a todo custo, nos afastar dos mecanismos de proteção exacerbados dos tribunais, que deixam de cumprir suas funções – julgar com eficácia, a fim de atingir o escopo primordial do processo – para, tão somente, produzir cada vez maior número de decisões, cada vez mais rapidamente. Não podemos, em nome da celeridade, deixar o conteúdo, a eficácia do processo de lado⁴³. E é por isso que neste estudo tratamos não da busca pela celeridade, mas da busca pela *eficiência processual*. É o que veremos a seguir.

⁴³ “A progressiva valoração da celeridade processual não deve, porém, levar a subalternizar, como por vezes entre nós se verifica, a necessária maturação e a qualidade da decisão de mérito, com o inerentes desvio da função jurisdicional.” (FREITAS: 2009, 113).

5. CONCEITO DE EFICIÊNCIA

Para que se alcance a garantia fundamental do acesso à justiça, deve-se buscar o escopo final do processo, o bem da vida envolvido na lide, de forma a pacificar as partes, da forma mais célere possível, atendendo-se ao devido processo legal. Somente com a conjunção desses três fatores – finalidade, devido processo legal e celeridade – é que se alcançará o verdadeiro acesso à justiça, garantido pela Carta Constitucional e pelas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos.

Buscamos, em última análise, um processo eficiente. Entende-se eficiência como a somatória dos conceitos eficácia e celeridade. Ou seja, o processo deve atingir sua finalidade, garantir seu resultado útil, imprimindo eficácia ao procedimento. Um processo que não atinge sua finalidade última é ineficaz, inútil, desnecessário. Além disso, ele deve observar o corolário do devido processo legal, o que também insere-se no conceito de eficácia. Mas, além disso, esse resultado útil tem de ser alcançado em tempo razoável, com celeridade, sob pena de tornar o processo inócuo.

A combinação da eficácia do processo e da celeridade resultam em um procedimento eficiente, ou seja, que se utiliza de seus recursos (aqui, preocupa-se especialmente com o recurso tempo, embora possa-se pensar também nos recursos financeiros do Estado, dentre outros), de forma a atingir seu objetivo final, em prazo razoável.

Esse é precisamente o conceito econômico empregado por SAMUELSON e NORDHAUS para explicar o conceito de eficiência. Para os autores, eficiência significa utilizar-se da melhor forma possível dos recursos escassos para satisfazer as necessidades das pessoas⁴⁴. Aplicamos os conceitos tempo e resultado útil do processo nessa “fórmula”, e

⁴⁴ “Given unlimited wants, it is important that an economy make the best use of its limited resources. That brings us to the critical notion of efficiency. Efficiency denotes the most effective use of a society's resources in satisfying people's wants and needs. More specifically, the economy is producing efficiently when it cannot increase the economic welfare of anyone without making someone else worse off.”

temos aquilo que se entende por eficiência processual. Utilizar-se da melhor forma possível do recurso escasso, tempo, para satisfazer a necessidade do jurisdicionado, atingindo o resultado útil do processo, entregando o bem da vida a quem tem direito e, enfim, pacificando⁴⁵.

De acordo com a lição de LEONARDO GRECO:

“A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O direito processual procura disciplinar o exercício da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos. Isso não significa que os fins justificam os meios. Como relação jurídica plurissubjetiva, complexa e dinâmica, o processo em si mesmo deve formar-se com absoluto respeito à dignidade humana de todos os cidadãos, especialmente das partes, de tal modo que a justiça de seu resultado esteja de antemão assegurada pela adoção das regras mais propícias à ampla e equilibrada participação dos interessados, à isenta e adequada cognição do juiz e à apuração da verdade objetiva: um meio justo para um fim justo.” (GRECO, 2005: 225)

Quando o Estado falha em entregar alguma dessas características, eficácia⁴⁶, em seus dois aspectos – resultado e devido processo legal – e celeridade, então retira do processo o prisma da eficiência. Como um todo, hoje o processo no Brasil não é conduzido de modo eficiente. Ou se tem decisões que não atendem aos escopos da Constituição – como vimos, a

The essence of economics is to acknowledge the reality of scarcity in a way which produces the most efficient use of resources. That is where economics makes its unique contribution.” (SAMUELSON and NORDHAUS, 1998: 5).

⁴⁵ “Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo (“tempo fisiológico”), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário (“tempo patológico”). Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos – segurança/celeridade – emergirão as melhores condições para garantir a justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição do grau de efetividade da tutela jurisdicional.” (CRUZ E TUCCI, 2008: 324).

⁴⁶ “O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir os resíduos de conflitos não jurisdionalizáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas. Tal é a idéia de efetividade da tutela jurisdicional, coincidente com a plenitude do acesso à justiça e a do processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, t.2, p. 798).

respeito da chamada ‘jurisprudência defensiva’ – ou então temos processos que se protraem por um tempo larguíssimo, às vezes a perder de vista.

Conforme o ensinamento de KAZUO WATANABE, é necessário que o processo “tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos” (1985: 161).

Há que se buscar soluções de ordem administrativa e legislativa para que alcancemos ou que cheguemos o mais perto possível de um processo eficiente⁴⁷. Somente assim a promessa constitucional do acesso pleno à Justiça, em todos os seus aspectos, poderá ser cumprida.

⁴⁷ “Assim, para que a tutela jurisdicional seja eficaz quanto ao resultado que dela se espera, para que se possa dizer efetivo o mecanismo estatal de solução de controvérsias, é imprescindível que o titular da situação consubstancial carente de proteção possa utilizar instrumento estruturado para assegurar não apenas tutela formal de seu direito, mas proteção real, ou seja, capaz de proporcionar-lhe praticamente a mesma situação que o cumprimento espontâneo da norma lhe conferiria.

Isso significa que a efetividade do processo depende fundamentalmente da existência de meios adequados a resolver os inúmeros problemas surgidos no plano material.” (BEDAQUE, 2009: 13).

PARTE 2: TÉCNICAS DE AGREGAÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS – ESTUDO COMPARADO

1. PROBLEMATIZAÇÃO

A problemática das ações repetitivas não é exclusividade da realidade judiciária brasileira, ou mesmo dos países de *civil law*. Pelo contrário. Muito se discute em diversas jurisdições a respeito de mecanismos que viabilizem o julgamento das questões de massa como forma de aliviar o volume de processos nos tribunais e a consequente demora na prestação jurisdicional.

Esse problema não é, tampouco, resultado somente de um aparelho judicial ruim ou de um sistema processual complexo; ele é a consequência da massificação das relações na sociedade moderna⁴⁸, da velocidade da informação e do consumismo compulsivo⁴⁹ – fatores

⁴⁸ “Moreover, in reflecting on the future of complex litigation, it is impossible to ignore the impact of technology and globalization. Technology effectively has enabled international transactions to transcend to national borders, and will affect the way in which lawyers conduct their professional activities. Globalization means that business, social and legal transactions will also transcend national borders.

In the twenty-first century, the impact of technology and globalization will result in legal problems of global reach, and lawyers will be practicing on a world stage. Therefore, the American lawyer will need to understand comparative law and how American legal concepts constitute a kind of ‘outlier’ among legal systems. This is especially true regarding the ways in which other legal systems resolve complex legal disputes.” (MULLENIX, 2000:4)

⁴⁹ “Falar em litígios coletivos é falar num tema que, como todos sabem, tem atraído com grande frequência, nos últimos tempos, a atenção dos especialistas, dos estudiosos de direito processual, e não só de direito processual. Realmente, as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobreleva, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa, e porque não, processo de massa?” (BARBOSA MOREIRA, 1991: 187).

“O fenômeno da repetição nos tempos atuais envolve-se com o próprio estilo de vida nas sociedades de massa. A moda cria padrões que se repetem em escala nos indivíduos; a competitividade da indústria do consumo exige que o fabricante adapte rapidamente seu produto incorporando hoje a novidade que o concorrente implantou ontem, repetindo-o. (...)”

Outro fator que interage de maneira fulgurante no contexto é a informação, em das acepções: a de seu volume e a da sua rapidez. Há notícias que se mundializam em poucas horas. E a padronização se alimenta dessa facilidade, economicamente acessível a um enorme contingente de pessoas.

Em suma, tudo é muito igual na atualidade, donde se pode concluir que, cada vez mais, a vivência do juiz e a notoriedade dos padrões de conduta da grande maioria dos litigantes indicam qual será a solução do caso muito antes do final do processo, pois à medida que as demandas reproduzem a vida social, as padronizações saltam para além dos processos propiciando a visão do litígio e de sua solução para além dos elementos de prova específicos que as partes trazem para os autos. É um fenômeno de grande penetração que seguramente supera o universo das ações repetitivas, com amplas fronteiras para serem exploradas e ao que apreço com possibilidade

esses semelhantes em todo o mundo, e que resultam inevitavelmente no surgimento de lides semelhante e, conseqüentemente, em demandas repetitivas. Com o acesso democratizado ao Poder Judiciário, essas demandas – idênticas por conta da massificação das relações sociais – são levadas ao Estado para serem solucionadas, e se o Estado não possuir meios de solucioná-las em conjunto, dando uma só resposta adjudicatória a todas as questões, o resultado será sempre e cada vez mais caótico: assoberbamento das cortes com milhares de processos aguardando solução, demora na prestação jurisdicional, e insegurança jurídica decorrente da falta de uniformização nas decisões dadas a mesmas questões jurídicas.

Destarte, a consequência mais nefasta da inexistência de mecanismos que resolvam eficientemente as demandas repetitivas é inevitavelmente (i) a falta de segurança jurídica, tendo em vista que a *atomização* dos conflitos sem a correlata solução agregada das lides gera soluções distintas para as mesmas problemáticas⁵⁰ e (ii) a crise de eficiência, estudada na parte I deste trabalho.

Conforme visto, o ideário por trás do princípio da eficiência é que o processo seja o menos custoso possível, tanto para as partes quanto para o sistema como um todo; e como custo deve-se entender mais do que somente o valor monetário do processo, as custas para as partes e os encargos para o Estado, mas também os demais valores envolvidos, tais como a expectativa das partes e o tempo⁵¹. Atingir a economia processual significa, portanto, buscar

de alterar significativamente o que se entende por convencimento necessário para solver as controvérsias.” (RODRIGUES, 2010: 145/146).

⁵⁰ “Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países de civil law, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não-interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não-conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.

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

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica para a sociedade. Consequentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir sua missão de pacificar as relações sociais.” (MENDES, 2002: 37).

⁵¹ “Não há dúvida de que o ajuizamento de uma ação de espectro coletivo implica evidente redução de custo e tempo, se comparados com aqueles que seriam despendidos em centenas de demandas individualmente aforadas para atingir idêntico escopo. Andrea Giussani informa que as estatísticas realizadas, em época relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem,

reduzir o máximo possível todos os custos do processo a fim de se alcançar o melhor resultado útil para as partes.

No entanto, não é fácil ponderar os custos com o resultado. Em última análise significa ter de optar entre a celeridade e a justiça⁵², e essa escolha deve ser tomada de acordo com a política judiciária adotada em cada ordenamento. Explicando melhor, é possível, por meio da ponderação dos princípios, optar por um processo mais célere ou mais justo; em outras palavras, decisões que busquem se aproximar o máximo possível da verdade real ou que ponham termo no litígio no menor espaço de tempo, mesmo que isso signifique não alcançar a decisão mais justa. Evidentemente que o ideal seria alcançar o equilíbrio perfeito entre a celeridade e a justiça, momento no qual se teria o ponto ótimo da eficiência. Não obstante, a realidade é que o pêndulo sempre oscilará um pouco mais para um ou para outro lado, na perseguição do ponto ótimo. A opção de qual será o ponto de oscilação a se aproximar mais, se a celeridade ou a justiça, se dará de acordo com a política processual, judiciária e legislativa de cada ordenamento. Essa política muda com o tempo e a região e é verificável no decorrer da evolução dos sistemas.

O processo sempre será um instrumento custoso para todos os envolvidos, sejam às partes ou ao sistema como um todo, e quanto mais protecionista é esse processo, ou seja, quanto mais busca garantir os direitos individuais dos litigantes na perseguição da verdade real, evitando erros materiais, mais custoso ele se tornará (mais caro e mais demorado)⁵³.

em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio custo-tempo benefício, é extremamente compensador.” (CRUZ E TUCCI, 2007: 42)

⁵² “It is customary in the legal and philosophical literature to contrast fairness and rights theories with efficiency and utilitarianism. The general Idea is that society must be concerned not only with how everyone fares in the aggregate – the focus of economic efficiency, welfare economics, and utilitarianism more generally. Society must also be concerned with how each person fares individually, such as whether his rights are respected or whether he is treated equally in the distribution of social goods.

(...)

One important type of fairness theory has to do with protecting individual rights. To recognize a ‘right’ is to guarantee its holder certain benefits or treatment even when doing so produces a net reduction in aggregate welfare. For instance, the First Amendment’s right to freedom of speech guarantees an opportunity to speak even when the content of the speech is so distasteful to others that it creates high social costs and reduces aggregate utility. In such a case, a political majority voting its own self-interest could easily pass legislation that bars the speaker from speaking, but the First Amendment rights trumps majority will.” (BONE, 2003: 189).

⁵³ “In this account, an ideal procedural system would render perfectly accurate judgments without costs. In the real world, however, procedural protections are costly, and judgments are sometimes wrong. In general, the more procedural protections there are, the less errors there will be; the fewer procedures, the more errors. Since errors in judgment inflict social costs (they induce parties to act in non-optimal ways due to the possibility

Tanto o processo rápido, com excessivos erros materiais, como o processo justo e custoso geram reações indesejadas dos litigantes. No processo que é rápido, mas pouco verdadeiro, cria-se a desconfiança no sistema Judiciário, o que acaba por afastar os litigantes do Estado e a buscarem alternativas privadas, muitas vezes ilegítimas. Ademais, ampliam-se as injustiças beneficiando aqueles que tem maiores e melhores meios de litigar em contraposição àqueles que muitas vezes tem razão mas meios escassos de suportar o processo. De outra monta, o sistema que busca a justiça a todo custo, e que defende veementemente os direitos individuais dos litigantes acima de quaisquer outros, acaba por gerar um processo caro e muito demorado. Como consequência, tem-se o uso do Judiciário como forma de protelar os litígios e decisões de pouca utilidade, porque muito postergadas no tempo. Por fim, ainda verifica-se o congestionamento dos tribunais e diversas outras consequências indesejáveis daí advindas (como a má prestação jurisdicional, decisões idênticas etc).

A busca pelo ponto ótimo entre justiça e celeridade, portanto, significa perseguir a eficiência do sistema como um todo. Na doutrina americana, por exemplo, isso significa também evitar o “relitígio” desnecessário de questões individuais repetitivas, equacionando os processos com mecanismos de agregação, de forma a reduzir os custos e maximizar o resultado útil do processo⁵⁴. Dessa maneira, a solução de demandas repetitivas é peça fundamental na busca pela eficiência judicial. Isso porque a ausência de instrumentos de resolução das questões de massa significa a pulverização de milhões de ações a serem solucionadas, uma a uma, pelo Judiciário, o que ocasiona não só a lentidão na prestação jurisdicional decorrente do asoerboamento das cortes, como a insegurança jurídica ocasionada pela proliferação de soluções distintas para os mesmos problemas.

Conforme dito no capítulo anterior, no entanto, não parece haver uma única resposta capaz de solucionar todos os problemas das demandas repetitivas. As frentes de ação do

of an inaccurate judgment), the ‘best’ procedural system is one in which the sum total of the direct costs of litigation and the indirect costs of erroneous outcomes is at its lowest point” (TIDMARSH and TRANGSRUD, 2002: 4). Nesse sentido também Richard A. Posner, Economic Analysis of Law. 4th Ed. 1992: 549/550.

⁵⁴ “‘Social optimality’ carries two sometimes inconsistent meanings. The first meaning equates with efficiency; society prefers a litigation ‘package’ that is large enough to prevent the needles re-litigation of questions common to many or all of the individual cases yet small enough to avoid unworkable pretrial, trial, and remedial problems in the case. Put differently, the economically ideal litigation package is the one that minimizes the sum of the re-litigation costs in the future cases and the pretrial, trial and remedial costs in the present case.” (TIDMARSH and TRANGSRUD, 2002: 10/11)

Estado devem se dar em três campos: administrativo, com o bom aparelhamento do Poder Judiciário; legislativo, com a revisão dos institutos processuais que favoreçam o protelamento bem como a criação e efetivação de mecanismos que permitam o processamento adequado das demandas repetitivas; e judicial, com o respeito à jurisprudência e à hierarquia funcional do Judiciário. Cada uma delas não é mais ou menos importante que a outra, devendo-se agir nas três esferas para que se tenha algum tipo de resultado com relação ao desafogamento do Judiciário.

Nesta pesquisa se busca, tão somente, avaliar as técnicas processuais disponíveis para auxiliar nesse trinômio, embora deixando clara a importância de não se negligenciar os investimentos administrativos necessários. Para tanto, optou-se por analisar a realidade distinta de dois ordenamentos, de forma comparada: a brasileira e a norte-americana. A decisão de se estudar a realidade judiciária e processual dos Estados Unidos se baseou no fato de que a preocupação com as demandas repetitivas datam de muito tempo naquele país, seja no que diz respeito à produção acadêmica, seja quanto a decisões judiciais. Desde a criação da federação norte-americana, o Poder Judiciário preocupa-se com a uniformização dos julgados – decorrência inarredável, inclusive, da forma como é estruturado o ordenamento dos EUA (*common law*) – mas também com a solução das demandas repetitivas, exatamente por conta da consequente insegurança jurídica e atraso na prestação judicial que elas podem gerar.

Além disso, fica evidente a preocupação com o tema nos EUA, tendo em vista que a eficiência é *per se* um dos princípios norteadores do processo civil norte americano, tal como o devido processo legal, o *adversarialism*, e outros. A eficiência é considerada a terceira assunção fundamental do processo civil americano moderno. Ou seja, o ordenamento jurídico norte-americano permite que se pondere, por exemplo, o princípio do acesso ao Judiciário (*one day in court*) com a eficiência, para que se decida se o direito à ação individual de determinado sujeito processual pode ser afastada para dar lugar a uma ação coletiva, representativa, que significaria a substituição da demanda individual pela coletiva, sobrepondo-se o interesse público ao privado.

Com essa breve explanação exemplifica-se porque optar pelos Estados Unidos como objeto de comparação com o sistema processual brasileiro, tendo em vista que possuem há muito a preocupação com a eficiência do Judiciário, a segurança jurídica e o acesso à justiça,

princípios que ficam todos comprometidos com a atomização dos conflitos. De tal maneira, desde há muito se estuda na América do Norte instrumentos processuais para lidar com tal problemática. Isso não significa afirmar que outros países não possuam instrumentos avançados de solução de demandas repetitivas, mas os Estados Unidos servem como objeto de estudo de vários acadêmicos ao redor do mundo por conta do tempo em que o debate sobre mecanismos de solução de demandas repetitivas vem se travando – basicamente desde o início da federação – e, dessa forma, a profundidade e extensão dos questionamentos já construídos até hoje.

Como não poderia deixar de ser, são várias as técnicas de resolução de demandas repetitivas utilizadas nos EUA – interessante, inclusive, que várias delas, amplamente conhecidas no Brasil, são analisadas pela doutrina de forma conjunta, exatamente pelo fato de configurarem técnicas de agregação, como a intervenção de terceiros, chamamento ao processo, prevenção e litisconsórcio⁵⁵. Nesse trabalho, avaliam-se comparativamente aquelas que aparentemente poderiam trazer maiores benefícios ao nosso ordenamento, seja como inovação no sistema jurídico brasileiro (*de lege ferenda*), seja como melhoria dos institutos já criados aqui para enfrentamento da problemática.

Para os propósitos dessa pesquisa, dois são os métodos considerados de maior importância na agregação de litígios do sistema processual civil norte americano: aqueles aplicáveis quando há mesma questão de fato envolvida (*same transaction or occurrence*), ou seja, quando há um mesmo evento que culmina em diversos processos, e aqueles aplicáveis a eventos diversos que envolvem uma mesma questão de Direito.

Para as mesmas questões de fato (*transaction or occurrence*) tem-se como principal instrumento a *preclusion* (espécie que se poderia assemelhar à litispendência e a coisa julgada

⁵⁵“Although the principal focus of this text is on class action, many other devices exist for adjudicating, in one proceeding, the claims of multiple parties. For example, joinder under Fed.R.Civ.P. 20 allows multiple plaintiffs to sue, or allows multiple defendants to be sued, in one proceeding when common legal or factual questions are present and the claims arise out of the same transaction or occurrence. Impleader under Fed.R.Civ.P. 14 allows a defendant to bring in third parties who may be liable to defend for all or part of any claim that the plaintiff has against the defendant. Intervention under Fed.R.Civ.P. 24 allows a nonparty in certain circumstances to join a lawsuit to protect its interests. Interpleader under Fed.R.Civ.P. 22 allows multiple parties claiming entitlement to a particular fund or piece of real or personal property to have all issues of entitlement adjudicated in a single proceeding. Consolidation under Fed.R.Civ.P. 42(a) allows a court to order a joint hearing or trial with respect to separate actions involving one or more common questions of law or fact. These devices, (...) share a common feature: All of the players are actually parties to the proceeding and are present before the court.” (KLONOFF, 2004: 14/15).

no Direito brasileiro, técnicas de preclusão *lato sensu*), e dentro deste grupo, aquele que se sobressai é a *class action*⁵⁶. Por fim, para as questões repetitivas exclusivamente de Direito o instrumento de inegável sobressalto no processo norte americano é o da *stare decisis*, os precedentes vinculantes.

Uma discussão importante envolve comumente esses dois institutos. O debate mais corrente diz respeito à ponderação entre os direitos individuais dos litigantes⁵⁷ e a busca pela otimização social do uso do processo, a eficiência⁵⁸. “*As you explore these questions, keep in mind that the quest to achieve an optimal level of aggregation is not necessarily subject to a single answer. If the plaintiff(s)’ private incentives for packaging match the socially optimal packaging of the case, the issue is whether the rules that determine the court and the party structure are themselves adequate; in other words, are the rules both broad enough to achieve the desired packaging and narrow enough to repulse the defendant(s)’ efforts to defeat optimal packaging?*” (TIDMARSH and TRANGSRUD, 2002: 13/14).

Nos dois institutos a seguir analisados haverá alguma discussão que envolve a ponderação entre as garantias processuais individuais e a busca pela eficiência do sistema⁵⁹.

⁵⁶ “*The class actions represents, without question, one of the most ubiquitous topics in modern civil law. It is only a small exaggeration to say that virtually every major innovation in liability, if brought about by litigation, will be either be created by or reflected in the class action. The reason for the omnipresence of class actions lies in their versatility. Class actions are at root an aggregation device for separate claims, which are tied, by design, to no substantive theory. They can be used to amalgamate large numbers of claims brought by separate individuals, regardless of their subject matter. Any lawyer who works with antitrust, corporations, securities, discrimination, lending, real property, or torts, will necessarily be familiar with class action litigation as a normal part of his or her work. It is hard to describe class actions as a distinctive specialty when so many lawyers both pursue and defend these suits on a daily basis.*” (EPSTEIN, 2003: 02)

⁵⁷ “*Nonetheless, while each device has its advantages, each has the potential for yielding unfair results for particular parties involved. And, depending on the kind of case, each device has the potential for making matters more complicated rather than less complicated. For these reasons, each device (with the exception of informal cooperation among courts) has specific, detailed requirements that must be satisfied. Furthermore, virtually all of these devices give the district court substantial discretion in light of the facts and circumstances involved.*” (KLONOFF, 2004: 12)

⁵⁸ “*At the core of the controversy over mass torts lies a fundamental question: what justifies collective litigation? The conventional understanding of litigation is individualistic, founded on an eighteenth-century common-law tradition that everyone should have his own day in court’. For this reason, tort law scholars and judges have consistently asserted that procedures aimed at achieving collective justice in mass tort cases—such as class actions and aggregative litigation—must be limited by an individual, process-based right to participation.*

Modern torts scholarship has thus been limited to two opposing rationales: individual justice based on autonomy values or collective justice based on efficiency values.” (HENSLER, 2006: 255)

⁵⁹ “*As we continue to chase this Holy Grail of aggregation, however, it is always worth asking whether the price of its attainment is too high. Optimal aggregation can frustrate litigant autonomy to structure a case in a*

Para que se responda a essas perguntas há que se ter sempre em mente qual o objetivo da política processual e judicial do sistema jurídico. Qual o objetivo que se está a alcançar? Para que lado do pendulo justiça e celeridade se está mais disposto a aproximar a fim de se buscar o ponto ótimo da eficiência (melhor resultado útil com o menor custo)?

TIDMARSH e TRANSGRUD ponderam que o potencial da agregação no sistema americano não é completamente realizado porque embora o sistema permita amplos mecanismos de agregação, esta não é obrigatória, dependendo da discricionariedade do julgador em admitir ou requerer a junção das ações. Na discricionariedade das cortes em aplicar ou não a agregação pondera-se muito os direitos individuais e a autonomia dos litigantes, especialmente do(s) autor(es) – *e.g.* a escolha do foro. *“Leaving such structural issues in the hands of the parties in an approach highly consonant with the adversarial model of American litigation. But adversaries are likely to be motivated not by the social interest in efficiency but by their private interests in achieving the best outcome. In some instances, social and the private interests will converge, and optimal aggregation will occur. In other instances, it will not. No joinder rule permits courts, in all situations, to override adversarial jousting and fill in the gap of party joinder to achieve optimal aggregation”* (TIDMARSH e TRANSGRUD, 2010: 121).

No que diz respeito aos efeitos benéficos da agregação, pode-se observá-los sob o prisma do direito material e do direito processual. Com relação ao direito material, tem-se que a agregação permite, por exemplo, trazer ao Judiciário litigantes cujas causas são demasiadamente pequenas para constituírem um litígio individual, e que, portanto não teriam acesso ao processo judicial não fosse pela agregação. Dessa forma, a agregação é uma forma de realização direta do acesso à justiça. Mas essa não é a única consequência de viés material. A agregação ainda garante celeridade na obtenção do bem de vida perseguido, e isonomia entre a distribuição dos resultados do processo.

“The aggregation of plaintiffs may ensure civil enforcement of legal rules where the individual stakes of the beneficiaries of those rules are too small to provide an incentive for the beneficiaries to bring their own actions. The paradigm of this kind of lawsuit is the share-

litigant’s best interest. As Section A of this chapter showed, decisions about whether we aggregate and when we aggregate influence the outcomes attained by litigants. Are the benefits of aggregation worth the costs? Does a cost-benefit analysis ignore other values that are not easily captured in the utility-maximizing balance?” (TIDMARSH e TRANSGRUD, 2010: 122).

holder derivative action brought to enforce the fiduciary obligations of officers and directors of the corporation. In companies with vast numbers of shareholders, no particular shareholder is likely to have sufficient potential benefit from enforcement of that fiduciary obligation to offset the high cost of bringing the lawsuit. There is thus a collective action problem.” (WINTER, 1991: 2).

No prisma processual, a agregação garante resultados consistentes, segurança jurídica e eficiência, vez que evita o rejudgamento de casos idênticos e o consequente congestionamento dos tribunais. Promove-se, dessa forma, economia processual e segurança jurídica⁶⁰.

Além dos efeitos imediatos dos instrumentos de agregação, perceptíveis *prima facie*, como a reunião de ações dispersas envolvendo a mesma questão de fato e de direito, que evitam decisões contraditórias e dão segurança jurídica e celeridade ao sistema processual, há ainda um importante efeito secundário a ser mencionado. Com a agregação das ações e consequente aceleração do processo de resolução de litígios verifica-se também o incentivo à realização de acordos entre as partes⁶¹.

Por exemplo, havendo um precedente vinculante a respeito de uma determinada questão de direito sobre a qual duas partes discutem, sabe-se de antemão exatamente qual será a solução dada pelo Judiciário àquela questão, porque já anteriormente decidida e aplicável de forma vinculante ao seu foro. Não há razão, portanto, para se postergar a solução da contenda, sendo mais eficiente para as partes transacionarem ao invés de irem ao Judiciário alcançar o resultado que já conhecem.

⁶⁰ “All of these devices for litigating multi-party claims share a common goal: increasing the efficiency of judicial decision making, thereby reducing the time and expense for the courts and the parties. In addition, these devices all seek to reduce the likelihood of inconsistent adjudications. Some of these devices also enable participation in litigation by nonparties whose interests may be affected, and other devices enable participation by individuals who would not find it cost-effective to litigate if they had to do so individually.” (KLONOFF, 2004: 11).

⁶¹ “Aggregation of cases also promotes settlement. In multidistrict litigation, aggregation allows cases to be scheduled for trial faster than if each were litigated individually. The proximity to trial is an important factor in causing settlement. Class actions raise somewhat different issues in that defendants generally resist aggregation. Once all or most of the possible plaintiffs are included in the action, however, defendants do have an incentive to settle and avoid the costs of further litigation. Moreover, once critical amount of money has been offered in settlement, counsel for the plaintiff class may conclude that only a decreasing percentage of any further increase in recovery will be allocated to the fee award, while their own costs increase and the risk of total loss continues. At that point, counsel for the plaintiff class also has a powerful incentive to settle.” (WINTER, 1991: 1).

O mesmo acontece com litígios futuros que envolvem a mesma questão discutida em uma *class action*. Sabendo a solução dada pelo Judiciário a determinado fato, os futuros litigantes possuem mais mecanismos para realizar um acordo sem ter de passar pelo processo judicial e arcar com seus custos. Na *class action*, conforme se verá, muitas vezes não é nem preciso aguardar o julgamento da ação para que decorra o incentivo à transação; a certificação já é suficiente, em grande parte dos casos, como incentivo às partes em realizarem acordo.

Outro interessante instrumento que surge em decorrência dessa mesma lógica é a técnica chamada de “*bellwether cases*”. Os “*bellwether*” são casos escolhidos dentre uma coletividade que possui processos envolvendo a mesma questão de fato ou de direito para serem levados ao Judiciário individualmente. A partir do julgamento pontual desses casos descobre-se qual será o resultado e a partir desse resultado balizam-se as transações dos demais, evitando o custo do processo. São, em outras palavras, processos representativos da controvérsia, escolhidos pelos litigantes, particularmente, para que indiquem qual é a posição do Judiciário a respeito daquela determinada disputa. Essa técnica pode ser utilizada também pelo Judiciário. A partir do resultado desses representativos é que se transacionará os demais processos.

A técnica foi batizada a partir da “*bellwether sheep*”, a ovelha que lidera o rebanho e que para tal leva um sino pendurado no pescoço. No *bellwether trial*, que poderíamos chamar de processo modelo, um caso é randomicamente escolhido dentre aqueles que melhor representam a controvérsia, ou seja, dentre os que envolvem maior número de questões debatidas nas lides repetitivas. Esse caso é processado e julgado, e a partir do resultado do julgamento, o juiz e os advogados envolvidos nas demandas repetitivas utilizam a conclusão alcançada no processo modelo para resolver os casos remanecentes. Normalmente a solução que se tem da utilização dos *bellwether trials* é o acordo, mas nada impede que os demais casos sejam também processados e julgados de acordo com o resultado do processo modelo, caso não se alcance o acordo.⁶²

⁶² No caso *Silivanch v. Celebrity Cruises, Inc.*, julgado no 2nd Circuit em 2003, o uso do *bellwether trial* auxiliou na realização de acordo em vinte e dois casos que envolviam a mesma questão (indenização por doenças contraídas em navio cruzeiro). Já no caso *Dodge v. Cotter Corp.*, julgado pela 10th Circuit em 2000, o uso da técnica solucionou o julgamento de demandas repetitivas que discutiam a contaminação de uma comunidade pela interação com urânio. O uso informal do processo modelo – exclusivamente pelas partes, sem o envolvimento do Judiciário, também foi de relevante importância para realização de acordos nas lides relacionadas aos ataques do 11 de setembro. E esses são apenas alguns exemplos do uso da técnica, que tem se desenvolvido cada vez mais nos Estados Unidos.

“Instituted as a formal procedure, bellwether trials offer an innovative way to achieve collective justice in mass tort cases because they realize the democratic policies animating the jury right and the aims of the substantive law. These trials promote a type of “group typical” justice that is at once participatory and collective.” (HENSLEY, 2006: 255).

A técnica utilizada no *bellwether trial* como forma de adotar um processo como modelo para o julgamento de outros que envolvam a mesma questão de fato ou de direito não é exclusiva dos Estados Unidos e se verifica em diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Ela se vislumbra inclusive no nosso ordenamento, seja na legislação em vigor, *lege lata*, como na legislação projetada, *lege ferenda*.

Na legislação em vigor temos a resolução de recursos repetitivos adotada no Superior Tribunal de Justiça como um exemplo do uso de julgamento modelo (art. 543-C do Código de Processo Civil). Nessa técnica, uma vez identificada repetitividade da mesma questão de direito (e não de fato, tendo em vista a própria natureza constitucional daquele tribunal), o relator, fundamentadamente, elege um recurso especial como representativo da controvérsia, sobrestando o julgamento dos demais naquela Corte e nos tribunais de origem até o julgamento e trânsito em julgado da decisão final. A orientação adotada no recurso repetitivo representativo da controvérsia é então aplicada aos demais recursos especiais existentes na Corte, que envolvam a mesma questão.

A técnica não é, entretanto, vinculante às instâncias de origem, o retira dela muita da eficácia pretendida. Se o tribunal de origem ou mesmo magistrados de primeiro grau discordarem da posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, eles poderão decidir em sentido diverso. Isso significa não só um decréscimo de eficiência do instituto, mas de incentive à realização de acordos, pois a chance de não aplicação da decisão não é pequena, o que muitas vezes faz o processo valer a pena àquele que não tem razão.

Além de não apresentar a eficácia necessária a solucionar a problemática das causas repetitivas, o modelo de julgamento modelo como adotado pela nossa corte superior apresenta uma segunda importante problemática, que também poderia ser apontada no que diz respeito a

todas as técnicas semelhantes: a dificuldade de se identificar o melhor recurso ou processo representativo da controvérsia. Muitas vezes o recurso escolhido pelo STJ como representativo da controvérsia não é aquele que envolve o maior número de questões debatidas nas demandas repetitivas, assim como muitas vezes não é patrocinado pelo procurador mais preparado, o que significa que muitas vezes não será o melhor recurso, ou mesmo não decorre da melhor decisão nas instâncias *a quo*. Ou seja, há uma probabilidade muito grande de que o recurso escolhido para representar todas as demais demandas repetitivas sobre aquele assunto não seja o melhor representativo da controvérsia, o que significará inarredavelmente uma deficiência de defesa dos direitos de toda uma coletividade.

Por isso é tão importante que haja uma verdadeira fase pré-processual que se destine exclusivamente a identificar os requisitos de representatividade necessários a garantir que toda a coletividade envolvida nas demandas repetitivas terá a melhor representação possível no processo – é o que se verá no capítulo a respeito da fase de certificação das ações coletivas, adiante.

Essa técnica de resolução de processos idênticos também é prevista – de forma muito entusiasmada – no Projeto do Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010). O chamado incidente de resolução de demanda repetitiva⁶³ parte do mesmo princípio da resolução de recursos especiais repetitivos e dos *bellwether trials* – eleição de um processo representativo da controvérsia. Entretanto, nesta técnica o sobrestamento dos processos e julgamento do representativo pode se dar nos tribunais regionais, quando identificada a repetitividade pelas partes, juiz, tribunais ou Ministério Público. Além disso, o Projeto prevê a vinculação da decisão para todos os demais processos que envolvam a mesma questão de direito, cabendo reclamação contra a autoridade que descumpri-la.

Embora a técnica eleita pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil tenha importantes ganhos de eficiência no que diz respeito a solução de demandas repetitivas, ela ainda não parece ser a melhor resposta, e tampouco interessa ao estudo dessa pesquisa, de forma aprofundada. Isso porque se optou por não analisar as técnicas de processos modelo nesse estudo porquanto eles não parecem ser a melhor solução isolada a resolução de

⁶³ “É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.”

demandas repetitivas. Estão sempre sofrerão com a incerteza do melhor representante, e nas diversidades intransponíveis criadas a partir de processos individuais, ajuizados individualmente com objetivo de solucionar a questão individual e não coletiva, instruído de forma individual e decidido de forma individual por diferentes juízes e tribunais. Tem-se, na realidade, nas técnicas de processo modelo uma solução coletiva para processos individuais, enquanto que a melhor resposta para as demandas repetitivas é a coletivização do processo – no que tange a demandas originadas da mesma ocorrência fática – bem como a vinculação de jurisprudência – no que tange a mesma questão de direito⁶⁴.

Além disso, em muitos dos países no qual técnicas de processo modelo são utilizados, como é o caso dos Estados Unidos, a cultura de acordo é bastante difundida, o que não se verifica, infelizmente, no Brasil. Assim, adotar técnica parecida no nosso país talvez não signifique os mesmos ganhos de eficiência para o sistema que significam em outros países, porquanto provavelmente o índice de acordos decorrentes da técnica não será semelhante.

Essa posição evidentemente não descarta as técnicas de processo modelo, que tem sido amplamente utilizadas ao redor do mundo, e que possuem importantes resultados na resolução das demandas repetitivas. Entretanto, esses mecanismos devem ser entendidos como formas subsidiárias de resolução das lides idênticas. Ou seja, quando não adotas as técnicas principais, como a coletivização, e vislumbrada uma problemática instalada, então o uso de processo modelo pode ser uma solução importante – desde que muito bem observados os requisitos para que o processo eleito como representantes seja de fato o melhor

⁶⁴ “Collective procedures for resolving mass torts, such as bellwether trials, rely on group typicality and probabilistic reasoning rather than particularized proof. Although some argue that group typical justice is fundamentally antithetical to tort law, the foundations of probabilistic thinking necessary for achieving group typical justice already exist within the substantive tort regime. This is how the bellwether trial is used today. Cases are chosen, not quite randomly, for trial on a particular issue. The results of the trials are not binding on the other litigants in the group. The outcomes can be used by the parties to assist in settlement, but the parties can also ignore these results and insist on an individual trial. There was a time, however, when courts experimented with binding bellwether trials. Those experiments were prematurely ended, perhaps due to the influence of a Fifth Circuit decision holding bellwether trials unconstitutional on Seventh Amendment grounds.

In a binding bellwether trial procedure, the court will choose a random sample of cases to try to a jury. The judge may then bifurcate the cases into liability and damages phases, or perhaps even trifurcate them into liability, causation, and damages phases. The parties will try each bellwether case before a jury that will render a verdict in that case. Finally, the results of the bellwether trials will be extrapolated to the remaining plaintiffs. The underlying principle of such an extrapolation is that the bellwether plaintiffs are typical of the rest of the plaintiff group such that the results of the bellwether trials represent the likely outcome of their cases as well. What these extrapolation plaintiffs get in a bellwether trial procedure is not individuated justice but rather group typical justice.(...) If this result seems too rough, the court could calculate separate averages based on relevant variables.” (HENSLEY, 2006: 255).

representativo da controvérsia, e que concedida a oportunidade de participação ampla do Ministério Público e de *amicus curie*.

Assim, é importante que apontemos a existência de outras e diversas técnicas de resolução de demandas repetitivas por processo modelo, embora, repise-se, não seja esse o foco de estudo deste trabalho.

Mas o mais importante a repisar-se é que adoção de qualquer mecanismo de solução de demanda repetitiva é indispensável para atingir algum ganho de eficiência nas cortes. Os mecanismos de agregação não só produzem eficiência por juntarem processos que envolvem mesma questão de fato ou de direito, evitando decisões contraditórias, “relitígio” e obstrução dos tribunais, mas também incentivam o acordo e a coordenação particular entre as partes, o que retira ainda mais processos do Judiciário, permitindo a desobstrução e eficiência nos julgamentos. Um verdadeiro círculo virtuoso.

Interessa, evidentemente, fazer uma análise comparativa entre as técnicas de agregação no sistema processual americano com as técnicas existentes no direito brasileiro, a fim de, eventualmente, indicar possíveis melhoras ao nosso sistema⁶⁵. É o que se fará adiante.

Em outro plano, a *stare decisis* será estudada em contraposição ao sistema brasileiro de observância da jurisprudência – diz-se, aqui, contraposição, pois esse é um ponto em que há nítida diferença entre os sistemas (até por um ser *civil law* e outro *common law*), mas que podem se aproximar e com isso proporcionar sistemas mais eficientes. Esse movimento de aproximação da *common law* e da *civil law* já é, inclusive, observado em diversos ordenamentos ao redor do mundo, e as questões que decorrem dessa fusão são diuturnamente discutidas nas universidades e tribunais. O tema é, dessa forma, atual e relevante e não pode ser afastado quando se destina a tratar de soluções para lides repetitivas.

⁶⁵ “Não se trata, é claro, de sustentar que deva o sistema processual norte-americano ser adotado como modelo. ‘Cada sociedade tem sua própria e distinta cultura jurídica – uma ordenação de idéias, pensamentos e atitudes sobre o direito e instituições legais’ [Friedman], que conduz a um evidente problema de transferibilidade de institutos legais de uma cultura a outra. Boas soluções jurídicas para um país podem não ser positivas para outros. De fato, o mérito das análises comparativas não está em buscar a importação de soluções, mas a obtenção de parâmetros aptos a permitir uma melhor avaliação do direito nacional estudado, com a identificação de falhas e aporte de elementos para construção de alternativas viáveis”. (SALLES, 2009: 218/219).

2. CLASS ACTION E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

“(...) the class-action device, which is one of the most potent aggregation devices available in the American system and which deserves special consideration” (TIDMARSH and TRANSGRUD, 2010: 121).

O instituto da *class action* não é um instituto do direito processual contemporâneo. A primeira notícia que se tem do uso de uma técnica de agregação data da Idade Média – cerca de 824 a.C - na Inglaterra. Embora originalmente a regra previsse uma técnica de litisconsórcio obrigatório, vinculativo a todas as partes, como forma de resolução das demandas repetitivas, mais tarde, com a *Bill of Peace* alterou-se o instituto para configurar uma ação de representação⁶⁶.

Essa técnica foi levada aos Estados Unidos pela primeira vez pelo Juiz Story da Suprema Corte americana, que, ao tomar contato com a problemática no julgamento do caso *West v. Randall*⁶⁷, em 1820, passou a estudar a matéria, o que culminou com os dois artigos

⁶⁶ “The courts of equity, instead, sought to avoid multiplicity of proceedings and adopted a compulsory joinder rule, pursuant to which all the parties with a material interest in the suit had to be made a party thereto, so that the final judgment would bind all of them. Towards the end of the seventeenth century, the English Court of Chancery, which adjudicated controversies in equity, developed the Bill of Peace as an exception applicable when the compulsory joinder rule was impractical. In these proceedings one person (adversary) was entitled to bring a suit in equity against several people with similar interests (the multitude). Conversely, the multitude could sue an adversary to solve a question of law or fact common to the members of the multitude.⁴ If the equity court admitted the suit under the bill of peace, the final judgment would bind all the members of the group, whether present in the action or not. The bill of peace later evolved in the United States.’ Class action.” (POLVERINO, 2006: 4).

⁶⁷ “um morador de Massachussetts ajuizou uma ação, alegando que o seu patrimônio teria sido dilapidado pelo réu, na qualidade de *trustee* (uma espécie de gestor de negócios). O processo estava tramitando na Justiça Federal, tendo sido firmada a sua competência sob o fundamento da diversidade de jurisdição, embora, na realidade, seja provável que a causa, de fato, tenha sido a ausência de tribunal de equidade em Rhode Island. Story comenta que a situação poderia ter sido diferente se houvesse outras pessoas interessadas, como herdeiras, que figurassem como litisconsortes necessários. Consequentemente, o feito poderia não prosseguir na Justiça Federal, na medida em que poderia deixar de existir a *diversity jurisdiction* entre as partes. Mas, segundo o raciocínio desenvolvido por Story, a partir do estudo de precedentes ingleses, a presença do interesse de outras pessoas não precisaria ensejar sempre o litisconsórcio necessário, tendo em vista que: ‘onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesse de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário deverá ser

inaugurais sobre o tema nos Estados Unidos – “*Commentaries on equity jurisprudence*”⁶⁸, em 1836, e “*Commentaries on Equity Pleadings*”, em 1838 (CASTRO MENDES, 2002: 63). Finalmente, no julgamento do caso *Smith v. Swormstedt*, a técnica foi sugerida por Story e adotada pelo Judiciário americano. Em 1842, regulamentou-se a regra na *Equity Rule 48*⁶⁹, aplicável apenas a *equitable proceedings*⁷⁰.

A técnica prevista na *Equity Rule 48*, ação coletiva representativa precursora da *class action* – mas ainda não batizada com esse nome – previa que casos envolvendo um grupo numeroso poderiam ser ajuizados uma única ação representada por um só autor, sem que todos precisassem integrar o processo. Era previsto expressamente, no entanto, que a ação coletiva não criaria litispendência ou coisa julgada com futuras ações individuais decorrentes do mesmo fato jurídico, ficando sempre ressalvado o direito do representado de ingressar com sua própria ação individual. Dessa maneira, a *Equity Rule 48* era muito mais um mecanismo de acesso à justiça – porquanto garantia aos indivíduos envolvidos em lides de valor marginal que seu caso fosse levado às cortes por meio da ação coletiva, que, agrupando todas as

repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito’.” (CASTRO MENDES, 2002: 64).

⁶⁸ “No trabalho, o autor e juiz norte-americano apontou, com precisão, a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à Justiça. Segundo Story, a *group litigation* objetivou, no primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação das demandas, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado.” (CASTRO MENDES, 2002: 65).

⁶⁹ *Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delay, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interest of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.*

⁷⁰ Os *equitable proceedings* tem origem na Inglaterra da Idade Média, como resposta à rigidez dos procedimentos existentes perante as cortes inglesas. A Inglaterra foi a precursora do *common law*, segundo qual a lei é formada a partir de precedentes julgados pelo Poder Judiciário. Naquele sistema não se permitia o acesso às cortes fora dos casos já julgados pelos tribunais (com raras exceções), motivo pelo qual tornou-se o acesso ao Judiciário muito difícil. Frente a essa conjuntura os jurisdicionados viram a necessidade de buscar resposta em outro lugar; ao Rei. O Rei respondia a esses questionamentos por meio de uma corte real chamada de *Chancery*, que resolvia questões extraordinárias fora do ordenamento criado por meio da *common law*. Essa “lei paralela” criada na *chancery* foi denominada *law of equity*. As decisões eram tomadas, assim, de acordo com a razão de decidir do *chancellor*, que detinha poderes de resolver as disputas de acordo com a sua discricionariedade. Esse sistema foi levado aos Estados Unidos, mas sempre enfrentou grandes críticas, especialmente pelo excesso de poder que conferia ao Rei e ao *chancellor*. A *rule of equity* persistiu no ordenamento norte americano até a redação da *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, na qual estabeleceu-se um único sistema de processamento dos feitos, extinguindo-se a diferença entre questões de direito e de *equity*.

demandas individuais compunha uma massa cujo valor compensava os custos do processo – do que um mecanismo destinado a promover a eficiência jurisdicional. Vez que a *Rule 48* não criava litispendência para as ações individuais, não podia ser considerada uma verdadeira solução às demandas repetitivas.

Em 1853, a Suprema Corte norte-americana se deparou com o caso *Smith v. Swormstedt*, que envolveu cerca de 3.800 religiosos em uma demanda sobre um fundo de pensão. Diante a possibilidade de ajuizamento massivo de ações individuais, a *Supreme Court* reconheceu a possibilidade de se ajuizar a demanda de forma coletiva e representativa, nos moldes da *Rule 48*, mas se pronunciou *in dicta* pela vinculação das partes (CASTRO MENDES, 2004: 67). Surgiu, dessa maneira, o primeiro precedente que admitia a vinculação dos ausentes à ação coletiva, a litispendência e coisa julgada para futuras ações individuais envolvendo os mesmos fatos.

Em 1912, a *Rule 48* foi substituída pela *Equity Rule 38*, também aplicável somente em *equitable proceedings*. A alteração na redação legal se deu exatamente para eliminar a previsão expressa de não vinculação do julgamento da ação coletiva aos membros representados da classe. Nessa ação, a litispendência e a vinculação não eram tampouco obrigatórias, ficando a cargo da discricionariedade do juiz aplicar, caso a caso, a regra da litispendência e vinculação.

Mas, na realidade, tanto a *Equity Rule 48* como a 38 eram somente um projeto daquilo que daria ensejo a criação da *class action* 26 anos depois. Vale dizer que essas ações coletivas, pré *class action*, aplicavam-se tão somente como exceção vez que a regra era do litisconsórcio obrigatório (*cumpolsory joinder*). Somente quando o litisconsórcio obrigatório fosse impossível por conta do número de autores envolvido caberia o ajuizamento da ação representativa prevista na *Equity Rule*.

A regra criada em 1912 vigeu até 1938, quando finalmente foi redigida a *Rule 23*, que vigora até hoje – com pontuais alterações feitas ao longo dos anos. A versão original da Regra 23 tinha como objetivo precípuo unificar as demandas legais e por equidade. Além disso, a legislação previu categorias nas quais as ações deveriam se enquadrar, com regras e consequências específicas para cada uma delas. Inicialmente eram três as categorias: “*true*”,

“*hybrid*” e “*spurious*” *class actions*⁷¹. Não é o escopo deste trabalho analisar detidamente essa nomenclatura, porquanto posteriormente alterada por conta da dificuldade que se tinha de identificar o que exatamente significava cada uma delas.

A redação final da *Rule 23*, como se lê hoje no código de processo civil norte-americano, só foi consagrada com as reformas de 1966 – “*The 1966 version of the Rule 23 represented a substantial change from the 1938 version*” (KLONOFF, 2004:19). Insta frisar que outras reformas se seguiram, mas foram todas pontuais, não afetando a essência da *class action*.

A *class action* é, possivelmente, a forma mais eficaz de combater os efeitos maléficos das causas repetitivas nos Estados Unidos, porque possui uma importante distinção com relação às outras técnicas de *preclusion*: enquanto o *joinder*, a *consolidation* e as formas de intervenção de terceiros são meios de agregar todas as partes no mesmo processo, a *class action* é uma forma de representar os envolvidos na mesma *transaction or occurrence*, de forma que não se precise ter todos os envolvidos como partes atuante no feito⁷².

KLONOFF aponta que no início da vigência da texto moderno da *class action*, estabelecido em 1966, e que teve como escopo principal facilitar e encorajar o uso da *class*

⁷¹ “The ‘true’ category described the purest type of class action, where the ‘unity of interest’ was ‘joint of common’ to all members of the class. It included the situation in which a class member other than the owner of a primary right was entitled to enforce that right because the owner refused to do so. Examples of the ‘true’ classes included claims for breach of fiduciary duty resulting in the depletion of trust assets brought by trust beneficiaries against the trustee, and claims for conspiracy and interference with the contract brought by labor union member against another labor union.

The ‘hybrid’ category recognized interests that were ‘several’ rather than ‘joint’ but involved the same property or fund. Examples of ‘hybrid’ classes included claimants to insurance policy proceeds, trust accounts, bank accounts, and other types of funds.

The last category of original Rule 23, the ‘spurious’ class action, again described the interest of the class members as ‘several’, but recognized that aggregation was appropriate when ‘a common question of law or fact affected the several rights and common relief [was] sought.’ Spurious classes included securities fraud claims by stockholders in which there was no common fund available for recovery.” (KLONOFF, 2004: 18/19).

⁷² “Class action are different. Unnamed members of a class action are not parties in the traditional sense and do not participate in – or usually even attend – the classwide proceedings. Indeed, the reason a class action exists is that, because of the number of class members and other factor, it is not practical to join all of the class members and try their claims individually. If the claims of class members share a common issue, great efficiencies can be secured through aggregate pretrial and trial proceedings. In a class action proceeding, the named plaintiffs (also known as class representatives) and class counsel adjudicate the claims on behalf of the unnamed or ‘absent’ class members. Assuming that the representatives and counsel are adequate for the task, and assuming that varios other requirements are met (such as notice to the class members in certain circumstances), the absent class member are bound by the adjudication of all common issues on behalf of the class. This is true weather the result of the classwide trial is favorable or unfavorable.” (KLONOFF, 2004: 15).

action como forma de resolução de demandas repetitivas, as cortes eram relutantes em certificar as ações, especialmente com relação a direitos individuais homogêneos. Mas essa precaução foi gradualmente sendo afastada em meados dos anos 80, quando, por conta do assoberbamento das cortes com excesso de processo, os magistrados passaram se tornar mais receptivos à *class action*⁷³. Um exemplo dessa postura foi adotado no caso *Jenkins v. Raymark Industries, Inc.*, uma *class action* que discutia danos à saúde dos milhares de membros por contato com amianto. Na fase de certificação o relator afirmou que “*courts are now being forced to rethink the alternatives and priorities by the current volume of litigation and more frequent mass disasters*”.

Dessa feita, a *class action* permite solucionar um importante problema que não é resolvido pelas outras técnicas de agregação que envolvem o mesmo quadro fático (*transaction or occurrence*), e que ataca também a questão da dispersão temporal – litígios futuros envolvendo a mesma questão de fato, ou seja, litigantes em potencial. Vale lembrar que embora os precedentes vinculantes lidem de forma bastante eficaz com a dispersão temporal – sendo, aliás, esse seu principal objetivo – o fazem tão somente com relação a questões de direito, não resolvendo os típicos casos de fatos idênticos repetitivos – em situação hipotética e exemplificativa, as indenizações decorrentes dos danos causados à saúde pela exposição a um gás tóxico produzido por uma determinada indústria em determinado período – e que solucionam todo um plexo de ações de uma só vez, imprimindo economia processual.

Não se tem dúvida, assim, que a *class action* é o instrumento de maior eficácia em termos de números de processos que resolve “de uma só vez”, agregando e dando eficiência aos julgamento das questões derivadas do mesmo fato (*transaction or occurrence*).

⁷³ Muitas das discussões envolvendo *class action* à época envolveram os casos de trabalhadores que sofreram danos à saúde pelo contato com amianto na construção civil. Diversos são os *asbestos cases* e muitas são as discussões jurídicas que nasceram nesses caso, porquanto envolveram milhares de trabalhadores americanos. A primeira ação nos Estados Unidos envolvendo danos à saúde por contato e inalação de amianto foi ajuizada em 1929, quando médicos correlacionaram o contato com o mineral a diversas doenças sérias, como câncer. Mas a explosão de demandas se deu nos anos 80. Para se ter uma idéia, a empresa Johns-Manville, elencada com uma das maiores companhias norte-americanas, chegou a pedir falência por conta dos mais de 16mil processos envolvendo danos por amianto em que figurava como ré. E ela não foi a única. Na década de 90 quase todas as maiores produtoras de amianto quebraram por conta de *asbestos litigations*. Estima-se que, no total, essas ações envolveram mais de 700mil trabalhadores contra 8mil réus, gerando um valor de USD275 bilhões em indenizações.

“(...) the reason that we sometimes believe that aggregation is socially optimal is the potential for unfairness or inefficiency that non-aggregated litigation creates: when the same issues are litigated across the country, over time, and among court systems some litigants can be denied an effective remedy, and another litigants are put in the position of litigating,, at great expense, the identical issues again and again.” (TIDMARSH and TRANSGRUD, 2010: 208).

O trunfo dessa técnica é exatamente criar litispendência e fazer coisa julgada com relação a possíveis futuras ações sem que para tanto todos os envolvidos naquela determinada ocorrência fática tenham que participar do processo como parte⁷⁴, ficando representados virtualmente pelo representante. Ainda, além disso, permite-se que a *preclusion* se dê com relação à causa como um todo, como manifestação da coisa julgada (*claim preclusion*), mas também de determinadas questões, isoladamente, o que se chama no direito norte americano de *collateral estoppel* ou *issue preclusion*. Ou seja, na hipótese em que uma *transaction or occurrence* gere questões litigiosas repetitivas entre um grupo de indivíduos, mas que em espectro maior não seja semelhante entre todos eles, é possível que se ajuíze uma *class action* para se decidir a respeito das questões comuns a todos os representados. Assim, far-se-á litispendência com relação a essas matérias, que não poderão mais ser rediscutidas ou rediscutidas em processo futuro, mas que poderão ser utilizadas como base em outras ações.

“Many of these issues are relatively new, and many that have been around for a quite a while remain highly contentious. Indeed, in some respects – especially such questions as the possibility of burdening a non-party with the preclusive effects of a judgment – we may be on the frontier of significant change. And any such change would cut deeply into some fundamental notions of the nature of litigation and the proper scope of litigant autonomy.” (SHAPIRO, 2001: 74).

A litispendência entre *nonparties*, embora traga grande eficiência ao sistema, por permitir o julgamento de processos repetitivos, esbarra em duas outras garantias basilares do sistema processual civil norte americano – o *adversarialism* e o direito a *one day in court*. De acordo com esses princípios gerais, em tese ninguém poderia ser vinculado *in personam* a um

⁷⁴ *“The last subsection examined the limits of using preclusion doctrines against persons that were involved in prior litigation. Even if preclusion doctrines were broadly construed in this context (and they are not), these doctrines would still be an incomplete response to the problems posed by repetitive litigation. The reason is that these preclusion doctrines ran only against parties to a prior case; they did not run against nonparties. (...) On the other hand, precluding nonparties means binding persons who did not participate in shaping the proofs and arguments to an outcome. That result flies in the face of the participatory right that is according to Professor Fuller, the cornerstone of any adversarial system. Are there circumstances in which this adversarial right does, or should, yield to the concerns of structural complexity?” (TIDMARSH and TRANSGRUD, 2010: 121).*

julgamento do qual não participou como parte, tendo em vista que todos tem o direito de recorrer ao Poder Judiciário quando um direito ou expectativa de direito seu forem violados. No entanto, a evolução dos processos, a complexidade das ações e o congestionamento das cortes decorrente processos repetitivos fizeram com que o sistema tivesse de ser repensado, flexibilizando essa regra frente a um outro importante princípio, o da eficiência.

Surge, assim, como exceção à regra do sistema adversarial e ao direito de ação, segundo a qual ninguém pode ser vinculado por uma decisão em processo no qual não foi parte, e que todos tem direito a seu dia diante dos tribunais, o instituto da representação virtual.

O princípio norteador – e inovador - da *class action* reside exatamente na possibilidade de representação virtual, segundo a qual uma ou mais pessoas podem litigar em nome de uma classe⁷⁵, tanto no pólo ativo quanto no pólo passivo. E os efeitos significam que os “representados” serão vinculados ao resultado do processo, mesmo que não participem ativamente do mesmo (com exceções e particularidades que se verão a seguir). Essa característica aparentemente simples, mas que se desdobra em meandros complexos, é que imprime à *class action* tamanha eficiência na solução das demandas repetitivas.

Entretanto, como se diz nos EUA, “*there is no free lunch*”. Ou seja, não há bônus – nesse caso a celeridade e o desafogamento do Judiciário decorrente da vinculação de todos os representados ao resultado da *class action* – sem condições rigorosas para tanto. Em outras palavras, para que se admita a existência da representação virtual e a vinculação dos representados, é necessário que se exijam garantias para tanto. Essas garantias são as condições de procedibilidade da *class action*, analisadas em uma fase pré-processual chamada de *class certification phase*; diga-se, a fase mais importante de toda essa ação.

⁷⁵ “Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo (que se afirmam titulares da lide levadas ao Estado-juiz, portanto) não é plausível (até porque seu número poderia chegar a milhões) ou porque sua reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à reunião, em um só processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência. Há precedentes jurisprudenciais onde se verifica que, precisamente pela grande dispersão territorial dos afetados, justificou-se a instauração e o processamento daquela pretensão como *class action*.” (SCAPINELLA BUENO, 1996: 2).

É nessa fase, inclusive, que se deterá quase todo o estudo desta pesquisa, porquanto nela se centram quase todas as importantes discussões sobre o tema, e certamente todas aquelas relevantes para o aperfeiçoamento da técnica coletiva de soluções de demandas repetitivas no direito brasileiro.

Evidentemente que um instituto que vige desde 1938, portanto há 75 anos – aqui só falando do modelo moderno da *class action*, sem se considerar os modelos precursores (*equity rules*), que significariam, se contados, mais de 160 anos de vigência – já gerou e ainda gera inúmeras discussões com relação a sua aplicação, na busca pela melhor aplicação e pela minimização do uso indevido da técnica. Ou seja, centenas, senão milhares de trabalhos acadêmicos foram escritos sobre o tema e inúmeras discussões travadas, sendo inviável – e de pouca utilidade – esgotar-se o rol de problemáticas, discussões e teses no tema.

No entanto, dois importantes marcos ocorreram contemporaneamente e influenciaram no norte dos próximos estudos e decisões tomadas a respeito da *class action*. São eles o *Class Action Fairness Act* (CAFA) de 2005 e o *Principles of the Law of Aggregate Litigation* desenvolvido pelo American Law Institute (“ALI”) em 2009.

O *Class Action Fairness Act* é uma lei promulgada em 2005, que previu a expansão da jurisdição federal em casos de *class actions* e ações de massa nos Estados Unidos. A legislação prevê prevenção da jurisdição federal quando a controvérsia exceder 5 milhões de dólares e qualquer dos membros da classe for residente em comarca distinta do réu. Exceção se faz quando ao menos dois terços ou mais dos membros da classe e o(s) réu(s) sejam residentes/sediados na mesma comarca em que ajuizada a *class action*. O CAFA ainda prevê orientação para que as cortes deem maior atenção aos acordos decorrentes de *class action*.

Por sua vez, o *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, doravante denominado *Principles*, foi um trabalho de pesquisa e discussão realizado em 2009 pelo “American Law Institute”, cujo produto final foi a redação e promulgação do estudo resumindo os entendimentos do ALI sobre diversos temas de agregação de litígios. O estudo foi relatado por importantes nomes do direito processual norte americano, quais sejam Samuel Issacharoff, Robert Klonoff, Richard Nagareda e Charles Silver.

Explica WOOLLEY que “*the American Law Institute (‘ALI’) sets an ambitious goal in Principles of the Law of Aggregate Litigation (‘Principles’): ‘to identify techniques that promote the efficiency and efficacy of aggregate lawsuits as tools for enforcing valid laws.’ The ALI identifies many techniques that promote that goal.*” (WOOLLEY, 2011, 410).

Demonstra-se, dessa forma, que a preocupação com a eficiência (entendido como o resultado do binômio eficácia e celeridade, já explicado alhures) está sempre presente no processo civil americano, especialmente com relação às demandas de massa. Não se está, assim, a ignorar os problemas existentes no sistema norte-americano de forma a adotá-lo como modelo superior. O que se propõe é observar as características de uma técnica de agregação de demandas repetitivas adotada e estudada desde meados do século XIX naquele país para fins de comparação, seja dos êxitos como das problemáticas, para aperfeiçoamento do nosso sistema.

Assim, traremos neste estudo, em muitos pontos, a posição prevista no *Principles* e no *Class Action Fair Act*, como síntese do atual entendimento da doutrina norte-americana a respeito de temas controvertidos, ou ao menos como forma de ponderação acerca de questões relevantes.

2.1 TIPOS DE CLASS ACTION

Antes de debruçar-se sobre a certificação e às questões a ela concernentes, há que se tratar brevemente da subdivisão existente na *Rule 23* quanto aos tipos de *class action* existentes. A importância da separação dos diferentes tipos de ações cabíveis dentro do mesmo instituto é que permite ao operador do direito saber exatamente quais os requisitos e efeitos relativos a cada uma das hipóteses e quando aplicá-las. Dessa maneira, evita-se a confusão de institutos e o afrouxamento da técnica. Além disso, acaba por funcionar como mais um requisito para procedibilidade, porquanto as lides que não se enquadram na descrição trazidas em 23(b) não podem ser ajuizadas na forma de *class action*.

Como dito supra, a descrição das hipóteses de *class action* previstas pela legislação americana está em 23(b)⁷⁶, e são três, exigíveis de forma não cumulativa – o que significa que a ação pode ser classificada como uma das três opções legais, sendo admitidas, entretanto, *class actions* que se subsumam a mais de uma previsão legal – segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, são requisitos vestibulares (*threshold requirements*) das *class actions*. Vejamos cada uma das hipóteses a seguir.

Em 23(b)(1), admite-se a *class action* se “o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de: A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe; B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses” (GRINOVER, 2013: 77/78).

Em 23(b)(2), a lei processual civil norte-americana prevê a possibilidade de *class action* caso “a parte que se opõe à classe agiu ou recursou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo” (GRINOVER, 2013: 78).

⁷⁶Rule 23 (b) *Class Actions Maintainable*. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of
(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include:

(A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;

(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class;

(C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum;

(D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action.

As hipóteses supra transcritas, previstas em 23(b)(1) e 23(b)(2), e seus respectivos incisos, dizem respeito à *class actions* que buscam *injunctive relief*, ou seja, condenação por obrigação de fazer ou não fazer. Elas são correspondentes, de certa maneira, à ação civil pública por direitos difusos e coletivos *strito sensu*.

O que é de suma importância frisar com relação às duas primeiras hipóteses de cabimento da *class action* é que elas são *mandatory*. Isso significa dizer que os representados por essas ações não podem exercer a opção de deixar a classe (*opt-out*), sendo sempre afetados pelo resultado da ação coletiva. Em outras palavras, a *class action* nessas hipóteses faz coisa julgada com relação a todos os representados, indistintamente, e litispendência, não sendo possível o ajuizamento de ações paralelas, individuais ou coletivas, sobre a mesma questão. Até porque, algumas dessas demandas, que nós chamaríamos de difusas, dizem respeito a interesses que sequer poderiam ser defendidos em ações individuais, porquanto indivisíveis.

Finalmente, em 23(b)(3), a legislação processual prevê a hipótese de cabimento da *class action* sempre que “o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato (*findings*) da sentença incluem: (A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; (B) a amplitude e a natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; (C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe.” (GRINOVER, 2013: 78).

O artigo 23(b)(3) rege a chamada *class action for damages*, que equivaleria no sistema processual brasileiro à ação civil pública por direitos individuais homogêneos, ou, conforme denomina a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, ação de classe brasileira, prevista nos arts. 90 a 100 do Código de Defesa do Consumidor (GRINOVER, 2013: 75).

Pode-se depreender da redação legal que rege as *class action for damages*, que ela é consideravelmente diversa das hipóteses previstas nos incisos anteriores. Isso acontece porque

esse tipo de ação lida não com direitos coletivos *strito sensu*, mas com direitos individuais repetitivos, homogêneos, e que são agregados por motivos de eficiência processual, judiciária e de isonomia⁷⁷. Dessa forma, a legislação já faz, no próprio artigo, diferenciação com relação aos requisitos e pressupostos que devem ser avaliados pelo magistrado quando da certificação de ações como essas, bem como dos efeitos dela decorrentes.

A *class action for damages*, diferentemente daquelas previstas nos dois primeiros incisos do artigo 23(b), não é *mandatory*, pois prevê a possibilidade dos representados exercerem o *opt-out*, optando por deixar a coletividade, conseqüentemente não sendo afetados pelos efeitos de coisa julgada e litispendência, mas tampouco podendo executar a condenação ou acordo em seu favor.

É também bastante interessante a discussão relativa à representatividade adequada e homogeneidade do direito nos casos de 23(b)(1) e 23(b)(2) em contraposição aos de 23(b)(3). Isso porque não se exige, nos dois primeiros casos, a demonstração da superioridade dos interesses comuns sobre os interesses individuais, como se exige com relação às *class action for damages*. Essa questão se verá mais adiante, pois influencia diretamente no grau de exigência dos requisitos para certificação.

2.2 CERTIFICATION⁷⁸

A peça inaugural da *class action* não é igual a quaisquer outras; com efeito, além dos requisitos tradicionais exigidos em quaisquer ações nos Estados Unidos, para que se conheça de uma ação como *class action* ela deve apresentar uma série de exigências específicas exigidas para a simples procedibilidade da ação. Esses requisitos, previstos na *Rule 23*, são

⁷⁷ “O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.” (GRINOVER, 2013: 79).

⁷⁸ “Before a court will allow a class action to go forward, it first determines that various criteria are satisfied. Ultimately, these criteria (...) serve two overarching purposes: (i) to ensure that the representative class member and class counsel will effectively represent the absent class members’ interests; and (ii) to ensure that a class action will be more efficient and manageable than alternative methods for adjudicating claims.” (KLONOFF, 2004: 15/16).

verificados em uma fase pré-processual chamada de *class certification phase*. Para que o juiz certifique uma ação como *class action* ela deve conter todos os requisitos previstos no item 23(a) da *Federal Rule of Civil Procedure*, de forma cumulativa. Analisaremos um a um a seguir. Insta frisar, no entanto, que inúmeras são as discussões a respeito de cada um dos requisitos previstos na fase de certificação da *class action* e suas decorrências; mas esse trabalho se propõe tão somente a analisar as questões que se entende mais relevantes para fins de comparação com o sistema brasileiro.

O grau de exigência das cortes com os requisitos legais de certificação da *class action* variam não só entre as diferentes comarcas (*circuits*), mas especialmente com a evolução do instituto no tempo. Nesse escopo cabe apontar que grandes são as preocupações do Judiciário americano com relação aos abusos na utilização das *class action*. Isso se dá porque, conforme já supra mencionado, essa técnica é uma forma bastante eficiente não só de levar ao Judiciário demandas repetitivas, resolvendo-as de uma só vez e, conseqüentemente, desafogando os tribunais, mas também de fomentar acordos. É indiscutível o poder de uma *class action* no convencimento do réu em realizar acordo com as partes envolvidas na lide, porquanto uma vez certificada, a ação apresenta um risco consideravelmente alto de potencial perda.

Utilizando-se desse aspecto, muitos advogados e litigantes oportunistas se aproveitam da técnica da *class action* para chantagear empresas a realizarem acordos em casos que muitas vezes nem mesmo interessam à classe representada.

Ante tal panorama, o efeito reflexo da jurisprudência foi de enrijecer a fase de admissibilidade (certificação) da *class action*. ROBERT H. KLONOFF aponta que:

“The class action device, once considered a ‘revolutionary’ vehicle for achieving mass justice, has fallen into disfavor. Numerous courts have become skeptical about certifying class actions. Some have emphasized is granted, stating that such pressure ‘is a factor [the court] weigh[s] in [the] certification calculus.’ These courts decisions impact virtually every element of the class certification processo. Even requirements that defendants rarely disputed in the past, such as ‘numerosity’ and ‘commonality’, are now potential impediments to class certification. Moreover, many courts now require that plaintiffs put forward considerably more evidentiary proof at the class certification stage than ever before.” (KLONOFF, 2013: 3)

Evidentemente que isso não quer dizer que as *class actions* perderam sua função, que foram renegadas a segundo plano, ou mesmo que enfraqueceram diante de outras formas de resolução de litígios repetitivos. O que essa ponderação quer ressaltar é que há que se ter cautela com os requisitos exigidos em uma ação coletiva especialmente por seu aspecto tentacular (atingir muitas pessoas de uma vez só) e por ser uma poderosa ferramenta de negociação (por se tratar de economia de escala). Dessa forma, há que se exigir muita atenção dos magistrados na fase de certificação e aguardar para que a jurisprudência ache o equilíbrio de forma a garantir o melhor uso da técnica, coibindo ao máximo a má-fé processual em sua utilização – diga, não só na *class action* norte-americana, mas em qualquer ação coletiva, incluída aí a ação civil pública brasileira, que sofre diversas críticas por conta do manejo ruim de seus requisitos e consequências.

A evolução dessas problemáticas sempre será específica de cada sistema processual, tendo em vista que a cultura judiciária é sempre particular em cada ordenamento, criando manobras e ocasionado efeitos (nocivos ou positivos) específicos a si próprio. Assim que mencionar essa preocupação do sistema processual norte-americana com os abusos modernos no uso da *class action* não lhe retira a importância como instituto para fins de comparação com a ação civil pública brasileira ou quaisquer outros mecanismos de coletivização para solução de demandas repetitivas. Inversamente, auxilia na elaboração de normas ou de nortes para o uso da técnica de modo a evitar a repetição dos erros no sistema transportado.

Por conta da problemática decorrente do mau uso da *class action*, não só enrijeceu-se o sistema de certificação, reduzindo consequentemente o número de ações aceitas, mas também previu-se uma importante reforma legislativa da *Rule 23*⁷⁹. Falamos da alteração legislativa de 1998 que incluiu o item 23(f) ao código processual norte-americano, que inseriu a seguinte previsão, *verbis*:

⁷⁹ O movimento pela criação de um recurso à decisão de certificação inicia-se em 1995 com o caso *Rhone-Poulenc*, no qual, por meio de um *extraordinary writ of mandamus* (mandado de segurança), previsto na Constituição Federal norte-americana em 28 U.S.C. §1292(b), a corte de apelação aceitou rever a concessão da certificação feita pelo juízo *a quo*. Muitos foram, sucessivamente, os mandados de segurança impetrados com fins a revisão da certificação, ficando evidente, portanto, que era necessária a criação de um recurso. A conclusão do Congresso americano foi a de que, permitir a certificação da classe sem a possibilidade de revisão, poderia significar o julgamento do mérito da demanda e posterior revisão da corte de apelação pela negativa de existência de classe, o que traria o desperdício de tempo e dinheiro para as partes, para os membros da classe e para o aparelho judicial como um todo. Além disso, na grande maioria das vezes a certificação de uma classe significa a realização de acordos, porquanto as empresas rés sentem-se compelidas a transacionar sob pena de serem condenadas em indenizações milionárias, que podem significar sua futura quebra. Assim, o recurso significava um meio de evitar acordos incorretos antes que sejam assinados pelos representantes das classes.

23(f): A court of appeals may permit an appeal from an order granting or denying class-action certification under this rule if a petition for permission to appeal is filed with the circuit clerk within 14 days after the order is entered. An appeal does not stay proceedings in the district court unless the district judge or the court of appeals so orders.

A inovação foi de fundamental importância e significado. Com efeito, nos Estados Unidos não há previsão de recurso a decisões interlocutórias. São restritíssimas as hipóteses em que se permite recorrer à *court of appeal* de uma decisão não terminativa. A alteração de 1998 trouxe exatamente mais uma hipótese a essas exceções. Ou seja, considerando a importância da certificação de uma *class action* e suas potenciais consequências para as partes - seja com relação à realização de acordos ou tomada de decisões particulares – o legislador americano decidiu por permitir um excepcional recurso a instâncias superiores para revisão da decisão concessiva ou denegatória da certificação.

Não só a criação do recurso de decisões concessivas ou denegatórias da certificação gerou mais segurança jurídica aos envolvidos na classe – representados, autores e réus – mas também “*federal appellate courts (including the U.S. Supreme Court) now play a major role in developing class action jurisprudence*” (KLONOFF, 2013: 4).

Além disso, outra questão relevante que decorre das recentes preocupações com os abusos na *class action* e com o endurecimento nas exigências durante a fase de certificação é a incursão no mérito da demanda coletiva durante a fase de certificação. A orientação das cortes americanas dominante até pouquíssimo tempo atrás era no sentido de ter como supridos os requisitos legais para certificação com a simples análise dos requisitos formais da petição de certificação e de sua respectiva impugnação.

Com o aumento no rigor dos requisitos de certificação hoje tem-se que essa fase passou a ser ainda de maior relevância e detenção dos magistrados. Os juízes preocupam-se cada vez mais com a higidez dos requisitos nas ações, motivo pelo qual exigem a perquirição detida de cada um dos elementos identificadores da homogeneidade da classe e da representação adequada. KLONOFF, em seu artigo nomeado *The Decline of Class Action*, enumera e debate as novas tendências no que diz respeito ao enrijecimento da fase de certificação, apontando que as mais frequentemente vistas são: (a) exigência de padrões

probatórios mais contundentes na fase de certificação; (ii) maior rigidez na atribuição da certificação; (iii) negar o requisito da numerosidade quando meramente alegado que é de *common knowledge* o fato de determinada situação envolver grande quantidade de indivíduos – como se permitia anteriormente; (iv) aumentar o padrão de exigência com relação a *commonality*, exigindo não só que os membros da classe envolvam a mesma questão, mas também que o resultado decorrente do julgamento ou acordo da *class action* seja comum a todos; (v) rejeitar *class actions* nas quais os representantes não apresentem na petição inicial todas as questões que poderiam ser discutidas com relação àquela determinada classe, por receio de que essas questões não possam ser futuramente debatidas pelos membros (*issue preclusion*) – a conclusão a que se chega, aqui, é de que não haveria representação adequada nessa hipótese; (vi) rejeitar *class actions* que envolvam, ao mesmo tempo, demandas relacionadas a 23(b)(2) e 23(b)(3) – tipos distintos de direitos tutelados – em paralelo seria uma ação coletiva discutindo direitos coletivos e individuais homogêneos na mesma demanda e (vii) aplicar rígidos critérios de certificação para rejeitar acordos envolvendo direitos tutelados pela *class action*, como se estivesse a certificar uma ação. Ele ressalva, entretanto, que “*Not all courts have taken these approaches. Courts are sharply divided on some of these issues. Yet, the emergence of myriad cases that cut back the ability to pursue classwide relief represents a troublesome trend that undermines the compensation, deterrence, and efficiency functions of the class action device.*” (KLONOFF, 2013: 6/7)

Tratar-se-á de muitas dessas observações nos itens respectivos a cada uma das exigências da *class action* adiante, mas já de início insta observar a primeira pontuação levantada por KLONOFF em seu artigo. Afirma o professor que análise pré-processual detida de cada item da *Rule 23(a)* acaba por significar, muitas vezes, o ingresso no mérito da demanda, exigindo-se, portanto, a produção de provas e discussão quase que antecipada do núcleo da causa.

O debate sobre o tema ocorre porque a *Rule 23*, embora elenque os requisitos para a certificação da classe, silencia a respeito do grau probatório necessário para o preenchimento desses requisitos. Até o caso *Szabo v. Bridgeport Machines, Inc.*, julgado em 2001 pela corte de apelação da 17ª circunscrição, a maior parte das cortes americanas admitia a certificação baseando-se tão somente nas alegações realizadas na petição inicial ou em evidências mínimas de sua existência. Em *Newman v. CheckRite California, Inc.*, por exemplo, a corte

chegou a afirmar que “*when evaluating a motion for class certification, the Court accepts all well-pleaded facts as true*”.

No caso Szabo, a corte da 17^a circunscrição afastou o entendimento desenvolvido a partir do pronunciamento da Suprema Corte norte americana no caso *Eisen v. Carlisle & Jacqueline*, até então utilizado largamente, segundo o qual o juiz estava vedado de examinar o mérito da demanda na fase de certificação. A questão envolvia uma classe de indivíduos que adquiriram máquinas com suposto defeito da empresa *Bridgeport Machines*. As alegações eram de que a ré teria incorrido em fraude e descumprimento do contrato de garantia. A *class action* foi certificada pelo juízo de primeiro grau, mas, em grau recursal, a corte da 17^a circunscrição entendeu que além das questões trazidas pelos representantes havia outras importantes questões que influenciariam de forma relevante na definição da classe, o que exigia a decertificação da classe. Para tanto, afirmou-se que: “*before deciding whether to allow a case to proceed as a class action (...) a judge should make whatever factual and legal inquiries are necessary under Rule 23.*”

Posteriormente, em 2006, a corte da 2^a circunscrição analisou outro importante precedente no tema: *In re Initial Public Offering Securities Litigation* (‘IPO’), no qual posicionou-se no sentido de que “*the fact that Rule 23 requirement might overlap with an issue on the merits does not avoid the court’s obligation to make a ruling as to whether the requirement is met.*”

Finalmente, em 2011, a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou o emblemático caso *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, que envolvia a demanda de empregadas da empresa *Wal-Mart* alegando que sofriam discriminação de gênero no processo de promoção. Para chegar à conclusão que acabou por decertificar a *class action* por ausência de *commonality*, a Suprema Corte utilizou-se da doutrina desenvolvida em Szabo e IPO concluindo que a conclusão tomada pelas cortes americanas do caso Eisen eram, na realidade, incorretas, porquanto “*the class determination generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiffs’ cause of action*”, concluindo, assim, que o magistrado poderia ingressar na análise probatória de mérito para decidir sobre a certificação.

A decisão, embora bem recebida pela doutrina e aplicada seguidamente pelas cortes dos Estados Unidos, foi também alvo de críticas de juristas, preocupados em tornar a fase de

certificação num “*mini-trial*”, alargando muito a fase no tempo. O que se busca hoje é o equilíbrio para que não se tenha a certificação de *class action* indevidas e que não preencham os requisitos da lei, mas tampouco o julgamento antecipado do mérito em fase pré-processual. A doutrina que parece mais sensata afirma que o que se exige nessa fase é que a prova do preenchimento dos requisitos de procedibilidade da classe seja plausível, o que para o direito brasileiro poderia significar a verificação do *fumus boni iuris*, ou da tutela de evidência, tendo em vista tratar-se de cognição sumaria, que permite reversibilidade da tutela – não se ignorando, por óbvio, a produção inegável de efeitos da certificação, como a realização de acordos, provisionamento de fundos, litispendência etc.

A questão está longe de ter sido solucionada por completo nos Estados Unidos, exatamente por se tratar de uma problemática moderna. O tema é complexo e envolve algumas outras discussões que decorrem dela, como a possibilidade de realização da prova pericial na fase de certificação⁸⁰. Ao estudo que se destina essa pesquisa não interessa, no entanto, o esgotamento do tema, mas extrair os conceitos e conclusões até hoje manifestados no ordenamento americano para avaliarmos a possível problemática com relação à ação civil pública – até porque, como se verá adiante, propõe-se imprescindível que as ações civis públicas no Brasil tenham uma verdadeira fase de certificação, que provavelmente incorreria nessa discussão.

A seguir estudar-se-á um a um os requisitos de admissibilidade da *class action*.

2.2.1. Numerosidade

De acordo com a regra prevista na Rule 23(a)(1), para que a ação possa ser ajuizada na forma de *class action* requer-se que “*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*”. Ou seja, a *class action* não pode ser identificada meramente como outra modalidade de litisconsórcio (*joinder*), tendo em vista que neste todas as partes envolvidas no fato jurígeno gerador da lide integram o processo, o que, segundo a regra 23(a)(1) seria inviável na *class action*, por conta do excessivo número de indivíduos.

⁸⁰ A discussão inaugural sobre o tema travou-se no caso *Honda Motor Co., Inc. v. Allen*, no qual se chegou a conclusão de que a prova pericial técnica era imprescindível para a certificação da classe.

Conforme ensina KLONOFF, a jurisprudência norte-americana definiu que a exigência da numerosidade não significa que o *joinder* (litisconsórcio) seja impossível, mas tão somente que ele seja dificultado pelo número de partes envolvidas. Insta frisar que nem a legislação nem a jurisprudência dos Estados Unidos definem um número exato de envolvidos necessários para preencher o requisito da numerosidade, de forma que tal exigência deva ser avaliada pelo juiz, caso a caso.

Importante lembrar também que na avaliação da numerosidade o magistrado não deve apenas se ater aos indivíduos já afetados pelo fato que deu origem àquela determinada demanda. Com efeito, há que se vislumbrar também os possíveis futuros representados que possam surgir no curso da demanda, caso o vínculo jurídico ainda exista entre as partes (tanto virtuais quanto representantes). Essa questão foi levantada no precedente *Pederson v. Luisiana State University* em 2000, ajuizado por estudantes da Luisiana State University perante a *5th Circuit Court*, afirmando terem sofrido discriminação pela Universidade, que lhes negou tratamento isonômico com relação ao ingresso e concessão de bolsa para equipe atlética da universidade. A corte de revisão entendeu, naquela oportunidade, que o tribunal regional havia erroneamente decertificado a classe quanto à numerosidade, porquanto haveria a compleição desse requisito ao se analisar, em conjunto, as atuais e futuras estudantes que pudessem ser influenciadas pela conduta da universidade⁸¹.

Além disso, a doutrina americana ainda aponta que esse requisito não deve ser interpretado restritivamente com relação ao número de integrantes da classe, mas também com relação à dispersão geográfica dos envolvidos, que, mesmo não significando centenas ou milhares de indivíduos, também pode dificultar ou inviabilizar o litisconsórcio, dando azo, dessa maneira, ao ajuizamento da ação representativa. Com efeito, não se deve interpretar o requisito restritivamente, mas, ao contrário, ampliativamente, para que o instituto seja utilizado sempre que uma situação de fato dificulte o ajuizamento das ações individuais, garantindo, sempre, de uma forma ou de outra, a tutela do direito material.

⁸¹ “We have previously stated that when conducting a numerosity analysis, district courts must not focus on sheer numbers alone but must instead focus “on whether joinder of all members is practicable in view of the numerosity of the class and all other relevant factors.” *Phillips v. Joint Legislative Comm.*, 637 F.2d 1014, 1022 (5th Cir. 1981). We have found the inclusion of future members in the class definition a factor to consider in determining if joinder is impracticable. In *Jack v. American Linen Supply Co.*, we noted that “[t]he alleged class . . . include[d] unnamed, unknown future . . . [members] who will be affected by . . . discriminatory policies, and joinder of unknown individuals is certainly impracticable.” 498 F.2d 122, 124 (5th Cir. 1974). In the case at hand, the fact that the class includes unknown, unnamed future members also weighs in favor of certification.”

Outra hipótese que tem permitido a certificação de *class actions* pelas cortes americanas surge quando as demandas envolvidas naquela questão, isoladamente não justificariam a proposição da ação; hipótese essa chamada de “*negative value claims*”. Essa hipótese traduz perfeitamente o escopo de acesso à justiça permitido pelas ações coletivas. É o que no conceito econômico seria classificado como economia de escala.

Ou seja, uma determinada demanda que, isolada, significa um valor demasiadamente pequeno para justificar a movimentação da máquina estatal com o ajuizamento de um processo judicial, pode ser resolvida por meio do agrupamento de várias semelhantes. A técnica de agregação, aqui identificada pela *class action*, permite então levar essas demandas economicamente insignificantes – mas que possam ter um valor subjetivo elevado para os envolvidos – à tutela do Estado, por meio da coletivização.

Mais adiante tratar-se-á da *opt out*, mecanismo que permite ao representado extromitir-se da ação de forma a não ser afetado pela coisa julgada ou pela litispendência, ficando livre para ajuizar sua própria demanda independentemente do resultado da ação coletiva. Mas, nesse momento cabe frisar que dependendo da quantidade de *opt outs* que se tem em uma determinada demanda, é possível que a classe perca a certificação por ausência do requisito da numerosidade. Ora, se muitos envolvidos saem da ação, perde-se o sentido de movimentar a máquina estatal para uma ação cara e complexa, se poucos serão os efeitos dela no que tange à eficiência de solução de demandas.

KLONOFF pondera, nesse sentido, que: “*courts will sometimes revisit the numerosity issue (as well as other Rule 23 requirements) during the course of the litigation*” (KLONOFF, 2004: 38). Nota-se, dessa forma, que o magistrado deve estar sempre atento e preocupado com a presença dos requisitos de procedibilidade da ação, não só no ajuizamento da mesma, mas durante seu curso. Isso porque tais requisitos garantem que a ação esteja cumprindo sua função primordial – eficiência e acesso adequado à justiça – e mudam seus contornos com o decorrer do tempo. Por exemplo, mais pessoas podem ser afetadas pelo fato discutido na ação, um excessivo número de representados extromitir-se (*opt-out*) da classe, esvaziando o prosseguimento da ação etc.

Dessa maneira, pode-se concluir que o requisito da *numerosity* tem estrita relação com o objetivo de eficiência judiciária, tendo em vista que segundo esse requisito só devem ser

levados ao Judiciário na forma de ação coletiva as demandas que de fato *tiverem* que assim ser representadas. Em outras palavras, por meio da numerosidade percebe-se que a *class action* é o melhor mecanismo disponível para a solução daquela determinada demanda, seja porque envolve um número ou dispersão geográfica de indivíduos que impossibilitariam o litisconsórcio, ou porque aquela é a única forma pela qual determinadas demandas, diga-se marginais (*negative value claims*), serão levadas ao conhecimento do Judiciário.

Nas palavras de ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES:

“O imperativo da ‘numerosidade’ está relacionado com o escopo das ações coletivas. Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos. Consequentemente, quando a defesa individual, mediante o instituto do litisconsórcio ou de outro meio, for suficiente, razoável e satisfatória, sob o ponto de vista dos jurisdicionados e dos órgãos judicial, há que se ter como desnecessária e incabível a class action.” (2002: 75).

Diz-se que a ação coletiva deva ser necessária, porque ela não deve ser tida como a primeira hipótese de solução de litígios. Embora relevantíssima como forma de adjudicação de conflitos de massa e instrumento poderoso na realização da eficiência e da economia judicial, a ação coletiva deve ser tida como instituto especial e não genérico. Em outras palavras, a ação civil pública, assim como as *class actions*, deve ser ajuizada tão somente quando se fizer necessária e quando for cabível. Por significarem abdicação ou sobreposição de direitos individuais dos litigantes pelo interesse da coletividade, como a indeclinabilidade ou ubiquidade da jurisdição (*one day in court*), e por serem mais complexas e demoradas que as ações individuais⁸², elas devem servir a cumprir o escopo para qual foram idealizadas: solução de demandas repetitivas e tutela do interesse difuso e coletivo *strito sensu*. Assim que, se possível e eficiente o ajuizamento da demanda como litisconsórcio, assim deve-se tê-lo, de forma a não banalizar as ações coletivas ou utilizá-las fora de seu propósito legal.

⁸² “Andrea Giussani informa que as estatísticas realizadas, em época relativamente recente, nas cortes norte-americanas, revelam que, apesar de os procedimentos relativos a ações de grupo serem, em média, quatro vezes mais lentos do que aqueles de causas individuais, o resultado global atingido com as primeiras, considerando-se o trinômio *custo-tempo-benefício*, é extremamente compensador.” (CRUZ E TUCCI, 2007: 43).

2.2.2 Homogeneidade ou Liame (*commonality*)

O segundo pré-requisito objetivo de procedibilidade da *class action*, previsto na Rule 23(a)(2), é o da *commonality*, que aqui traduz-se por liame ou homogeneidade, ou seja, a comunhão de questões iguais experimentada por todos os membros da classe. Segundo o texto legal norte-americano, para que se certifique uma ação como *class action*, a classe deve envolver uma ou mais questões de fato ou de direito comuns a todos os seus integrantes (representados e peticionários).

KLONOFF afirma que o requisito da *commonality*, assim como a *nummerosity*, não eram diuturnamente questionado pelos réus quando da contestação à petição de certificação; até o julgamento do caso *Wal-Mart v. Dukes*, julgado em 2011 pela Suprema Corte norte-americana. Segundo o autor, a maior parte das cortes americanas entende que o requisito previsto em 23(a)(2) está satisfeito quando os membros da classe individualmente possuem lides que envolvam a mesma *causa de pedir*. Ou seja, o mesmo objeto jurídico mediato é suficiente para caracterizar o liame necessário à certificação da *class action*. Algumas cortes, no entanto, são mais rigorosas com relação à *commonality*, exigindo que toda a discussão centralize-se na mesma questão de fato ou de direito. Essa exigência estaria apoiada na necessidade de demonstração da relevância das questões comuns à coletividade, a justificar o uso da medida coletiva. Ou seja, deve haver homogeneidade suficiente para demonstrar que a ação coletiva é o mecanismo mais eficiente de adjudicação das lides. KLONOFF afirma que

“Courts applying these more stringent commonality test appear to be motivated, either explicitly or implicitly, by a concern that unless significant common issues exist, the cost of a class action will outweigh the benefits.” (KLONOFF, 2004: 42)

Ou seja, o autor expõe, novamente, a preocupação das cortes com o bom uso da técnica coletiva da *class action*, tendo em vista seu escopo de solucionar questões de maneira eficiente e não representar um problema para o Judiciário americano.

Insta ressaltar, para que não pareça surgir uma contradição de conceitos nessa parte, que, embora se fale em mesma questão de fato ou de direito, isso quer dizer que a classe deve convergir com relação a discussão da ocorrência de determinado fato ou determina tese jurídica envolvendo a mesma ocorrência. Ou seja, trata-se, como em todas as *class action*, da

mesma *transaction or occurrence*, mesmo fato jurígeno. Não se está aqui a analisar a ocorrência de teses jurídicas abstratas aplicáveis a quaisquer casos – como ocorre com a técnica do *stare decisis*, nos Estados Unidos, e da súmula vinculante no Brasil.

Explica ADA PELLEGRINI GRINOVER que:

“(...) é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; ou remota, mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos” (GRINOVER, 2005: 10).

Traçando-se esse paralelo entre os conceitos de direito norte-americano e do direito brasileiro, o que ensina KLONOFF é que a jurisprudência dominante americana tem-se filiado à corrente que entende que para a certificação de uma determinada demanda como *class action* é suficiente que haja homogeneidade na causa de pedir remota. Entretanto, para que essa exigência não se torne por demasiado frouxa é que surge um outro requisito, qual seja, a *predominance*.

O requisito da *predominance* é aplicado somente com relação às *class actions for damages*, em 23(b)(3)⁸³, porquanto são essas que lidam com direitos essencialmente individuais, mas homogêneos por um liame fático. Nas *injunction class actions* (23b[1] e 23b[2]), que lidam com direitos difusos e coletivos, a homogeneidade é uma característica intrínseca do próprio direito material tutelado. Com efeito, nas ações previstas nos itens (b)(1) e (b)(2) exige-se que haja identidade absoluta entre as questões de fato ou de direito dos membros da classe para que se configure presente o requisito da *commonality*, porquanto trata-se da tutela de direitos difusos ou coletivos; enquanto isso, na ação prevista em (b)(3)⁸⁴,

⁸³ “Under a predominance inquiry, common legal or factual issues must predominate over individual issues. This analysis requires a court to weigh both the common and the individual issues. Rule 23(a)(2), by contrast, simply asks whether there are any common legal or factual issues. That subdivision does not require a court to weigh those issues against that individual issues in the case.” (KLONOFF, 2004: 43).

⁸⁴ FRCP 23(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include:
(A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions;
(B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members;

as chamadas *class action for damages*, permite-se que a classe seja certificada quando as questões comuns à classe se sobreponham às questões individuais, ou seja, predominem questões coletivas às questões meramente individuais (*predominance*).

Buscando o ponto de equilíbrio entre eficiência e direito ao *one day in court*, que é tanto mais relevante na discussão das ações coletivas por direitos individuais homogêneos, as cortes americanas chegaram ao entendimento de que a mera existência de questões particulares de um ou mais membros da classe não pode ser entendida, *per se*, como motivo para negar ou decertificar a classe. Ou seja, havendo predominância de matéria coletiva à existência de questões particulares, predomina o interesse coletivo e a eficiência ao direito de demandar individualmente. Surge então um terceiro requisito destinado a verificar a utilidade da medida coletiva na valoração da eficiência e devido processo legal: a *superiority*. Ao traduzir esse conceito para o direito brasileiro, alguns doutrinadores denominam-no de superioridade⁸⁵, ao passo que aqui se opta por chamá-lo de adequação, porquanto a inteligência do conceito é de que se deve avaliar se a técnica da coletivização é mais adequada à ação privativa na resolução de determinada lide. Ao chamarmos de superioridade parece-se estar atribuindo hierarquia de valores entre a tutela coletiva e a individual, o que não é verdadeiro. Tem-se, tão somente, que identificar qual a forma mais adequada de solucionar as controvérsias tendo em vista a homogeneidade das questões discutidas, a eficiência e o devido processo legal.

Em última análise, o que se busca com o requisito da *commonality*, é que haja questões similares o suficiente entre os membros a significar que o julgamento coletivo seja a técnica mais apropriada e eficiente para a solução daquele determinado conflito. Ou seja, não se exige que todas as teses e questões tidas por cada membro sejam idênticas aos demais para que a *commonality* seja satisfeita⁸⁶, garantindo-se tão somente que as questões individuais não

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

⁸⁵ Para conceituação ver GRINOVER, A. P. *Da class action ofr damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In Revista Forense, v. 352, dezembro/2000, pg. 1.

⁸⁶ “Although § 15-5-50 and Rule 23(a)(2) provide similar language in providing for class actions, the requirements for a class action contained in the rule are not identical to those prescribed by the prior statute. As Dean Lightsey and Professor Flanigan observe:

Class actions...do not remain as they were under prior practice. The main limitation on the representative suit in this jurisdiction was the restrictive view of the Field Code that required a strong pre-existing legal relationship among the parties to be joined and which, by inference, applied to all prospective class members. Adoption of the flexible joinder rules for claims and parties in Rules 18 and 20, respectively,

se sobreponham às questões comuns. Esse julgamento de valor não pode ser fixado de forma abrangente. É necessário, assim, que o magistrado, em avaliação detida do caso verifique a presença da comunhão de interesses entre os membros que, aliado aos demais requisitos necessários à formação da classe, identifique se a coletivização é a técnica mais eficiente para a solução do conflito.

Para a verificação dos dois requisitos, predominância e adequação, o artigo 23(3) elenca exemplificativamente⁸⁷ quatro itens que devem ser avaliados pelo juiz quando da análise da *commonality*. São eles: (a) o interesse dos membros em controlar individualmente a ação ou defesa; (b) existência e natureza de ações já ajuizadas que envolvam a controvérsia; (c) a adequação ou inadequação em concentrar todos os litígios em uma determinada comarca (prevenção) e; (d) grau de dificuldades possivelmente enfrentáveis na administração da *class action*. Novamente, trata-se da aplicação do conceito de economia de escala.

O item (A) diz respeito ao interesse dos membros da classe em controlar privativamente a perseguição ou defesa de seus interesses. Esse requisito está intimamente ligado às chamadas *negative value suits*, nas quais o valor individual de cada demanda é menor do que o custo da ação, o que afasta os indivíduos do ajuizamento de seus processos particulares, dando maior incentivo à coletivização da demanda. Esse requisito não significa, tampouco, que se houver interesse de algum membro da classe em perseguir individualmente seu direito será necessariamente afastada a hipótese de *class action*. Tão somente significa

rejects that narrow view in favor of a pragmatic consideration of the extent of common issues. Consequently, there is no restriction on joining claims simply because each party seeks an independent recovery.

Rule 23(a)(2) of the new rule permits members of a class to sue as representative parties on behalf of all if, among other things, 'there are questions of law or fact common to the class.'

The essence of a class action is common questions of law and fact, and Rule 23(a)(2) reflects this. It is important to note that the subsection does not demand that all questions of law and fact be common, only that there be common issues among the class. In fact, a single common issue will suffice if it is important enough. It also follows that the mere existence of individual issues does not defeat class action status." (McGann v. Mungo, 1986).

⁸⁷ Em artigo que analisa a questão da *superiority*, MULLENIX faz uma crítica afirmando que as cortes tem encarado o requisito exclusivamente com base na lista trazida em 23(b)(3)(A-D), passando pelas questões como um *check list*, mas sem refletir sobre a *men legis*. "Generally, courts have adopted at least two standard approaches to thinking about the class superiority requirement. Courts using the first approach simply march through the four factors listed in Rule 23(b)(3), evaluating superiority through the lens of a check list. See Fed. R. Civ. P. 23(b)(3)(A)-(D). Courts adopting the second approach to superiority ask the question: Superior to what? Using this approach, courts will assess all other alternative means of possibly resolving the dispute. If no other procedural means are possible, then certifying a class action is the default procedural mode." (MULLENIX, 2003:2)

que estando presente o desincentivo ao ajuizamento individual, então há grande adequação no ajuizamento da *class action*⁸⁸.

O item (B) trata da existência de ações individuais já em curso, que discutam a mesma controvérsia. A previsão diz respeito à regra de litispendência de forma ampla, na qual o juiz opta ou não por suspender as ações individuais para a certificação de uma *class action*. Essa avaliação deve ser feita, pois a tramitação das duas ações é inconciliável, tendo em vista que a ação coletiva faz litispendência ao ajuizamento ou continuação das ações individuais versando sobre a mesma controvérsia. Assim, o magistrado deve avaliar o adiantamento das ações individuais para permitir ou não a certificação da *class action*⁸⁹.

O item (C) avalia a adequação ou inadequação em concentrar o litígio coletivo em uma determinada comarca. Para tanto, analisa-se a dificuldade na produção de provas, a conveniência para testemunhas e para as partes. Se a dispersão for demasiada e for necessária grande produção de provas testemunhais, esse fato contribuirá para a decertificação, ao passo que se a prova for eminentemente documental ou se o dano for concentrado em uma área, então há adequação para agregação das demandas em uma só localidade.

Por fim, o item (D) traz uma hipótese genérica: grau de dificuldades possivelmente enfrentáveis na administração da *class action*. Segundo MULLENIX trata-se do requisito analisado com mais enfoque nas cortes, e frequentemente ponderado diretamente em face do

⁸⁸ “In negative value suits or small-claims class actions, where the value of each class member's individual claim is relatively small, individual class members will most likely have little interest in either prosecuting, defending or individually controlling separate actions. In this situation, the (A) factor weighs in favor of class certification. On the other hand, in cases where class members have vastly differing injuries, merits and damages among their claims, then individual class members might have a high interest in individually controlling, prosecuting and defending separate actions. The most prominent examples of such cases are proposed mass tort class actions, where injuries may range from exposure-only claimants to severely injured or deceased class members. In these types of cases, the (A) factor weighs against class certification. See, e.g., *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5th Cir. 1996).” (MULLENIX, 2003: 2)

⁸⁹ “Rule 23(b)(3)(B) suggests that the court take into account the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class. Courts have not uniformly interpreted and applied this factor. Some courts have concluded that the existence of pending, parallel litigation in other courts counsels against class certification, on the theory that another court already has jurisdiction over the same matter and can resolve it in that forum. Other courts view the existence of pending, parallel litigation as evidence of a substantial problem worthy of aggregate resolution in a class proceeding, even if the class is duplicative. Yet other courts have concluded that the absence of pending, parallel proceedings elsewhere is evidence of a lack of interest in the subject matter and hence weighs against class certification.” (MULLENIX, 2003: 2)

requisito de predominância. Para tanto, muitas cortes tem exigido que a parte apresente um plano de julgamento que demonstre exatamente como se dará a administração da ação. As razões mais comuns para negar a certificação em face da dificuldade de administração da causa diz respeito a ações que envolvam danos nacionais ou multi-estaduais e que portanto lidem com legislações muito díspares.

A doutrina aponta, no entanto, como crítica, o fato das cortes entenderem esse rol de requisitos como uma *check list*, esquecendo-se que se trata de rol meramente exemplificativo e que dá os parâmetros da indagação que deve ser feita com relação ao requisito da adequação. Segundo MULLENIX, há que se fazer, então, a seguinte pergunta: *“Superior to what? In this formulation, class counsel carry the burden of convincing the trial court that no alternative means of resolving the dispute is adequate, and that therefore the class action procedure is the only available (and therefore superior) procedural means for proceeding with the litigation”*⁹⁰.” (MULLENIX, 2003: 3). Ou seja, o intuito da lei não é criar um rol taxativo e formalista, mas auxiliar o magistrado, exemplificadamente, a avaliar a eficiência do instituto frente às outras possibilidades existentes e às particularidades do caso concreto.

A maioria dos casos que tem a certificação negada por falta do requisito de *commonality* se dão porque seria necessária a resolução de questões individuais antes de se poder ingressar nas questões comuns à coletividade. Na realidade, o momento de alteração significativa da jurisprudência norte-americana com relação ao requisito de *commonality* se deu em 2011 com o julgamento do caso *Wal-Mart v. Dukes*, já supra mencionado.

O caso envolvia cerca de um milhão e meio de empregadas e ex-empregadas das lojas *Wal-Mart*, que buscavam indenização por discriminação de gênero no ambiente de trabalho, o que significaria a violação do *Civil Rights Act* de 1964. Segundo a petição, a discriminação consistia na política de promoções e pagamento adotada por toda a rede, que significava verdadeira cultura corporativa, e que portanto tornava todas as empregadas mulheres de *Wal-Mart* vítimas dos fatos discutidos na ação.

⁹⁰ “O espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.” (GRINOVER, 2000: 6).

A Suprema Corte decidiu, em votação de 5 a 4, que o caso não cumpria o requisito da *commonality*, porquanto as questões individuais de cada membro da classe se sobrepunha à tese comum, inexistindo provas de que a prática descrita na ação resultava em uma política generalizada da empresa, de forma a causar um dano homogêneo à todas as mulheres empregadas pela ré. Na oportunidade, a Corte sedimentou o entendimento de que não é suficiente que haja a mesma questão de fato ou de direito para todos os membros da classe, sendo necessário, para a caracterização da *commonality*, que essa questão seja central para o resultado da demanda. Em *Dukes* a questão foi enfrentada da seguinte forma: a mera alegação genérica de discriminação realizada pelas representantes não seria suficiente para gerar a condenação da ré com relação a todas as envolvidas; para tanto, precisar-se-ia fazer provas do método segundo o qual cada loja incorria em discriminação, comprovando-se, dessa maneira, o dano a cada uma das empregadas.

Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte embasou-se em muito no importante artigo de RICHARD NAGAREDA, *Class Action in the Age of Aggregate Proof*, de 2009, no qual afirma:

“What matters to class certification (...) is not the raising of common ‘questions’- even in droves – but, rather the capacity of classwide proceedings to generate common answers apt to drive the resolution of the litigation. Dissimilarities within the proposed class are what have the potential to impede the generation of common answers.” (NAGAREDA, 2009: 132).

No já mencionado *Principles of the Law of Aggregate Litigation* produzido pelo ALI, prevê-se que “§2.01: *Common issues are those legal or factual issues that are the same in functional content across multiple civil claims, regardless of whether their disposition would resolve all contested issues in the litigation*”. Ou seja, determina que a previsão legal é distinta da conclusão que chegou a Suprema Corte americana no emblemático caso *Dukes*. Mas, adiante, em 2.02, propõe a reformulação da concepção do que significa questão comum para que se aplique o entendimento de que a corte deve analisar se a questão levantada pelos representantes como comum à classe avança materialmente a resolução das *multiple civil claims* de forma a atacar o centro do mérito de forma superior à qualquer outra técnica de solução de litígios.

KLONOFF pondera, no entanto, que a interpretação dada em *Dukes* não deve significar modificações com relação às ações envolvendo direitos individuais homogêneos, porquanto naqueles a existência de questões individuais é esperada e prevista na legislação quando conjuga o requisito da *commonality* com a *predominance*. (KLONOFF, 2013: 53). Segundo o professor, certamente tal requisito passará a integrar a contestação dos réus com muito mais veemência pós *Dukes*.

Uma nova doutrina propõe técnica ainda mais avançada, que busca equilibrar a preocupação apresentada em *Dukes* com o rigor na identificação da *commonality* e a eficiência na administração das demandas repetitivas. Com efeito, sugere-se que, caso sejam identificadas questões independentes a certos membros que não apresentam conexão às questões comuns, e que se sobreponham às questões comuns, admite-se realizar a *class action* para as questões comuns, utilizando-as nas demandas individuais posteriores, que discutirão as questões individuais⁹¹. Assim, cria-se segurança jurídica, dá-se celeridade às demandas individuais, e ainda permite a flexibilização da técnica. Essa proposta é possível diante da existência da *issue preclusion*, que permite a realização da coisa julgada com relação a certas questões, que passam a receber tratamento de imutabilidade quando utilizadas em demandas futuras mais abrangentes.

2.2.3 Identidade (*typicality*)

Em 23(a)(3) da Rules of Civil Procedure, prevê-se que “*the claims or defenses of the representative parties [must be] typical of the claims or defenses of the class*”. Dessa forma,

⁹¹ “The current attitude seems to be that even if the common issues do not dominate the law suits, then the appropriate response is to use the class action for those issues that are common and, thereafter, to allow the cases to be tried or settled separately: strategic advantage to the plaintiff.

See, e.g., *Robinson v. Metro-North Commuter Line*, 267 F.3d 147, 167-168 (2d Cir. 2001); see also *See, e.g., Valentino v. Carter-Wallace, Inc.*, 97 F.3d 1227, 1234 (9th Cir. 1996): ‘Even if the common questions do not predominate over the individual questions so that class certification of the entire action is warranted, Rule 23 authorizes the district court in appropriate cases to isolate the common issues under Rule 23(c)(4)(A) and proceed with class treatment of these particular issues.’ Rule 24(c)(4)(A) in turn provides that ‘an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues. . . .’ If Rule 24(c)(4)(A) is read to allow class action status to be determined issue by issue, then it makes a dead letter of the overall predominance requirement for Rule 23(b)(3) class actions, which is why this provision has been read to provide a mere “housekeeping rule” that does not upset the requirements for a Rule 23(b)(3). See *Castano v. American Tobacco Co.*, 84 F.3d 734 (5th Cir. 1996). The Supreme Court in *Amchen* appears to look at predominance in connection with the full range of anticipated issues raised in the case. *Amchen*, 521 U.S. at 622-623.” (EPSTEIN, 2003: 22)

esse requisito diz respeito à adequação do representante da classe, de modo que as suas alegações sejam representantes das alegações típicas dos representados⁹².

“A norma pressupõe que o membro da classe, por possuir um interesse pessoal e direto na lide, estará, aparentemente, apto a empreender os melhores esforços para perseguir os objetivos do grupo. O sentido teleológico do preceito é a melhor proteção dos interesses da classe e, por conseguinte, a alegação de que a parte representativa não integra o grupo significa, corolariamente, a falta da adequada representação” (CASTRO MENDES, 2002: 77).

Os tribunais americanos tem entendido que a alegação do representante não precisa ser idêntica à dos membros da classe para satisfazer o requisito de identidade, mas devem ser substancialmente similar, de modo que eventuais diferenças fáticas não significam, por si só, a ausência da identidade de causas. Novamente se tem, portanto, a abertura para análise do magistrado, caso a caso, avaliar se determinada questão é pertinente de ser levada como ação coletiva às cortes.

Uma forma adequada de se investigar a presença da *typicality* é se perguntar se o representante da classe está sujeito à mesma defesa oponível ao caso dos representados. A preocupação nesse viés é que o direito da classe não seja prejudicado por conta de uma defesa oponível tão somente ao representante, passível de enfraquecer o direito de toda a coletividade. KLONOFF pondera, no entanto, que alguns tribunais são relutantes em aplicar o teste da “defesa única” como instrumento de verificar eventual impedimento à certificação, porque isso poderia significar a análise do mérito da demanda antecipadamente. A questão do pré-julgamento do mérito na fase de certificação será alvo de análise posterior por conta da relevância da discussão no estudo contemporâneo da *class action* nos Estados Unidos.

O que se entende na maioria dos casos é que o teste que se deve fazer é se a defesa pode potencialmente significar uma questão de relevante importância no julgamento do caso e construção da conclusão. Se as questões relevantes opostas ao representado não forem comuns à coletividade, então não se tem presente o requisito da identidade. Como exemplo,

⁹² “The difficulties with respect to damage class actions quickly raise the question of aggregation versus distortion. One possible approach is to let the chips fall where they may. The first thing that the Court does is to find out the full level of heterogeneity among class members by taking the substantive law as it is, and not as it might become. If the differences are too large, then the class action fails, either because there are no ‘typical’ claims to meet the threshold requirements for any class action under Rule 23 (a) or because it is not possible to meet the predominance requirement under Rule 23 (b)(3).” (EPSETEIN, 2003: 23)

KLONOFF sugere a hipótese de, em uma *class action* que discute discriminação por raça, o representante ter sido demitido não por causa de sua raça, mas porque foi pego roubando da empregadora. Nessa proposta hipotética, a defesa de que o furto é causa suficiente para a demissão e não importa em preconceito racial poderia prejudicar toda a classe, que não foi envolvida nessa particularidade fática⁹³.

Interessante ressaltar que a eventual inobservância do requisito de identidade no caso pode não necessariamente significar a decertificação da classe. O magistrado, de acordo com a análise do caso concreto, pode subdividir o grupo em subclasses, de modo a garantir a uniformização das classes e não afastar por completo a *class action*. Exemplifica CASTRO MENDES, no tema, o caso *La Mar v. H. & B. Novelty & Loan Co.*, no qual uma ação discutindo perdas e danos por agiotagem foi subdividida em subclasses para que as partes representativas só efetuassem a defesa das vítimas que tivessem sido enganadas pelo mesmo agiota, de modo que eventual questão de fato particular à relação jurídica de um agiota com as suas vítimas não prejudicasse a ação envolvendo outro agiota e suas respectivas vítimas.

2.2.4 Representatividade adequada⁹⁴

Certamente um dos requisitos de procedibilidade mais importantes da *class action*, juntamente com a *commonality*, é aquele previsto em 23(a)(4). A regra prevê que “*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

Essa previsão é exatamente o centro da legitimação constitucional das ações de representação. É a representatividade adequada que confere devido processo legal⁹⁵ ao

⁹³ “*the representatives would be subject to substantial cross-examination on these unique facts, and those facts could jeopardize the outcome of the case for the entire class. Each situation must be evaluated on its own facts, however, and courts differ as to how rigidly they approach the issue.*” (KLONOFF, 2004: 48/49).

⁹⁴ “*Quality representation is a critical component of the procedural system, without which the system cannot efficiently compensate injuries or deter misconduct. The adversarial process operates on two assumptions. The first, that trial outcomes will be unbiased, means that they will tend to attach legally appropriate values to claims and that deviations from appropriate values (errors) will not systematically favor particular interests. The second assumption is that the predictability of unbiased trial outcomes will enable opposing parties to settle ‘in the shadow of the law’ at prices reflecting those courts would attach.*” (Principles of the Law of Aggregate Litigation, §1.05: 68)

⁹⁵ “*The requirement of adequate representation is a creature of due process that exists in class actions and other representational lawsuits where parties stand in judgment on behalf of others. A party can be bound when given notice and an opportunity of others. A party can be bound when a given notice and an opportunity to be heard. Speaking generally (and specifically excluding criminal prosecutions and special cases involving persons of*

procedimento coletivo não presencial, afastando a alegação de que somente o indivíduo envolvido na demanda tem legitimidade para ingressar com uma ação para tutelar seu direito – ubiquidade da jurisdição ou *one day in court*.

Resumidamente, de acordo com a teoria da representatividade adequada, havendo um ou mais de um litigantes que atuem ativamente no processo e que sintetizem nos seus os interesses dos representados, sem apresentar qualquer óbice de natureza objetiva ou subjetiva, resta suprida a necessidade de atuação presencial do membro da classe, sem que isso signifique tirar dele o direito de acesso ao Judiciário ou do devido processo legal. Em outras palavras, é a representatividade adequada que legitima toda a *class action*, nos Estados Unidos, e a ação civil pública, no Brasil – já se fazendo a correlação entre os sistemas, que se verá mais adiante.

De acordo com ROBERT G. BONE

“Adequacy of representation is a central concept in the law of the case aggregation. Not surprisingly, it plays an important role in the final report of the American Law Institute’s (‘ALI’) Principles of Law the Law of Aggregate Litigation (‘Principles’) project. Ever since the seminal case of Hansberry v. Lee, the conventional wisdom has been that a nonparty (B) can sometimes be bound to the result of litigation choices made by a party (A) if A adequately represents B’s interests in the litigation. This principle forms the cornerstone of the modern class action and also supports some forms of nonparty preclusion in nonclass suits” (BONE, 2011: 577).

A representatividade adequada compõe-se de duas partes: uma relativa às partes que atuam como representantes da coletividade envolvida na lide e a outra relativa aos advogados que patrocinam demanda. Na verificação do requisito, por sua vez, devem ser observadas características de natureza objetivas e subjetivas, tanto com relação aos representantes como com relação aos advogados.

KLONOFF pondera que o representante adequado não deve ser entendido como o melhor representante possível da classe. Ou seja, não há se recusar a certificação de uma *class*

deficient capacity), outside of representational lawsuits the law generally assumes that parties always adequately represent themselves. This assumption may be incorrect in non-class aggregate lawsuits because of deficient incentives, conflicts of interests, or other reasons. This Section does not change the law of due process, but it does encourage judges to ensure that all parties and represented persons are represented adequately.” (Principles of the Law of Aggregate Litigation, §1.05: 58).

action porque comprovado que outro seria o melhor representante. Há, no entanto, que se demonstrar que o(s) autor(es) são adequados o suficiente para figurar na demanda ativamente de modo a defender o interesse de todos os membros da classe não presentes, e não representarem nenhum empecilho à defesa de seus interesses. Esse entendimento foi estabelecido no caso *Hansberry v. Lee*⁹⁶, de 1940. Na oportunidade, a corte sustentou que, *verbis*:

“In all such cases, so far as it can be said that the members of the class who are present are, by generally recognized rules of law, entitled to stand in judgment for those who are not, we may assume for present purposes that such procedure affords a protection to the parties who are represented though absent, which would satisfy the requirements of due process and full faith and credit. (...) Nor do we find it necessary for the decision of this case to say that, when the only circumstance defining the class is that the determination of the rights of its members turns upon a single issue of fact or law, a state could not constitutionally adopt a procedure whereby some of the members of the class could stand in judgment for all, provided that the procedure were so devised and applied as to insure that those present are of the same class as those absent and that the litigation is so conducted as to insure the full and fair consideration of the common issue.

(...)

It is quite another to hold that all those who are free alternatively either to assert rights or to challenge them are of a single class, so that any group merely because it is of the class so constituted, may be deemed adequately to represent any others of the class in litigation.

⁹⁶ O caso envolvia agricultores de Chicago que acordaram em aplicar restrições raciais à realização de negócios jurídicos na região. De acordo com a estipulação, durante um certo período, as terras da região não poderiam ser vendidas, locadas ou ocupadas por nenhuma pessoa de cor. No entanto, o acordo perderia a eficácia caso não se atingisse 95% de assinaturas, o que de fato nunca ocorreu – foram obtidas cerca de 54% de signatários entre todos os donos de terra da região. Não obstante, em uma primeira *class action* envolvendo o tema, a corte regional determinou erroneamente que as condições de validade do acordo estavam preenchidas, de modo que o mesmo era aplicável. Posteriormente, uma segunda *class action* foi ajuizada por Lee, um dono de terra da região, que afirmou que a ré Hansberry, uma mulher negra que adquirira um terreno na região, havia descumprido o acordo firmado entre os membros da classe que representava. A questão central discutida no recurso à Suprema Corte residia no fato da questão relativa à validade do acordo já ter sido discutida em outra ação, envolvendo outros membros, discutindo-se, assim, a possibilidade de identificar tal questão (a validade do acordo) como estabilizada pela coisa julgada aplicando-a sem rediscussão aos membros da segunda *class action* (*issue preclusion*). A Suprema Corte entendeu que a questão debatida não era comum à classe presente na ação sub judice e aquela julgada anteriormente, de modo que aplicar a coisa julgada com relação à essa questão significaria violar o princípio do devido processo legal. Mas, para tanto, estabeleceu importantes premissas, utilizadas posteriormente em outros julgados, como, por exemplo: *“In all such cases, so far as it can be said that the members of the class who are present are, by generally recognized rules of law, entitled to stand in judgment for those who are not, we may assume for present purposes that such procedure affords a protection to the parties who are represented though absent, which would satisfy the requirements of due process and full faith and credit (...) Nor do we find it necessary for the decision of this case to say that, when the only circumstance defining the class is that the determination of the rights of its members turns upon a single issue of fact or law, a state could not constitutionally adopt a procedure whereby some of the members of the class could stand in judgment for all, provided that the procedure were so devised and applied as to insure that those present are of the same class as those absent and that the litigation is so conducted as to insure the full and fair consideration of the common issue.”*

ing their interests in either alternative. Such a selection of representatives for purposes of litigation, whose substantial interests are not necessarily or even probably the same as those whom they are deemed to represent, does not afford that protection to absent parties which due process requires. The doctrine of representation of absent parties in a class suit has not hitherto been thought to go so far. (...) Apart from the opportunities it would afford for the fraudulent and collusive sacrifice of the rights of absent parties, we think that the representation in this case no more satisfies the requirements of due process than a trial by a judicial officer who is in such situation that he may have an interest in the outcome of the litigation in conflict with that of the litigants."

Os “empecilhos” supramencionados, entendidos como verdadeiros pressupostos negativos, significam que os representantes não podem, de forma alguma, possuir interesses antagonistas aos interesses dos membros da classe. Além disso, objetivamente impõe-se que o representante não tenha qualquer relação pessoal com o advogado⁹⁷ ou com o réu, de forma a evitar fraudes ou abusos decorrentes da posição do representante como tal, bem como para que se garanta que o representante funcione como corregedor da atuação do advogado que patrocina a causa.

Ademais, o representante deve integrar efetivamente a demanda⁹⁸, ou seja, deve ser também parte do processo, diferenciando-se dos demais membros da classe somente pelo fato de integrar ativamente o processo, manifestando-se nos autos, ao passo que os outros membros são partes virtuais.

A orientação de *Principles*, sugerida pelo American Law Institute no tema, é de que *“because the principals lose control when litigation managers are empowered, aggregate proceedings raise fears of inadequate representation. To address these fears, judges should*

⁹⁷ *“An obvious function of the class action representative is to act as a check on the attorneys, as an additional assurance that in any settlement or other disposition the interest of the members of the class will take precedence over those of the attorneys. This would seem to require that the class representative shall have some measure of independence from the attorneys, or at least not be the alter ego of the attorneys.”* (Caso *Tanzer v. Turbodine Corp.*, 1979)

⁹⁸ *“The point of this fairy tale is not to defend the proposition the holders of rights of action should not be the people who hold the initial substantive entitlement. It is rather to show that no necessary or logical contradiction arises from the simple fact of that separation. Putting the matter in this particular fashion thus requires us to think hard about the question of who gets the right to sue, and why. It thus forces us to fashion a functional explanation for the unity of substantive and remedial rights, which in turn leaves open the possibility that this unity may be desirable in most cases, but not in all. The conceptual difficulty of this exercise has real payoff in understanding some of the peculiar features of class actions. But for the moment I shall defer dealing with that question, and ask the simpler point, how do we make a case for the ‘self-evident’ proposition that A should have the cause of action for the violation of A’s rights.”* (EPSTEIN, 2003: 6)

use a variety of tools to encourage litigation managers to pursue principals' interests, while adhering to the usual and customary norms of judicial neutrality." (Principles, §1.05). Assim, para que o juiz garanta a completitude de representação adequada, o texto orienta que os magistrados limitem o controle das partes e representados sobre a ação, de modo a não prejudicar a administração do processo. Além disso, podem afastar e indicar os indivíduos que acreditam melhor atender o requisito da representação adequada, afastando aqueles que não cumprem os requisitos.

O mesmo requisito se exige não só daquele que figura ativamente como parte no processo, substituindo processualmente os membros da classe envolvida na demanda (seja como autora ou ré), mas também do advogado que representa a classe. A exigência referente ao advogado está expresso em 23(g), mas diz respeito também à adequação da representação, porquanto o causídico deve estar pronto a assumir uma demanda de tamanha complexidade e volume.

De acordo com a regra prevista em 23(g), o advogado indicado pelas partes deve *"fairly and adequately represent the interests of the class"*. Para tanto, a lei expressamente indica que o magistrado deve observar se o advogado tem experiência em administrar e litigar ações coletivas ou outras *complex litigations*, bem como demandas envolvendo as mesmas questões de fato ou de direito apontadas na inicial; se o advogado possui recursos financeiros para aguentar o peso financeiro da demanda; e se há algum impedimento ético ou pessoal que possa macular o advogado como representante técnico adequado.

Observando tais requisitos, o magistrado pode afastar o advogado indicado pelas partes representantes e indicar um outro, que entenda mais adequado à função - como se tem no ordenamento brasileiro, por exemplo, com o administrador da recuperação judicial e falência. Essa é, claramente, mais uma manifestação do ativismo judicial⁹⁹ permitido e esperado dos juízes nas *class actions*. Evidentemente, entretanto, que tais alterações feitas pelo magistrado, seja nos representante ou nos advogados, devem ser precedidas de amplo contraditório.

⁹⁹ *"The extent of judges' power to manage litigation may vary from one type of proceeding to another. Historically, judges have had extensive power to manage class actions, but less power to manage other aggregations. In recent years, judges have expanded their authority to manage non-class aggregations, however, and differences between types of proceedings have been blurred."* (Principles of the Law of Aggregate Litigation, §1.05: 57).

A noção que permite a “entrega” do direito de acesso à justiça individualmente (ubiquidade da jurisdição) à coletivização não é absolutamente difundida e aceita em todas as jurisdições ou por todos os operadores do direito. Muitas ressalvas são feitas com relação a essa técnica por se afastar do modelo tradicional de processo calcado no individualismo, conforme previu CHIOVENDA, o que se dá não só nos países de *civil law* – menos acostumados com o processo coletivo – mas também nos Estados Unidos¹⁰⁰.

É exatamente nessa “desconfiança” com a representação que se assenta a maior problemática com relação aos meios de solução de demandas repetitivas. É preciso que se tenha em mente que os princípios que norteiam o processo coletivo e as demandas de massa não são os mesmos que regem o procedimento individual tradicional.

“The approach overlooks the crucial distinction between rights-based and utilitarian balancing and, in so doing, overly simplifies the analysis. A utilitarian balance can take account of social costs to limit procedure even at the margin, whereas a rights balance makes room for social costs only when they are very substantial (and even then not in an entirely consistent way). The distinction matters for how we should conceive adequate representation from both process-based and outcome-based perspectives.” (BONE, 2011: 579).

A vertente utilitarista da administração de litígios é adotada pelo ALI em *Principles* (vide 1.04)¹⁰¹.

¹⁰⁰ “As for the first point, although designing procedures to ensure good outcomes is no easy task, the main obstacle to class treatment historically has not so much been far of bad outcomes, but concern about depriving absent class members of their own day in court. Guaranteeing a personal day in court is partly about outcome quality, but what makes the day-in-court right such a problem for the class action is its connection to process-based values, such as legitimacy and respect for the dignity of individual litigants. Any normative account of adequate representation, therefore, must explain how representation can substitute for a personal day in court and satisfy process based values” (BONE, 2011: 578).

¹⁰¹ “The net value of a group of claims for monetary relief is the portion of any payment remaining after litigation costs, including attorney’s fees, are paid. Maximizing this value is a central objective of aggregate litigation primarily because it is a matter claimants normally care about greatly when litigating. Claimants who directly hire attorneys through individual contractual negotiations typically promise contingent-percentage fees partly to reward lawyer for obtaining higher values. This is true both when claimants sue individually and when they sue in groups.

(...)

Normatively, compensation is an important objective of most lawsuits brought to obtain monetary relief. The procedural system achieves corrective civil justice by requiring wrongdoers to pay compensation and by enabling victims to obtain it. Compensation also plays an essential practical role by making it profitable for persons with valid civil claims to sue for relief. Given the cost of litigation, it normally is economically disadvantageous to sue for vindication alone. This Section recognizes the normative importance of compensation and the practical need to maintain incentives for litigation by identifying compensation as an objective of aggregate lawsuits.

(...)

Esse aspecto individualista do processo é ainda mais forte no Brasil, por conta tanto de uma cultura individualista como um todo – vislumbrável não só no direito, mas em todas as esferas político-sociais – mas também de um histórico de desenvolvimento do processo civil baseado nos ensinamentos clássicos da escola civilista italiana (CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI, LIEBMAN etc). É, assim, mais difícil convenceremos o operador do direito, em todas as esferas, Judiciário, academia, advocacia, de que a ubiquidade da jurisdição pode ser afastada se preenchido requisito da representatividade adequada, e que isso não significa só permitir a existência de ações coletivas, mas também que elas surtirão efeitos de cunho preclusivo com relação a seus representados.

Está, nesse escopo, a importância da representatividade adequada não se restringe ao fato de que legitima a *class action*, mas porque permitem a vinculação dos efeitos do julgamento aos representados de modo a criar litispendência e coisa julgada com relação às ações individuais¹⁰² – feitas as ressalvas de *opt-in*, *opt out* e *mandatory class action* que se verão a seguir.

De acordo com RICHARD NAGAREDA e JAY TIDMARSH¹⁰³, a representação só se verifica adequada de modo a poder produzir efeitos vinculativos aos membros da classe quando demonstrado que o litigante/representante e o advogado podem litigar em nome do

Participants in aggregate proceedings often value the opportunity to express themselves and to participate in the legal process of vindication. However, the cost and value of expression may vary from one proceeding to another. When regulating opportunities for expression, it is appropriate to take account of both their costs and their benefits.” (Principles of the Law of Aggregate Litigation, §1.04: 48/50)

¹⁰² Em Taylor v. Sturgell, caso julgado em 2008 pela Suprema Corte norte americana, definiu-se as hipóteses em que se admite a extensão da coisa julgada à terceiros: “*The rule against nonparty preclusion is subject to exceptions, grouped for present purposes into six categories. First, “[a] person who agrees to be bound by the determination of issues in an action between others is bound in accordance with the [agreement’s] terms.” Restatement (Second) of Judgments §40. Second, nonparty preclusion may be based on a pre-existing substantive legal relationship between the person to be bound and a party to the judgment, e.g., assignee and assignor. Third, “in certain limited circumstances,” a nonparty may be bound by a judgment because she was “adequately represented by someone with the same interests who [wa]s a party” to the suit. Richards, 517 U. S., at 798. Fourth, a nonparty is bound by a judgment if she “assume[d] control” over the litigation in which that judgment was rendered. Montana v. United States, 440 U. S. 147. Fifth, a party bound by a judgment may not avoid its preclusive force by relitigating through a proxy. Preclusion is thus in order when a person who did not participate in litigation later brings suit as the designated representative or agent of a person who was a party to the prior adjudication. Sixth, a special statutory scheme otherwise consistent with due process—e.g., bankruptcy proceedings—may “expressly foreclos[e] successive litigation by nonlitigants.” Martin v. Wilks, 490 U. S. 755, n. 2. Pp. 10–13.*” (sem grifo no original)

¹⁰³ Nesse sentido, ver Nagareda, Richard. *Administering Adequacy in Class Representation*. Tex. L. Rev. 287, 2003; e Tidmarsh, *Rethinking Adequacy of Representation*, Tex. L. Rev. 1137, 2009.

representado de forma a garantir um resultado que poderia ser atingido se o representado estivesse litigando individualmente; além disso, a representação não pode significar a vinculação do representado a acordos ruins ou negociações suspeitas.

A preocupação com a representação é tamanha que parte da doutrina defende a possibilidade dos membros da classe contestarem o representante indicado, bem como o advogado constituído para defendê-los. Não parece absurda tal orientação, de modo que as consequências de uma má-representação em *class action* podem significar a perda do direito de ação individual com relação aos fatos envolvidos na demanda coletiva, dentre muitos outros mencionados ao longo deste trabalho. Entretanto, há que se atentar para a existência de parte da doutrina norte-americana que defende que em nenhum momento os membros da classe possam contestar a indicação dos representantes ou do advogado indicado para patrocinar a causa, porquanto ao magistrado já é conferido o ônus legal de verificar a adequação da representação. Essa posição aparenta ser extrema demais e retira a legitimidade das demandas por representação de legitimados extraordinários como meio de solução de conflitos repetitivos.

De qualquer maneira é relevantíssimo que se se defina o momento em que aimpugnação do representante ou advogado poderia ocorrer, sob pena de colocar à prova a segurança jurídica de toda a *class action*. Com efeito, em *Principles*, o ALI se posiciona no sentido de ser contra a possibilidade de impugnação dos representados contra o representante ou advogado constituído após a certificação. De acordo com o estudo, a decisão que resolve o cabimento da agregação em uma determinada demanda, como ocorre na fase de certificação, tem efeitos de preclusão consumativa para os representados, “*unless challenged on direct appeal*”. Ou seja, depois de estabilizada a fase de certificação não se mais admite a rediscussão da representação adequada. (Principles, §2.07)

Insta frisar, no entanto, que a objeção deve sempre ser vista como exceção no procedimento das *class action*, porque atrasam ainda mais o desenvolvimento do feito e põe em cheque a legitimidade de toda a demanda. Dessa maneira, WOLLEY afirma que o entendimento de que os membros da classe representados devem sempre participar da demanda de alguma forma, mesmo que por meio da impugnação à representação adequada, vai contra o próprio conceito da ação representativa. Com efeito, no caso *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, importante precedente que contrapõe os direitos individuais aos da coletividade,

em 1985, a corte afirmou que “*an absent class action plaintiff is not required to do anything. He may sit back and allow the litigation to run its course, content in knowing that there are safeguards for his protection.*”

2.2.5 Definição da classe

A jurisprudência moderna norte-americana já impunha, antes de 2003, que o(s) autor(es) identificassem quem compunha a classe envolvida na demanda como parte dos requisitos para certificação, não previsto em 23(a). Finalmente, em 2003, a regra criada pelo costumes das cortes foi integrada à norma legal. Emendou-se, assim, a *Rule 23* para incluir o requisito de 23(c)(1)(B), que exige “*an order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses*”.

O requerimento é bastante pertinente porquanto indica à corte quem são os envolvidos na demanda; quem será afetado por ela em termos de *preclusion*, quem deverá ser notificado, qual o escopo da classe etc. Os critérios exigidos são de que a definição da classe seja precisa, de forma que o juiz possa determinar quais são os indivíduos que devem ser notificados e quem será atingido pela coisa julgada e pela litispendência com relação àquela ação. De acordo com KLONOFF, expressões muito vagas, como “*the class affected by defendants’ dischard of pollutants*” ou “*individuals active in the peace movement*”, não tem sido aceitas pelas cortes americanas como suficientes para preencher a exigência de definição da classe. Acrescenta KLONOFF que a definição não deve tampouco se basear em características psicológicas dos representados, *e.g.*, indivíduos que acreditam terem sido afetados pela poluição gerada pelo réu. Por fim, afirma que a definição não pode depender da resolução do mérito para ser verificada, como ocorreria no caso de uma classe definida pelos indivíduos que sofreram danos causados pelo réu.

A melhor técnica para a definição de uma classe seria, dessa maneira, aquela que foca na conduta supostamente praticada pelo réu, devendo ser esta descrita com relação à identificação geográfica, temporal ou por quaisquer outros parâmetros objetivos que sirvam a limitar a classe (por exemplo: o grupo representado nessa *class action* diz respeito a todos os homens, mulheres e crianças, que sofreram danos físicos possivelmente decorrentes de um derramamento de pesticida no lençol freático do município de Ourinhos, entre o período de janeiro e março de 2000).

2.3 LIMITES DA COISA JULGADA E LITISPENDÊNCIA NA *CLASS ACTION*

Conforme visto anteriormente, os mecanismos de agregação possuem três finalidades precípuas¹⁰⁴: (a) garantir o acesso à justiça a litigantes cujas causas representam valores inferiores ao custo do processo – custo aqui entendido não somente o valor monetário, mas a alocação de tempo e energia necessários ao indivíduo para ajuizamento e condução de uma ação judicial – o que torna essas técnicas verdadeiros mecanismos de economia de escala; (b) agrupar demandas semelhantes para resolução una de forma a permitir a realização da economia processual e consequentemente reduzir o volume de processos nos gabinetes; e (c) fomentar a isonomia e a segurança jurídica por meio do julgamento uno e igualitário a todas as lides semelhantes, afastando possíveis inconsistências nos julgados.

A simples possibilidade de agrupamento das demandas em uma, levada ao Judiciário por representante adequado, permite, *per se*, a concretização do acesso à justiça, porquanto todos aqueles que não poderiam levar sua demanda à solução estatal pelo pequeno valor envolvido, teriam a possibilidade de fazê-lo com o oferecimento da agregação. No entanto, para a realização das outras duas finalidades das técnicas de agregação, economia judiciária e segurança jurídica, a simples possibilidade de resolução em conjunto não é suficiente.

Com efeito, para que se concretizem efetivamente os resultados esperados das técnicas de resolução de demandas repetitivas concernentes à redução do volume de processos no Judiciário e à segurança jurídica (molecularização das demandas) é necessário mais do que a simples possibilidade de agregação. É imperioso que os titulares das demandas individuais repetitivas sejam afetados efetivamente pelo resultado das ações agregadas. Ou seja, de nada adianta a previsão de técnicas de agregação, por mais sofisticadas que sejam, se, juntamente a elas, puderem ser ajuizadas as inúmeras demandas individuais relativas aos mesmos fatos

¹⁰⁴ “A class action is simply, when all else is stripped away, a state-created procedural device for extinguishing claims of individuals held at quite a distance from the ‘day in court’ ideal of Anglo-American jurisprudence. Regardless of whether a case is won or lost, or (more likely) settled along the way, the class action serves to provide closure and repose across the aggregated individual claims.” (ISSACHAROFF, 2002: 102).

jurígenos ou se após o julgamento da demanda coletiva possa ser rediscutida a matéria em outra ação coletiva ou em outras ações individuais.

Para afastar essa problemática é que existem os mecanismos preclusivos, *lato sensu*. A vinculação dos efeitos das técnicas de agregação podem se dar de duas maneiras, extensão da coisa julgada e litispendência. É o que nos Estados Unidos se chama de *preclusion effect*. E é exatamente quando se fala na extensão da coisa julgada aos representados e da litispendência entre ação coletiva e individuais que reside o maior número e intensidade de debates e desentendimentos. Isso porque a discussão põe em cheque exatamente a ponderação entre direitos individuais – ubiquidade da justiça – e o interesse coletivo já comentado anteriormente e de tão difícil resolução¹⁰⁵.

¹⁰⁵ "It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process. *Pennoyer v. Neff*, 95 U. S. 714; 1 *Freeman on Judgments*, 5th Ed., § 407. A judgment rendered in such circumstances is not entitled to the full faith and credit which the Constitution and statute of the United States, R.S. § 905, 28 U.S.C. § 687, prescribe, *Pennoyer v. Neff*, supra; 59 U. S. Co. v. French, 18 How. 404; *Hall v. Lanning*, 91 U. S. 160; *Baker v. Baker, E. & Co.*, 242 U. S. 394, and judicial action enforcing it against the person or property of the absent party is not that due process which the Fifth and Fourteenth Amendments requires. *Postal Telegraph-Cable Co. v. Newport*, 247 U. S. 464; *Old Wayne Mut.L. Assn. v. McDonough*, 204 U. S. 8.

To these general rules there is a recognized exception -- that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a "class" or "representative" suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it. *Smith v. Swarmstedt*, 16 How. 288; *Royal Arcanum v. Green*, 237 U. S. 531; *Hartford L. Ins. Co. v. Ibs*, 237 U. S. 662; *Hartford Life Ins. Co. v. Barber*, 245 U. S. 146; *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, 255 U. S. 356; cf. *Christopher v. Brusselback*, 302 U. S. 500.

The class suit was an invention of equity to enable it to proceed to a decree in suits where the number of those interested in the subject of the litigation is so great that their joinder as parties in conformity to the usual rules of procedure is impracticable. Courts are not infrequently called upon to proceed with causes in which the number of those interested in the litigation is so great as to make difficult or impossible the joinder of all because some are not within the jurisdiction, or because their whereabouts is unknown, or where, if all were made parties to the suit, its continued abatement by the death of some would prevent or unduly delay a decree. In such cases, where the interests of those not joined are of the same class as the interests of those who are, and where it is considered that the latter fairly represent the former in the prosecution of the litigation of the issues in which all have a common interest, the court will proceed to a decree.

It is evident that the considerations which may induce a court thus to proceed, despite a technical defect of parties, may differ from those which must be taken into account in determining whether the absent parties are bound by the decree or, if it is adjudged that they are, in ascertaining whether such an adjudication satisfies the requirements of due process and of full faith and credit. Nevertheless, there is scope within the framework of the Constitution for holding in appropriate cases that a judgment rendered in a class suit is *res judicata* as to members of the class who are not formal parties to the suit. Here, as elsewhere, the Fourteenth Amendment does not compel state courts or legislatures to adopt any particular rule for establishing the conclusiveness of judgments in class suits; cf. *Brown v. New Jersey*, 175 U. S. 172; *Brown v. Mississippi*, 297 U. S. 278; *United Gas Public Service Co. v. Texas*, 303 U. S. 123; *Avery v. Alabama*, 308 U. S. 444, 308 U. S. 446-447, nor does it compel the adoption of the particular rules thought by this court to be appropriate for the federal courts." (*Supreme Court dos Estados Unidos no caso Hansberry v. Lee*, 1940)

Conforme já supra discutido, antes de se chegar a qualquer conclusão com relação ao regramento e efeitos das técnicas de agrupamento de demandas é preciso que se tenha em mente que os princípios que regem o processo civil individual são distintos daqueles que regem o processo civil coletivo¹⁰⁶. É por tal motivo, inclusive, que em 2005 lançou-se no Congresso brasileiro uma proposta para a criação de Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo capitaneado pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, pela UERJ e UNESA, pois faltava (e ainda falta, visto que o projeto foi arquivado), um sistema de normas que entenda a tutela coletiva como uma vertente processual separada da individual, cujos pressupostos são distintos¹⁰⁷.

Nos Estados Unidos, o caso *Hasberry v. Lee*, julgado pela Suprema Corte em 1940, foi a primeira oportunidade em que se tratou do confronto entre devido processo legal e os limites subjetivos da coisa julgada naquele ordenamento. Naquela ocasião afirmou-se que os limites internos da coisa julgada poderiam ser flexibilizados para atingir aqueles que não tivessem figurado como parte ativa na ação, desde que fosse observada a garantia da representação adequada. Esse debate foi travado novamente em muitas outras oportunidades, com diferentes nuances, em casos importantes como *Amchem Products, Inc. v. Windsor* e *Ortiz v. Fibrebord*, e ainda hoje não há consenso quando à aplicação e extensão do sistema de vinculação dos membros representados da classe pelo resultado da *class action*, seja quanto à sentença transitada em julgado ou quanto a eventual acordo homologado.

¹⁰⁶ “O denominado processo de âmbito coletivo apresenta, assim, uma ruptura à barreira imposta pelo art. 6.º do CPC (LGL/1973/5): aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituto entre partes (*Sache der Parteien*), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo Judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX.

Suplantada essa concepção, pode-se alvitrar um processo com escopos sociais bem mais nítidos, um processo de conotação mais pública do que privada. Em nosso atual direito positivo, no contexto da denominada *tutela jurisdicional da liberdade*, o micro sistema formado, em particular, pelas leis que regulamentam a ação popular (Lei 4.717/65), a ação civil pública (Lei 7.347/85), a ação de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e as ações para proteção dos consumidores (Lei 8.078/90) e dos investidores do mercado de capitais (Lei 7.913/89), têm regras próprias, que interagem com a legislação processual codificada, mantendo com essa estrito relacionamento no que se refere ao procedimento e às peculiaridades processuais.” (CRUZ E TUCCI, 2007: 43)

¹⁰⁷ “Vinte anos de experiência de aplicação da Lei da Ação Civil Pública, quinze de Código de Defesa do Consumidor, numerosos estudos doutrinários sobre a matéria, cursos universitários, de graduação e pós graduação sobre processos coletivos, inúmeros eventos sobre o tema, tudo autoriza o Brasil a dar um novo passo rumo à elaboração de uma Teoria Geral dos Processos Coletivos, assentada no entendimento de que nasceu um novo ramo da ciência processual, autônomo na medida em que observa seus próprios princípios e institutos fundamentais, distintos dos princípios e institutos do direito processual individual.” (GRINOVER, 2007: 11).

No sistema processual norte americano adotam-se três tipos de sistema de vinculação nas demandas que utilizam técnicas de agregação, quais sejam a *mandatory class action*, o *opt out* e o *opt in*¹⁰⁸. Na primeira técnica, a *mandatory class action*, o resultado da ação será sempre vinculativo aos membros da classe envolvida, seja qual for a implicação (positiva ou negativa), criando litispendência e fazendo coisa julgada com relação às causas individuais envolvendo a mesma questão jurídica; o sistema do *opt out* também é um método que privilegia a vinculação e a formação da coisa julgada extensiva aos indivíduos. No entanto, o *opt out* permite que os representados extromitam-se da ação se assim desejarem, não sendo atingidos, nem positiva nem negativamente, pelo resultado da demanda de massa. A última forma, da *opt-in*, não pressupõe agregação, mas admite ao corpo da ação coletiva somente os indivíduos que expressamente manifestarem seu interesse de integrar a classe. Assim, todos aqueles que silenciarem restarão fora da ação, ao contrário do sistema de *opt out* no qual o silêncio presume a vinculação.

Em importante estudo sobre o tema, DAVID BETSON e JAY TIDMARSH explicam que:

“One of the most enduring and nettlesome of these issues is the right of class members to opt out of a class action—an issue that is caught up in the more general question of the optimal size of aggregation. The majority of class actions are opt out class actions, in which class members can leave the class, rather than mandatory class actions, in which class members cannot exclude themselves. As a rule of thumb, to which several important exceptions exist, class actions that principally seek monetary relief are opt out class actions, while class actions that principally seek injunctive relief are mandatory.” (BETSON and TIDMARSH, 2011: 542).

Conforme a lição supratranscrita, a utilização de cada um dos sistemas de vinculação depende do tipo de direito tutelado pela ação. As *class actions* certificadas como *Rule 23(b)(1)* e *(b)(2)* são regidas pela vinculação obrigatória, *mandatory class action*, porquanto o

¹⁰⁸ Historicamente, as técnicas de agregação de demandas repetitivas conhecidas como *equity rules* eram todas obrigatoriamente vinculantes. Em outras palavras, o resultado da ação coletiva sempre vinculava os indivíduos envolvidos na mesma questão jurídica. A previsão de *opt out*, ou seja, a possibilidade do representado deixar a classe, não sendo dessa forma tocado pela coisa julgada ou pela prevenção, veio só em 1966, com a criação da *class action* moderna. A previsão se deu com relação às ‘*spurious class action*’ em que se tutelavam direitos individuais homogêneos – hipótese essa posteriormente alterada para a *class action for damages* prevista em *23(b)(3)*.

direito tutelado nessas ações é difuso ou coletivo (*strito sensu*) e, assim, indivisível¹⁰⁹. Dessa feita, não se vislumbra conflito de interesse entre os individuais na demanda, motivo pelo qual não haveria prejuízo na vinculação e na criação de litispendência. Insta frisar, entretanto, que a emenda à *Rule 23* realizada em 2003 previu a possibilidade do juiz, diante do caso concreto, permitir a alteração do sistema de *mandatory class action* para *opt out*, se as circunstâncias fáticas do caso concreto assim requeressem – especialmente nas hipóteses em que a *injunctive* e *declaratory class action* fossem cumuladas com *class action for damages*.

No entanto, com relação aos casos certificados como 23(b)(3), ou seja, *mass tort cases*, por tutelarem direitos individuais homogêneos, são regidos pelo sistema de *opt out*. De tal modo, todos os representados pela *class action for damages* estarão vinculados à coisa julgada e à litispendência, ficando-lhes vedado o ajuizamento de ação individual para a discussão da mesma questão debatida na ação coletiva, a não ser que expressamente optem por deixar o grupo, exercendo seu direito de *opt out* (direito de extromissão).

O direito de extromissão previsto nas *class actions for damages* pode ser utilizado por qualquer potencial membro da classe, sem que para tanto o indivíduo deva explicar o porquê de querer deixar a classe, bastando manifestar seu desejo de exclusão para que não se operem com relação a ele quaisquer efeitos do julgamento ou do acordo. Isso quer dizer que aquele que optou por não participar da ação coletiva não poderá executar a sentença ou o acordo realizado no âmbito da *class action*, mas evidentemente que o julgamento da demanda coletiva poderá ser observado como precedente – não vinculante – o que lhe será uma vantagem, ou desvantagem, dependendo do resultado obtido no processo coletivo.

O pleito de extromissão é normalmente feito dentro de sessenta dias da notificação de ajuizamento da *class action*, mas a jurisprudência tem permitido à corte analisar a viabilidade de exclusão de um representado após esse período. Aliás, tem-se permitido¹¹⁰ inclusive que a extromissão seja realizada após a celebração do acordo entre representante e réu, questão ainda bastante controvertida na doutrina americana.

¹⁰⁹ “The key to this approach is to divide the world of aggregate litigation between those claims that would, absent transaction costs and consideration of efficiency, belong to individuals on the one hand, and those in which individuals cannot be thought of independent of the collectivity.” (ISSACHAROFF, 2002: 111).

¹¹⁰ “Courts have discretion to allow opt outs that were not filed in a timely manner, although normally a court should require good cause for deviating from the deadline set forth in the notice.” (KLONOFF, 2004: 170).

Em *Principles*, explica-se que o fundamento para distinguir uma ação como obrigatoriamente vinculante ou como *opt out* reside na natureza do direito por ela tutelado: se o direito for indivisível¹¹¹, então a opção de extromissão não é obrigatória. No entanto, se o direito foi divisível, então os membros da classe representada deterão o direito de optar por deixar a aglomeração e ajuizar sua própria demanda individual (*Principles*, §2.04).

Inicialmente, pode-se conceber o regime americano de vinculação de demandas coletivas como dotado de eficiência, bem como de garantias de devido processo legal, porquanto tenta equilibrar a problemática do afastamento da ubiquidade da justiça nos casos de direitos individuais homogêneos com a representatividade adequada e a possibilidade de extromissão da ação (*opt out*), ao mesmo tempo em que tem por regra a vinculação dos representados e a litispendência. Entretanto, uma problemática relevante é levantada pela doutrina com relação a essa técnica: a possibilidade dos representados deixarem a classe pode significar a descaracterização da própria classe, o incentivo para outros representados deixarem também a ação, ou mesmo o uso da *class action* como forma de teste para as ações individuais. Explica-se.

Primeiramente, o sistema do *opt out* não pode ser tido como um incentivo ao indivíduo litigar duas vezes em busca do melhor resultado para a sua demanda. Por exemplo, um representado silencia sobre seu interesse de extromitir-se da classe, ficando dessa forma automaticamente vinculado à ação; mas, após o julgamento ou realização do acordo, resolve optar pelo *opt out* para ajuizamento posterior da sua demanda individual. Dessa forma, o representado, já possuindo a informação da defesa do réu e o resultado esperado, tem vantagem desigual ao seu oponente, de modo que pode maximizar a sua própria tese jurídica. Esse é um uso maléfico do direito de *opt out*, que pode facilmente ser afastado pela restrição do momento em que o representado pode deixar a ação. Se o exercício do *opt out* for restrito à fase de certificação, então se reduz a probabilidade do uso egoístico da ação coletiva como mecanismo de teste para ações individuais. Esse não tem sido, entretanto, o caminho tomado pela jurisprudência das cortes norte-americanas. Isso porque o uso desenfreado das *class actions*, especialmente como mecanismos de advogados da área de conseguir honorários altíssimos, preocupa há algum tempo os operadores do direito norte-americano, de modo que

¹¹¹ “(...) indivisible remedies are ones in which the distribution of relief to any claimant as a practical matter determines the application or availability of the same remedy to other claimants” (*Principles*, §2.04).

o regimento das ações de classe tem sido alterado para estreitar as hipóteses de certificação e os efeitos, a fim de salvaguardar os direitos dos representados.

Mas, além desse problema, ainda se vislumbra que a extromissão dos representados possa significar verdadeiro incentivo para que outros representados deixem também a classe, colocando em risco a própria existência do grupo. Isso porque, quanto mais indivíduos participam da ação, especialmente aqueles com maior dano envolvido, maior o incentivo à realização do acordo e o “poder” da ação coletiva contra o réu. Entretanto, os membros da classe com o maior dano são também aqueles que tem maior incentivo de deixar a classe, porquanto são os que teriam maior recompensa em ações individuais. Esses representados, por possuírem grande relevância na ação coletiva, ao deixarem a classe aumentam vertiginosamente o incentivo aos demais membros também extromitirem-se, esvaziando a técnica em absoluto.

Veja-se:

“When one person opts out of the class to bring his own suit for money damages, all other individuals may proceed under the class rubric if they please. The key point here is to make sure that those who hang back to do not benefit from the offensive use of res judicata should the class action be successful, while reserving the right to bring their individual suits a new should that action fail.” (EPSTEIN, 2003: 19)

Frente a essa problemática, parte dos estudiosos americanos tem sugerido a *mandatory class action* também para os casos regidos por 23(b)(3), ou seja, para casos de tutela de direitos individuais homogêneos, em que o objeto da demanda é divisível e particular a cada representado.

Esse tema é bastante controvertido, porquanto esbarra na velha discussão do direito a *one day in court*¹¹² e à consequente liberdade de administração da demanda pelo titular do

¹¹² *“The second concern is that, even assuming that the present class action yields the highest net benefit to the class, we can hypothesize a situation in which all of the benefit of the class action is concentrated in the hands of the class representative and class counsel, and the class members receive nothing. Because the class members are not worse off than they would be otherwise (as they would never have sued individually), the class action does not necessarily offend the adequacy of representation requirement, even if it offends our sense of equity and fairness. One way to give effect to this sense is to allow class members to opt out of a class when class members perceive that the distribution*

direito nela envolvido. Entretanto, com fins a realização da economia processual, segurança jurídica e isonomia, a idéia não deve ser vista com preconceito, bastando invocarem-se os princípios que regem o direito processual coletivo, e não individual, para vislumbrar a coerência da sugestão. Vejamos.

“Despite these important concerns, our view is that, if a class is an optimal size, and if this class action yields greater net social benefits than other methods of aggregation, no opt outs should be permitted. Put differently, a class representative who establishes an optimally sized class should be allowed to maintain the class action on a mandatory basis when this class action provides more benefit than other aggregation mechanisms do. The reason is simple: from an efficiency perspective, such a class action yields the greatest social benefit, and permitting departures from this class decreases that social benefit. Absent countervailing considerations (such as litigant autonomy, which is very weak in the negative-value context), there is no reason to adopt a nonefficient opt out rule.

(...)

Giving people the autonomy to make socially inefficient choices due to their own erroneous perceptions seems justifiable only on a strong notion of liberty or autonomy. (...)it is not obvious that individual class members have better information about the benefits of the class action or its ultimate costs. Nor is there a guarantee that only the “right” class members—those whose costs exceed benefits—will opt out: those who believe erroneously that they will receive no benefits from class treatment might also opt out, and some who should opt out might not. Next, an opt out right creates the possibility of strategic behavior, in which some parties who stand to gain from class treatment nonetheless opt out (or threaten to do so) to extract rents from members remaining in the class.” (BETSON and TIDMARSH, 2011: 570)

Percebe-se que a doutrina que defende a vinculação dos efeitos das *class actions*, mesmo sob a regência de 23(b)(3), assenta-se em análises econômicas para chegar a sua conclusão¹¹³. Essa não é uma cultura que o ordenamento e os operadores do direito brasileiro estão acostumados, o que, na realidade acaba por esvaziar muitas das nossas discussões de

scheme is unfair, effectively pressuring class counsel and the class representative to structure the class to achieve a more equitable distribution of the remedy.

A fourth, and essential, reason to consider opt out rights, even in negative value cases, is the Constitution. The Supreme Court has held that, in class actions seeking monetary relief ‘wholly or predominately’, class members who lack contact with the forum enjoy a right to opt out of the class.” (BETSON and TIDMARSH, 2011: 570).

¹¹³ *“The Due Process Clause is susceptible to an economic interpretation, in which the government can deprive individuals of their adversarial rights when the benefits of a nonadversarial process outweigh the risks of an erroneous deprivation.⁹⁶ By analogy, a court should be able to deprive a class member of a right to pursue an individual remedy that is worth nothing when the social benefits are greater.” (BETSON and TIDMARSH, 2011: 574).*

resultado prático ou de fundamento empírico, restando somente o escopo teórico. É imperioso que nos acostumemos a avaliar o efeito das decisões dadas pelo Judiciário na tomada de decisão dos litigantes para que não nos restrinjamos a institutos meramente teóricos, e de pouca utilidade prática.

O uso de princípios econômicos aplicados ao direito é um método de estudo amplamente utilizado pelos teóricos e práticos do direito norte americano. No tema da extensão dos efeitos da *class action*, por exemplo, DAVID ROSEMBERG faz uma análise econômica detida a respeito da vinculação dos indivíduos representados e os incentivos consequentes que cada um dos modelos traz. O professor da Harvard Law School afirma que a *class action for damages* deve ser entendida como um mecanismo de busca a repressão de condutas ilícita bem como a retribuição financeira às vítimas de tais condutas, e que para atingir a melhor utilização dessa técnica de agregação como meio de evitar danos futuros e entregar a melhor reparação de dano aos membros da classe, é imprescindível que as cortes americanas automaticamente e imediatamente agreguem todos os litígios (existentes e potenciais) que envolvam demandas de massa em uma única ação, cujo resultado deve ser obrigatoriamente vinculante entre todos os representados (ROSENBERG, 2002: 834).

“Professor David Rosenberg, claims that this mandatory approach is correct, and holds, in effect, that the conscription of individual plaintiffs into the class action really works to their benefit, such that they have no reason to opt out of the class to control their own suit. The law can make that judgment for them at lower cost and higher reliability. Indeed in one sense his position goes a step further. Since the real question is deterrence of defendants, he takes the view that there is no particular reason to want to distribute the money to any members of the victim class. Their protection comes in a different form: stronger deterrence reduces the occasions on which compensation is required. At this point, the entire system becomes rickety because the contours of a ‘mass tort’ are far from clear in the abstract.” (EPSTEIN, 2003: 18)

Outra proposta de efeitos vinculantes é do professor RICHARD NAGAREDA¹¹⁴, que, a seu turno, sugere que seja realizada uma mediação obrigatória e vinculante entre todos os

¹¹⁴ “In *Autonomy, Peace, and Put Options in the Mass Tort Class Action*, Richard Nagareda proposes what he characterizes as a ‘put option’ class settlement. Contrary to the mandatory-litigation class action that I urge to adopt, his proposal maximizes opportunity and incentive for class members to opt out. Nagareda’s elaborate prescriptive argument in favor of his proposal thus offers a useful test for determining whether a viable class action alternative exists to compulsory collectivization of mass tort cases. (...) the proposal applies solely to the standard market-based class action device commonly called ‘settlement-only class action’. In contrast settle-

membros para resolução da lide de massa, e que, se não atingido (o acordo) possibilitar-se-ia então o desmembramento da classe dando a cada um dos indivíduos a oportunidade de, querendo, ajuizar demandas individuais no tema. Essa, no entanto, não parece ser uma proposta interessante de estudo desse trabalho, porquanto aqui se busca possíveis idéias para melhoria do sistema brasileiro, e o acordo obrigatório não se coaduna com o nosso ordenamento, culturalmente mais litigioso e menos acostumado com a transação – embora seja imperioso que invistamos em técnicas alternativas de solução de conflitos em diversas outras searas.

As propostas que tem como fundamento a vinculação obrigatória dos membros a todos os casos de *class action* possuem um viés mais utilitarista do processo, ao passo que aqueles que rejeitam essa possibilidade normalmente adotam um viés essencialmente protetivo dos direitos individuais (*right based*)¹¹⁵. Tem-se que ter em mente, no entanto, que admitir a vinculação obrigatória da coisa julgada a todos os membros da classe e criar litispendência com as ações individuais desses membros e de outras ações coletivas não significa ignorar os direitos constitucionais dos representados – essencialmente aqui observado o direito à ubiquidade da justiça. Isso pode ser afirmado porque os métodos de agregação de demandas, especialmente a *class action*, possuem meios de garantir a observância do devido processo legal, na exigência de demonstração da representatividade adequada, concorrência entre a

ment-only class action does not result in class action trial should the parties fail to reach, or the court refuse to approve, a class settlement. In the absence of settlement, the class action dissolves by definition, and all claims return for trial through the standard market process of separate actions. Thus, in the settlement-only class action, the threat of trial in a series of independently prosecuted, separate actions creates leverage for the plaintiffs and value to settlement for the defendant. By contrast, the litigation class action creates an incentive for the defendant to settle class members' claims by confronting it with the threat of a collectively prosecuted class trial, thereby raising settlement values above those generated in the standard market process.'

Nagareda's proposal is also complicated. Its basis is a conventional model of opt out, settlement-only class action designed primarily to resolve so-called "future claims." This arrangement enables the defendant and class members who are merely at risk of suffering serious harm to anticipate and effect classwide settlement of tort claims arising from such harm in the future according to a preset schedule of (or process for determining) damages. The model not only entails at least one opt out, normally exercisable before court approval of the proffered class settlement ('front-end opt out'), but also accommodates additional opt outs, in particular, the opportunity to exit after a class member incurs specified serious harm ('back-end opt out'). (ROSENBERG, 2002: 835).

¹¹⁵ "Finally, the normative analysis tends to wash over the distinction between utilitarian and rights-based modes of justification. At times the Principles frame the policy stakes in a manner all too common in procedure scholarship, as a relatively ad hoc and pragmatic compromise or balance among competing values. This approach overlooks the crucial distinction between rights-based and utilitarian balancing and, in so doing, overly simplifies the analysis. A utilitarian balance can take account of social costs to limit procedure even at the margin, whereas a rights balance makes room for social costs only when they are very substantial (and even then not in an entirely consistent way). This distinction matters for how we should conceive adequate representation from both process-based and outcome-based perspectives." (BONE, 2011: 579).

questão jurídica discutida pelos representados e representates, tipicidade, numerosidade etc. Além disso, conforme já observado, a jurisprudência americana tem caminhado no sentido de ser cada vez mais exigente na fase de certificação, de modo que dá ainda mais segurança aos representados no que tange à adequada fundação da ação por meio da qual seus direitos são tutelados.

Nesse sentido, a vinculação obrigatória equilibraria o pêndulo de evolução das *class actions*, que tem se aproximado cada vez mais dos direitos individuais (*right based*) e consequentemente reduzindo cada vez mais as hipóteses de cabimento, de modo que aumentaria os efeitos práticos e eficácia da ação pro meio da litispendência e da extensão da coisa julgada, garantindo assim a finalidade de economia processual, isonomia e segurança jurídica.

Insta frisar que devemos sempre buscar um equilíbrio no binômio garantias processuais (devido processo legal) e utilitarismo (resultado prático) na análise dos institutos de forma que sejam sempre adotadas medidas constitucionais e ao mesmo tempo eficazes, sob pena de restarmos com um sistema inconstitucional ou inócuo.

2.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A *CLASS ACTION*: COTEJO

A problemática de demandas repetitivas já vem sendo atacada no Brasil em algumas frentes, de forma mais acentuada na última década; mas as técnicas adotadas no ordenamento brasileiro ainda apresentam resultados pouco expressivos, sendo relevantes ainda as problemáticas decorrentes da multiplicação de demandas repetitivas nos tribunais nacionais.

O ordenamento jurídico brasileiro possui alguns institutos que podem ser entendidos precipuamente ou consequentemente como técnicas de agregação e solução de demandas repetitivas, tais como a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o incidente de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, a repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, o litisconsórcio e a prevenção por conexão ou continência – e, de acordo com o Projeto do Novo Código de Processo Civil, futuramente contará com o incidente de resolução de demandas repetitivas. Mas a técnica mais importante dessas todas acima descrita – no que

tange à finalidade de dar eficiência processual e judiciária ao processo, bem como imprimir isonomia aos feitos - é certamente a ação civil pública. Afirma-se isso, pois a ação civil pública permite a agregação das demandas se dê *ab initio*, antes mesmo do ajuizamento da ação (o que os incidentes de agregação nos tribunais não permitem, por exemplo). Por este motivo, somente a coletivização garante de forma eficaz a isonomia entre os diferentes casos, e possibilita, em tese, melhores consequências no que tange à economia processual.

A maior eficiência da coletivização e o maior concretização da isonomia e do acesso à justiça se dá porquanto, em vez de se ter inúmeras demandas decorrentes de um mesmo fato jurígeno ajuizadas separadamente ao redor do país, de forma atomizada, que serão resolvidas uma a uma, separadamente, em juízos diferentes, com produção de provas e sob alegações diversas, com resultados totalmente diferentes, e que, somente em grau recursal, quiçá em recurso especial (no caso do art. 543-C do CPC), serão agrupados para então eleger um desses recursos (que nem sempre é o melhor representativo da controvérsia), julgá-lo e aplicar sua solução aos demais, a ação civil pública permite o agrupamento *ab initio*, antes mesmo do ajuizamento da ação. A agregação pré-processual permite que a estratégia da ação seja toda traçada pensando em uma coletividade, e não apenas nas partes individualmente envolvidas na demanda; permite também que as provas sejam produzidas conjuntamente, e consequentemente que não haja discrepâncias entre o conjunto probatório de uma e outra demanda; permite que a sentença seja única e que, portanto haja isonomia entre os casos; e por fim, evita o desperdício de tempo e dinheiro público no julgamento de milhares de demandas, que podem ser substituídas por uma só. Afasta, dessa maneira, não só a ineficiência mas a problemática decorrente da escolha do paradigma. Muitas vezes, ao se eleger um paradigma para julgamento dos recursos repetitivos – diz-se recursos porque o nosso sistema ainda não prevê possibilidade de julgamento conjunto ainda na fase de conhecimento, a não ser por conexão de causas – o julgador não analisa todos os processos para então eleger aquele que melhor representa a demanda repetitiva. Dessa maneira, muitas vezes a coletividade pode ser prejudicada por conta de uma má defesa do caso, construções ruins ou mesmo provas inadequadas. Dessa maneira, tem-se que a coletivização é não só mais eficiente – porque evita o julgamento pulverizado das lides repetitivas – mas mais justa e adequada ao tipo de direito que tutela do que os incidentes de agregação posteriores – em grau recursal, por exemplo. Evidente que isso não significa que se deva descartar as técnicas de agregação que não coletivização, mas sim de combiná-las, utilizando a coletivização como

regra e a agregação incidental como um complemento, toda vez que o ajuizamento *a priori* da ação coletiva não for feito ou não for possível.

Esse é o entendimento já adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem atuado de forma pujante na luta contra a atomização dos conflitos. Veja-se, nesse diapasão, o quanto ponderado pela Ministra Nancy Andrighi, *obter dictum*, quando do seu voto no REsp nº 1.167.700/RS:

“Vivemos, hoje, um momento de crise na prestação jurisdicional. Todos os ministros que integram esta Corte, submetidos a uma carga sobre-humana de trabalho (há meses em que a distribuição supera os 2.000 processos por ministro em um único mês!), têm consciência disso. Sempre levantamos a importante bandeira do amplo acesso à jurisdição. Esse é um objetivo que eu, particularmente, persegui com afinco em toda a minha carreira como jurista, tanto que tive, como é de conhecimento geral, participação ativa na criação do sistema dos juizados especiais. Mas o amplo acesso, para ser factível, precisa vir acompanhado de instrumentos que possibilitem ao Estado dar, à massa de novos litigantes, uma prestação jurisdicional efetiva, justa e em prazo razoável. O desafio, hoje, é o de equilibrar o sistema. E a luta por esse equilíbrio deve ser a plataforma de todos.

O principal mecanismo de que dispõe o aplicador do direito nessa luta é o da coletivização do julgamento das macro-lides. Não há sentido em que causas idênticas sejam submetidas, aos milhares, a diversos juízes para julgamento individual, garantindo-se, em cada micro-lide, o acesso a todos os recursos processualmente previstos, até que se chegue, perante o Superior Tribunal de Justiça, ao julgamento individual de milhares de recursos. Colaborar para que isso ocorra é colaborar para a falência do sistema, com todos os prejuízos daí advindos: processos diferentes julgados como se fossem idênticos, sem a atenção devida; demora excessiva na pacificação das controvérsias, já que se retira do juiz tempo precioso que poderia ser dedicado ao julgamento das lides individuais não-repetitivas; descrédito ao Judiciário perante a opinião pública; sentimento de injustiça e de impunidade; entre outros.

O arcabouço processual prevê alguns instrumentos para combater esse problema. Destacam-se, nesse sentido, a repercussão geral e a súmula vinculante, no âmbito do STF, e o recurso especial em matéria repetitiva, no âmbito do STJ. Mas, sem retirar desses mecanismos sua importância institucional, o principal instrumento de que dispõe o aplicador do direito para combater a funesta repetição de micro-lides é o manejo de ações coletivas. Essa modalidade de tutela jurídica é fundamental para o sistema jurisdicional moderno, porquanto seu potencial para impedir a repetição de processos idênticos é muito grande e atua no nascedouro do problema, que é o primeiro grau de jurisdição.” (STJ, REsp nº 1.167.700/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe: 03/12/2012)

Nesse diapasão, o Brasil foi o primeiro país regido pela *civil law* a adotar a técnica de coletivização para solução das lides de massa. O processo coletivo no Brasil teve seu primeiro aparecimento com a Lei da Ação Popular, editada em 1965, bastante antes, inclusive, da Constituição Federal hoje vigente. Mas o importante marco para as ações coletivas no direito brasileiro se deu em 1985, com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que tutela os interesses coletivos *strito sensu*, ou seja, aqueles que dizem respeito a toda coletividade, indivisivelmente. Somente em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor, é que se criou a hipótese de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos.

Dessa maneira, não são todas as hipóteses de cabimento de ação civil pública previstas no ordenamento brasileiro que se propõe a resolver demandas repetitivas (direitos individuais homogêneos), tendo em vista que esse instituto é utilizado também como tutela dos direitos coletivos *strito sensu* (difusos). A repetitividade de demandas que se busca analisar e combater nesse estudo somente se vislumbra com relação aos direitos individuais homogêneos, de forma que as comparações aqui traçadas dizem respeito somente a essa “forma” de ação civil pública, batizada pela professora ADA PELLEGRINI GRINOVER também como ação de classe brasileira – aquela, portanto regulada precipuamente pelo Código de Defesa do Consumidor, com as aplicações subsidiariamente cabíveis da LACP.

Inicialmente é bom frisar que, conforme visto, a experiência brasileira com relação a ações coletivas é relativamente recente se comparada com a cultura de *common law*, como a dos Estados Unidos. Ora, na América do Norte, a primeira regulamentação no tema data de 1842, enquanto no Brasil, a Lei da Ação Popular data de 1965. Assim, conforme anotado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*é preciso observar que as ações coletivas, nos países de civil law, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das class actions norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processo coletivo*” (GRINOVER, 2008: 149). Muito mais recente é a nossa experiência com relação às ações de classe, que discutem a tutela de direitos individuais homogêneos, que data de 1990, que tem o potencial de atacar diretamente a problemática de demandas repetitivas.

Ademais, e também porque a nossa cultura de coletivização é bastante recente, o sistema processual brasileiro é pautado de forma evidente pela individualidade e autonomia

do litigante, característica decorrente, em muito, pela herança que temos do direito processual italiano e português. Nesse sentido, KAZUO WATANABE afirma que *“nos Estados Unidos, onde as class actions têm longa tradição (...) não são poucos os que manifestam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico a quem as propõe, ao invés de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam. Com maior razão, preocupação redobrada devemos ter no Brasil, onde o individualismo é mais acentuado que nos Estados Unidos e não temos ainda tradição no trato com as demandas coletivas.”* (WATANABE, 1992: 15).

Dessa feita, é de suma importância a revisão constante dos princípios e das previsões relativas às ações coletivas de modo garantir que o operador do direito brasileiro, em especial o Judiciário, de fato trate as demandas coletivas como tal, deixando de aplicar conceitos de cunho individualista às ações coletivas, que acabam por descaracteriza-las absolutamente – o que se vê diuturnamente nos foros brasileiros.

Com efeito, estudo feito pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais em 2007 identificou como principal problemática das ACPs a ausência de efeitos de cunho utilitarista – eficiência e segurança jurídica – no manuseio dos instrumentos de coletivização. Ou seja, embora previstas na legislação e utilizadas com frequência, as ações coletivas, especialmente aquelas envolvendo direitos individuais homogêneos, não tem apresentado os resultados sociais esperados. Como exemplo claro transcrevemos os seguintes trechos:

“Em relação ao estudo de caso mencionado no item (ii), acima, cuidou-se de hipótese em que, apenas no Estado de São Paulo, foram ajuizadas, de meados de 2004 até hoje, 26 (vinte e seis) ações civis públicas de objeto idêntico, todas envolvendo o questionamento da legalidade da tarifa de assinatura cobrada pela concessionária local de telefonia. O estudo em questão investigou o desenrolar dessas 26 ações dentro do contexto em que elas se encontravam inseridas, sendo possível extrair, dos dados relatados no relatório anexo, as seguintes conclusões principais: 1. Apesar do expressivo número de ações civis públicas ajuizadas com o objetivo de questionar a legalidade das tarifas em questão, a existência de tais ações coletivas não se mostrou capaz de impedir o ajuizamento concomitante de milhares de ações individuais promovidas por consumidores isolados com objetivo idêntico àquele perseguido nos processos coletivos, tendo ocorrido, em virtude do ajuizamento dessas milhares de ações individuais, sérios prejuízos para a administração de alguns dos Juizados Especiais Cíveis da Capital de São Paulo” (Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais Ações Coletivas, 2007: 12)

“Segundo notícia publicada na Folha de São Paulo, tramitavam, no início de 2005, apenas no Estado de São Paulo e contra a Telesp, nada menos que 95 mil ações individuais com objeto idêntico ao das ações coletivas acima descritas. Essas ações estariam concentradas principalmente nos Juizados Especiais Cíveis, sendo que, apenas no Juizado Especial Cível Central, correriam nada menos que 52 mil ações.

Além disso, segundo a opinião desse entrevistado, poderia haver, em muitos casos, falta de confiança das pessoas na idoneidade da associação que ajuizou uma determinada ação coletiva.

Em Juizados Especiais Cíveis, o advogado estima terem sido ajuizadas, desde 2004 até hoje, algo em torno de 160 mil ações. Perguntado sobre as principais dificuldades envolvidas em seu trabalho desenvolvido junto a esse contencioso no plano coletivo, o entrevistado ressaltou que essas dificuldades seriam de ordem fundamentalmente processual, uma vez que, em relação ao mérito da questão, haveria jurisprudência bastante consolidada, no âmbito paulista, acerca da legalidade da tarifa de assinatura. Contudo, em virtude, sobretudo, da falta de legislação específica, ou da falta de clareza na legislação, não haveria certeza quanto à regulação jurídica de temas como competência, conexão e abrangência dos julgamentos em sede coletiva. Isso colaboraria para a existência de visões diferentes quanto a esses fenômenos por parte dos vários juízos chamados a decidi-los, impedindo a reunião dos processos e gerando dúvidas quanto à abrangência e limites de cada ação coletiva. Nesse contexto, todas as defesas acabam precisando ser apresentadas de modo idêntico inúmeras vezes diante de inúmeros juízos, gerando decisões contraditórias e liminares que, apesar de serem rapidamente revogadas, sucedem-se no tempo, consumindo recursos importantes tanto da empresa obrigada a defender-se quando do próprio Poder Judiciário. A sugestão apresentada para esse problema seria no sentido de consolidarem-se mudanças legislativas capazes de permitir a reunião de processos coletivos repetitivos e idênticos em um mesmo juízo claramente determinável, para defesa única, instrução única e decisão única, com efeitos erga omnes, sem limitação de abrangência.

No plano coletivo, foram 26 ações civis públicas com trâmite em diversos juízos distintos, nas quais as questões processuais mostraram-se significativamente mais complexas que a própria análise do mérito, gerando uma multiplicação de atos processuais repetitivos e de decisões relativas, principalmente, à participação do órgão de regulação nos processos e à concessão ou não de medidas liminares. Do ponto de vista da regulação jurídico-processual incidente sobre o caso, esse resultado foi apontado por alguns de nossos entrevistados como decorrente da inexistência de mecanismos processuais claramente expressos na legislação que fossem capazes de regular temas como (i) o curso das ações individuais durante a pendência de ação coletiva ligada ao mesmo tema, (ii) a concomitância de diversas ações coletivas em trâmite perante inúmeros juízos diferentes, com decisões liminares diferentes e sobrepostas

Claramente, esse situação é possibilitada e potencializada pela inexistência de uma interpretação uniforme no tribunal quanto às regras processuais incidentes, aliada, também, a inexistência de solução legislativa mais explícita para esses casos de ajuizamento e

trâmite concorrente de uma multiplicidade de ações coletivas e individuais versando sobre um mesmo assunto.

Em uma análise mais detida, todos os demais problema processuais verificados no caso, apontados unanimemente por todos os atores entrevistados (tanto de um lado como de outro do litígio) como os mais relevantes, parecem decorrer e relacionar-se a esse mesmo problema fundamental, relativo à ausência de previsão legislativa expressa para o tratamento uniforme de questões processuais surgidas em ações coletivas repetitivas” (Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais Ações Coletivas, 2007: 74/75)

Conclui-se, tanto da leitura dos textos legais que regem a ação civil pública no Brasil, como da *práxis*, explicitada pelo estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, que há muitas questões que devem ser debatidas quanto às demandas coletivas no ordenamento pátrio e modificadas, e que acabam por esvaziar de efetividade a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos no Brasil no que diz respeito à eficiência, economia processual, isonomia e segurança jurídica¹¹⁶.

¹¹⁶ “Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e contravérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

(...)

As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc.” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por ALUISIO GONÇALVES CASTRO MENDES, disponível em www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)

2.4.1 Classificação das Ações Cíveis Públicas

A primeira ponderação que se faz com relação à problemática apresentada no capítulo anterior é justamente no que diz respeito a falta de separação legislativa e diferenciação clara de tratamento entre as hipóteses de cabimento de ações coletivas, especialmente no que diz respeito à distinção entre as ações cíveis públicas para tutela de direitos individuais homogêneos (ação de classe brasileira) e aquelas para tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

A regulação do sistema de ações coletivas previsto na legislação pátria – Lei da Ação Cível Pública e Código de Defesa do Consumidor – faz pouquíssima diferenciação entre os tipos de direitos coletivos tutelados e suas ações respectivas, e quando o faz, os regramentos específicos são esparsos e de difícil identificação¹¹⁷. A consequência é que há uma grande confusão na aplicação dos institutos a cada uma das espécies, e que deveriam ser distinguidos, tendo em vista que os conceitos norteadores dos direitos difusos e dos individuais homogêneos são de relevante diferenciação.

A importância dessa subdivisão não é meramente formal. Com a separação lógica, permite-se que se construam regramentos específicos para cada uma das situações, tendo em vista suas especificidades, ao passo que a junção de todas as hipóteses num mesmo regramento processual gera confusão entre os operadores do direito. A necessidade da separação clara se dá especialmente porque a natureza dos direitos tutelados em cada uma das hipóteses é essencialmente distinto, de forma que o processo, considerado como instrumento do direito material e não podendo ser dele dissociado – consoante ensinamento de JOSÉ ROBERTO

¹¹⁷ “Partindo exatamente das três categorias de direitos transindividuais, o já referido art. 103 do CDC (LGL\1990\40) traça as respectivas regras atinentes aos limites subjetivos da coisa julgada, a saber: *a*) tratando-se de direitos difusos, a coisa julgada tem extensão erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente com fundamento na insuficiência da prova, situação que possibilita a qualquer outro legitimado ajuizar nova ação, com idêntica causa de pedir, valendo-se de novo conjunto probatório; *b*) tratando-se de direitos coletivos, a coisa julgada estende-se ultra partes (limitada ao grupo, categoria ou classe, cujos membros são unidos por uma mesma relação jurídica-base), excetuando-se igualmente a improcedência do pedido decorrente da insuficiência da prova; e *c*) tratando-se de direitos individuais homogêneos, a coisa julgada tem expansão erga omnes, desde que o pedido seja julgado procedente, em benefício de todas as vítimas e seus sucessores.” (CRUZ E TUCCI, 2007: 45).

DOS SANTOS BEDAQUE – deve refletir essas distinções, assim como se faz o modelo norte-americano das *class actions* – separação entre *mandatory class actions*, reguladas em 23(b)(1) e 23(b)(2) e *class action for damages*, regulada em 23(b)(3), que possuem inclusive requisitos de procedibilidade distintos.

Parece, assim, que a melhor disciplina seria a separação das ações de acordo com a classificação proposta por BARBOSA MOREIRA¹¹⁸, que distingue os direitos essencialmente coletivos, no qual estão incluídos os direitos difusos e coletivos *strito sensu*, e os direitos acidentalmente coletivos, quais sejam os individuais homogêneos. Dessa maneira prever-se-ia especificamente qual a forma de adjudicação das demandas coletivas em cada uma das duas hipóteses, quais os efeitos com relação ao resultado das demandas – coisa julgada e prevenção - qual a forma de execução da sentença ou de eventual acordo, quais os legitimados para sua proposição e quais os requisitos de admissibilidade de cada um. Assim, dar-se-ia um norte mais claro tanto para o jurisdicionado saber qual ação utilizar e como ajuizar uma demanda para tutela de direitos coletivos quanto para o Judiciário no julgamento e distribuição dos efeitos.

Dessa maneira, seria de fundamental importância uma verdadeira reforma legislativa que separasse as ações civis públicas das ações de classe, identificando os legitimados e requisitos para cada uma delas, bem como os efeitos de cunho preclusivo (coisa julgada e litispendência). Na realidade, a proposta de reforma legislativa aqui sugerida, de maneira mais ou menos específica, já existe. Trata-se do já mencionado Projeto do Código Brasileiro de

¹¹⁸ “Penso que nessa matéria podemos distinguir duas espécies de litígios: uma primeira eu colocaria sob a denominação de “litígios essencialmente coletivos”, e outra poderia ser designada sob o título de “litígios acidentalmente coletivos”. A primeira espécie concerne a direitos e interesses que se caracterizam, a meu ver, por dois traços fundamentais: um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, trata-se de litígios que concernem a um número indeterminado e, pelo menos para efeitos práticos, indeterminável de sujeitos: não um grupo definido e sim uma série que comporta extensão em princípio indefinida. Do ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objeto é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade sem ao mesmo tempo satisfazer o direito ou o interesse de toda a coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal.” (BARBOSA MOREIRA, 1991: 187).

Processos Coletivos, capitaneado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, ANTONIO GIDI e KAZUO WATANABE, cuja redação se deu em 2004. O projeto infelizmente foi arquivado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) e hoje aguarda julgamento de recurso interposto em 2012 perante a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. Tratar-se-á, em diversas passagens dessa pesquisa deste projeto, porquanto ele traz em seu bojo muitas das alterações necessárias a imprimir eficiência e isonomia aos processos coletivos do ordenamento brasileiro, de forma que seria imperativo ao bom desenvolvimento do nosso sistema de processos coletivos que ele fosse reconsiderado pelo Poder Legislativo brasileiro. Far-se-á também algumas pequenas ponderações em sentido diverso daquele proposto no projeto mencionado, de modo a se buscar soluções ainda mais efetivas para as problemáticas encontradas hoje nas ações coletivas brasileiras – especialmente no que diz respeito às ações de classe.

Voltando-se à temática da separação das hipóteses de ação coletiva, veja-se, por exemplo, o quanto diz respeito aos legitimados; muito mais sentido faria separar-se a questão da legitimação em duas hipóteses distintas, veja-se: nas ações de classe, possibilitar-se-ia a quaisquer envolvidos no fato jurígeno (origem comum) que deu azo à demanda coletiva a legitimidade para proposição da ação, enquanto na ação civil pública manter-se-ia os legitimados legais. Essa proposta se embasa na medida em que a ação coletiva para tutela de interesses difusos e coletivos possui um objeto jurídico indivisível, de modo que ninguém – e todos – são titulares do direito tutelado. Desse modo, porquanto trata-se do interesse de toda a sociedade, de forma difusa, e não de uma classe identificável, a lei seria o melhor instrumento para determinar os legitimados para propositura dessas demandas. Legitimados legais, como temos no ordenamento atual, dariam maior segurança jurídica à guarda dos direitos difusos e coletivos. Em contraposição, nas ações de classe, tem-se identificáveis todos os envolvidos na lide de forma individualizada, e o objeto da lide é divisível, de modo que todos poderia ajuizar sua própria ação individual para buscar a tutela do seu direito, se assim quisessem. Entretanto, por opção de eficiência processual e isonomia, o ordenamento optou por agregar essas demandas, elegendo um dos envolvidos como representante de toda a coletividade. Assim, não há lógica material ou processual em proibir que qualquer dos envolvidos no fato jurígeno que deu origem comum às lides repetitivas possa propor uma ação de classe (ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos), sem prejuízo da avaliação dos requisitos necessários à consecução da ação coletiva pelo magistrado.

O regramento hoje existente nas ações de classe, no que diz respeito aos legitimados, acaba por afastar da pessoa física, real interessada e envolvida na lide, a tutela do seu direito, de modo que torna mais difícil ao juiz e à sociedade como um todo entender a ação coletiva de classe como adequada representante do interesse de todos os envolvidos na lide.

Novamente, a lei confundiu o conceito e os princípios, bastante distintos, entre ação civil pública por interesses difusos e coletivos e aquela para tutela dos direitos individuais homogêneos. Os legitimados para propositura, e especialmente a restrição aos legitimados, não pode ser a mesma, porquanto os direitos envolvidos e a estrutura das ações é completamente diferente em cada uma das hipóteses. Com a separação lógica dos tipos de ações coletivas perceber-se-ia com mais facilidade essas dicotomias, evitando impropriedades processuais, como essa exemplificada.

É o que o projeto do Código de Processo Civil Coletivo faz em seu artigo 2º, e posteriormente na subdivisão de partes para ações coletivas em geral, ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos (parte II), ação coletiva passiva (parte III) e procedimentos especiais (parte IV), quais sejam o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção coletivo, a ação popular e a ação de improbidade administrativa. Veja-se, a título exemplificativo, a redação do art. 2º, que define e distingue o objeto da tutela coletiva:

Art. 2º Objeto da tutela coletiva. A ação coletiva será exercida para a tutela de:

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

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um 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 direitos subjetivos decorrentes de origem comum.

E, mais a frente, com relação à legitimação ativa, o Projeto de Código de Processo Civil Coletivo vai mais além da proposta deste estudo, permitindo a legitimação concorrente de qualquer pessoa física também para a tutela dos direitos difusos e coletivos, além de

qualquer membro da classe em caso de defesa de direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos. Veja-se:

Art. 9º Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos direitos ou interesses protegidos por este código;

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

Note-se, que o projeto também sugeriu a retirada do requisito temporal de existência das associações como está na lei hoje vigente (art. 5º, V, *a*), porquanto a exigência cria diversas problemáticas e distorções, e não garante o acesso à justiça aos envolvidos nas lides repetitivas com representatividade adequada. A exigência fica, aliás, esvaziada ante a legitimação de qualquer pessoa física membro da classe.

2.4.2 Certificação

Outro importante apontamento que se deve fazer com relação às necessárias alterações no procedimento das ações civis brasileiras, especialmente das ações de classe, para que a técnica ganhe em eficiência na solução de demandas repetitivas e surta algum efeito (positivo) no descongestionamento das cortes nacionais, diz respeito a existência de uma fase pré-processual designada à verificação dos requisitos de procedibilidade da ação. Trata-se da fase

de certificação, exatamente nos moldes da *class certification phase* da *class action* norte-americana.

A fase da certificação permite que o juiz se atenha aos requisitos de procedibilidade previstos na lei de forma detida, antes mesmo de ingressar na análise do mérito da demanda. Ainda, possibilita o contraditório pleno a respeito desses requisitos legais, de forma que a ação possa prosseguir com segurança, sem o receio de que o processo transcorra sem os pressupostos necessários à sua validade e existência - sejam os requisitos genéricos de condição da ação como os específicos da ação civil pública.

Além de todas as garantias relacionadas ao devido processo legal que se garante sejam observadas de forma contundente na fase da certificação, a experiência dos Estados Unidos tem mostrado que a *certification phase* ainda figura como importantíssima ferramenta de incentivo ao acordo entre as partes e os representados. Essa consequência se dá porque antes mesmo do início da discussão de mérito da demanda, o réu já consegue identificar os riscos envolvidos na questão levada ao Judiciário e o número de envolvidos na contenda, o que não é possível quando os processos são pulverizados e ajuizados em tempos distintos, deixando tanto autores quanto réus com poucos mecanismos de proteção (por exemplo, visibilidade do montante envolvido nas demandas para fins de provisionamento) bem como de estratégia processual.

Ademais, sem a fase de certificação, a discussão referente à validade da classe acaba por se confundir com a discussão de mérito, sendo postergada no tempo, de sorte que nesse modelo se transmite pouca ou nenhuma estabilidade no que diz respeito à própria existência da ação como coletiva. Em outras palavras, a inexistência de uma fase que se destine à certificação acaba por permitir que uma alegação relativa a representatividade inadequada, por exemplo, possa ser suscitada pelo réu após longo tempo de transcurso do processo, depois da produção de todas as provas relacionadas ao mérito, de sentença, enfim, muito depois da estabilização da demanda. Em consequência, o sistema coletivo que não possui fase de certificação permite que todo o processo possa ser encerrado e anulado depois de muito tempo de curso, já em grau recursal ou mesmo de recurso especial ou extraordinário, caso o tribunal entenda que não há requisito de procedibilidade da ação como coletiva.

Consequentemente, pode-se afirmar que a ausência de uma fase que se destine exclusivamente a discutir os requisitos de validade e procedibilidade das ações coletivas gera um dispêndio desnecessário de tempo e recursos financeiros, não só para as partes mas como e principalmente ao Estado; ainda gera insegurança e instabilidade da demanda, que pode ser finalizada em qualquer momento pela verificação da falta dos requisitos de certificação.

ADA PELLEGRINI GRINOVER aponta uma questão que poderia ser verificada e solucionada já na fase de certificação, sem que se precisasse aguardar toda a instrução e sentença, e até mesmo recursos, para a anulação do processo coletivo. Trata-se da falta de liame (*commonality*) entre os membros da classe, que justifique a coletivização. Veja-se:

“Um exemplo colhido de ações de classe brasileiras pode ser o de pedido de indenização consistente no ressarcimento de fumantes pelos danos provocados pelo tabaco. Nesse caso, pode-se imaginar que a sentença coletiva, mesmo se favorável, afirme simplesmente que o fumo pode ocasionar danos à saúde, condenando a ressarcir aqueles que efetivamente sofreram prejuízos, desde que comprovado o nexo causal entre suas afecções e o uso do tabaco. Toda a prova deverá ser feita no processo de liquidação e será exatamente a mesma que seria produzida em cada ação individual de conhecimento. A sentença coletiva não terá tido utilidade prática.” (GRINOVER, 2005: 197).

O exemplo trazido pela professora é semelhante ao caso *Dukes v. Walmart*, estudado em capítulo anterior, no qual a Suprema Corte norte americana negou certificação à classe por falta de *commonality*. A *Supreme Court* entendeu que para determinar a existência do dano do grupo ter-se-ia que analisar caso a caso as particularidades de cada uma das empregadas membro da classe, de forma que a eficiência da ação coletiva ficaria prejudicada.

Esse, como inúmeros outros exemplos, pode ser dado com um motivo para a criação de uma fase de certificação nas ações civis públicas brasileiras, nos moldes do que existe nos Estados Unidos. Nesse momento processual seria possível esgotar-se a análise da utilidade e do cabimento da ação coletiva com base nos requisitos objetivos e subjetivos analisados em cada hipótese específica, casuisticamente, o que evitaria dispêndio inútil de tempo e conferiria segurança jurídica ao sistema das tutelas coletivas no Brasil.

Atentos à essa problemática, os autores do projeto de Código de Processo Civil Coletivo sugeriram redação de um artigo que prevê verdadeira decisão de certificação durante a audiência preliminar, como forma de saneamento da demanda. Veja-se:

Art. 18 Audiência preliminar. Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º. O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

§ 2º. A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para esse, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte. (sem grifo no original)

Não obstante a importância indiscutível de uma proposta que preveja, de qualquer forma, um momento destinado ao saneamento do processo coletivo com a indicação da existência dos requisitos legais, a forma sugerida no projeto não parece ser a melhor solução para a problemática da falta de uma fase de certificação. Com efeito, a forma proposta no artigo supra transcrito continua a confundir a decisão de mérito com aquela relativa à certificação, de modo que permite adentrar no mérito antes mesmo da certificação, mesmo que essa cognição seja sumaria, destinada tão somente a realização da composição prevista no §1º. A resposta que parece ser ainda mais eficiente (eficaz e célere) para o bom procedimento das ações coletivas no ordenamento brasileiro, à luz do que se faz na *class action* americana, é

uma verdadeira fase pré-processual, que se destine tão somente a identificar os requisitos de procedibilidade da ação, e que não trate de forma alguma à discussão de mérito.

A discussão do mérito, em conjunto com o debate a respeito da certificação, acaba por confundir as partes e o magistrado na observação estrita dos importantes requisitos de procedibilidade da ação coletiva. É importante que antes de qualquer debate e ingresso na análise das provas relativas ao cerne da lide verifique-se com precisão a existência dos requisitos legais para a certificação da ação como coletiva. Evidente que isso significa um alongamento do procedimento da ação coletiva, mas ao mesmo tempo garante mais segurança e estabilidade aos efeitos da mesma, permitindo a todos os envolvidos e à sociedade com um todo, em última análise, ter previsibilidade das consequências do julgamento daquele processo, seja em caso de procedência ou de improcedência. Além disso, ainda permite, naquele momento, a discussão de eventuais extromissões de representados da ação (*opt out*), matéria que se tratará especificamente adiante. Assim sendo, procurando-se atingir o equilíbrio na balança celeridade e justiça, em busca do ponto ótimo da eficiência, essa parece se tratar de uma hipótese em que a justiça, a segurança jurídica e a estabilidade da demanda devam se sobrepor à celeridade, porquanto garantem o aperfeiçoamento da técnica, evitando assim a pulverização de demandas individuais concorrentes e possíveis recursos ou ações revisionais futuras - e consequente resultado mediato de celeridade.

Dessa maneira, apesar de se retirar do representado a sua absoluta autonomia com relação ao processo por meio do processo individualíssimo tradicional, dando lugar a observância do interesse coletivo e da efetividade da tutela coletiva, ao mesmo tempo garante-se a verificação detida e pormenorizada dos requisitos que autorizam a coletivização, em fase destinada especificamente para tanto, com contraditório e a produção de provas necessárias.

Ademais, a destinação de uma fase específica para contraditório e cognição relativos exclusivamente aos requisitos de existência e validade da ação coletiva admite que o resultado da mesma, a sentença que certifica ou não a ação, após decorridos os competentes recursos, preclua (temporal e consumativamente) a discussão a respeito dos requisitos legais, deixando lugar tão somente aos argumentos fundados em fatos e provas novas, bem como outras possibilidades relacionadas a revisão da estabilização das demandas. Não se está aqui a afirmar que a condição da ação passará a fazer coisa julgada - matéria muito debatida na doutrina nacional e internacional e que não integra o escopo desse trabalho - mas tão somente

que, dentro do processo, destinar-se-á aos litigantes fase específica para discussão dos temas relativos à certificação, buscando-se evitar anulação de todo o processo por conta de falta de requisito para a certificação após o longo transcurso do processo, dando mais segurança jurídica e eficácia aos feitos. Note-se que a sentença que põe termo a fase de certificação deve ser recorrível, de forma que se garanta o devido processo legal pleno (com dupla jurisdição), mais uma vez buscando-se afastar a litigância desnecessária de ações que serão porventura anuladas integralmente após anos por falta de requisito de procedibilidade.

Além da discussão relativa à extensão da estabilização dos requisitos de condição da ação e certificação das demandas coletivas, cumpre, desde já, adentrar bastante brevemente em uma problemática bastante atual enfrentada nos Estados Unidos, que diz respeito ao grau de prova exigido e permitido na fase de certificação, em outras palavras, a possibilidade ou não de incursão no mérito durante a fase pré-processual de identificação dos requisitos de existência e validade da ação coletiva. Conforme apresentado anteriormente, alguns casos importantes foram debatidos no Judiciário americano, inclusive na *Supreme Court*, para se definir se é possível adentrar no mérito da *class action* para identificar a existência dos requisitos de certificação, como por exemplo, a *commonality*. Relembrando brevemente, a jurisprudência americana evoluiu do entendimento desenvolvido no caso *Newman v. CheckRite California, Inc.*, em que se afirmava terem por verdadeiras todas as alegações dos petiçãoários na fase de certificação da *class actions*, porquanto a incursão no mérito nesse momento era inadmissível, para, em 2011, o julgamento de *Dukes vs. Walmart*, em que a Suprema Corte americana admitiu a verdadeira realização de “*mini trials*”, e elaboração de complexas provas periciais para verificação do requisito de *commonality*. No entanto, o tema está longe de encontrar uma compreensão homogênea e pacífica, identificando-se resistência na aplicação do entendimento mais atual da Suprema Corte americana pelos tribunais inferiores. Com efeito, a evolução da matéria não se deu exclusivamente pautada na lógica processual da questão, mas foi também pautada pela preocupação com o uso excessivo e indiscriminado das *class actions* no decorrer do tempo. Parte da doutrina entende, inclusive, que a *Supreme Court* avançou demais na balança da rigidez com os requisitos da *class action*, permitindo a produção de provas complexas para a verificação dos requisitos, dificultando em demasia a certificação. Outros entendem que esse posicionamento é válido ante o abuso na utilização das ações de classe naquele país.

Essas ponderações permitem afirmar que a discussão relativa ao incurso no mérito na fase de certificação, nos Estados Unidos, está longe de estar solidificada, encontrando divergências tanto doutrinárias quanto nas cortes. Ademais, o debate chega ao nível de colocar em cheque toda a função da *class action* no sistema americano, revisando o instituto centenário e a sua aplicação no direito contemporâneo, de modo que é impossível se afirmar de antemão especificamente qual o ponto ótimo relativo ao aprofundamento do mérito na fase de certificação na realidade brasileira, se essa fase fosse prevista no nosso ordenamento. Esse grau de especificidade só se chegaria com o amadurecimento do instituto nas cortes nacionais, assim como se deu nos Estados Unidos, de modo que a lei não deve procurar definir rigidamente padrões e limites do grau de cognição admitido na fase de certificação, deixando ao juiz a discricionariedade de definir qual o nível necessário de incurso no mérito para avaliação das condições de procedibilidade. Evidentemente, entretanto, que a lei deve trazer parâmetros, buscando evitar decisões arbitrárias ou mesmo dar espaço a desvio de finalidade na atuação jurisdicional, mas esses parâmetros precisam ser genéricos e amplos o suficiente para permitir a adaptação do instituto caso a caso, deixando espaço ao amadurecimento e construção do instituto pelo uso.

Nesse escopo, parece que a melhor resposta à pergunta “qual o grau de incursão no mérito que pode o magistrado fazer para decidir sobre a certificação” seria adotar o meio termo, nem bem negar absolutamente o ingresso no mérito, como fazia a jurisprudência mais antiga dos EUA, tomando por verdadeiras todas as alegações dos autores da ação coletiva, nem permitir o ingresso aprofundado do mérito, que exigisse a produção de provas complexas, alongado em demasia a fase de certificação. Bons parâmetros, parece, preveriam a possibilidade de análise superficial do mérito, que não exija produção complexa de provas. Mas a resposta do que significam, na prática, esses parâmetros, ficaria a cargo do magistrado, permitindo que a delimitação real desses parâmetros fosse desenhada pela jurisprudência pátria com o amadurecimento da técnica ao longo de sua aplicação¹¹⁹.

¹¹⁹ Vale lembrar que a discussão a respeito da possibilidade de análise do mérito em fases preliminares é muito aguçada no ordenamento brasileiro especialmente com relação às condições da ação. Com efeito, OVÍDIO BATISTA afirma que “Quando o juiz declara inexistente uma das ‘condições da ação’, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma ‘condição da ação’ não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo.”

2.4.2.1. Representatividade adequada

Outro requisito de importância fulcral ao bom funcionamento das ações coletivas em qualquer jurisdição é sem dúvidas a representação adequada. O sistema brasileiro, embora não trate expressamente desse requisito, utilizando-se dessa nomenclatura, possui algumas previsões que podem ser entendidas como requisito de representação adequada. Com efeito, o legislador pátrio definiu expressamente no texto legal o rol de legitimados à propositura da ação civil pública, bem como os requisitos (mesmo que só relativos às associações). Dessa maneira, definiu quem são os representantes adequados na lei. Veja-se:

“Art. 5º da Lei 7.347/85: 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 meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

“Art. 82 do CDC: Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

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

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.”

Assim sendo, a legislação optou por determinar *ex ante* os representantes adequados, definindo-os expressamente e exaustivamente na lei, ao invés de abrir o leque dos

(BAPTISTA DA SILVA, 2000: 108/109). Não interessa a esse estudo, no entanto, debater profundamente esse tema, embora sua importância seja fulcral no desenvolvimento do processo civil moderno.

legitimados para propositura das ações a todos os cidadãos e Poder Público, analisando em sede pré-processual, caso a caso, a adequação do representante.

Com efeito, a lei que rege a ação civil pública, bem como o Código de Defesa do Consumidor, prevêem uma lista exaustiva de legitimados a propositura da ação coletiva, quais sejam: Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista e, finalmente, associações. Além de definir o rol de legitimados para a propositura das ações civis públicas, o que, *per se*, é uma forma de aplicar *ex lege* o requisito da representatividade adequada, a lei ainda exige que, nos casos de associações civis como autoras das demandas, a mesma deva estar constituída há pelo menos 1 (um) ano, e deva incluir entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esse último requisito, específico para o caso da autoria da ação ser de associação civil, será analisado pelo juiz quando do ajuizamento da ação civil pública.

Embora o sistema das ações civis públicas preveja de algum modo o requisito da representatividade adequada, e permita que o magistrado analise esse requisito quando do ajuizamento da ação, essa verificação se dá de modo muito incipiente, se resumindo a simples checagem do rol previsto na lei¹²⁰. Mesmo o requisito relativo às associações, que pode ser dotado de maior subjetividade por conta da exceção trazida no §4º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (§ 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido), também não dá ao juiz mecanismos suficientes para examinar com profundidade o requisito da representatividade adequada.

Em momento algum o nosso sistema possibilita ou mesmo transfere ao magistrado o papel de avaliar a qualidade dos representantes para o atingimento da finalidade da ação

¹²⁰ “O sistema vigente de tutela coletiva, integrado principalmente pelos estatutos pertinentes à ação popular, à ação civil pública e à defesa do consumidor, contenta-se com um controle mais abstrato e formal em relação aos legitimados, cabendo ao juiz, no máximo, a aferição do tempo de existência da associação, quando esta for autora, e, se não constituída há mais de um ano, a possibilidade de dispensa deste pré-requisito. O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, ao contrário, atribuiu ao magistrado um controle de admissibilidade centrado na adequação da representatividade do legitimado e da relevância social da demanda coletiva, bem como diante dos interesses individuais homogêneos, em relação à predominância de questões comuns sobre as individuais e da superioridade (utilidade) da tutela coletiva no caso concreto.” (MENDES, 2007: 26)

coletiva, qual seja, representar¹²¹ de modo mais amplo e adequado possível os interesses da classe, garantindo eficiência a solução dos conflitos repetitivos sem abrir mão dos requisitos do devido processo legal¹²². A função de determinar aqueles que seriam os melhores representantes do interesse da coletividade foi deslocada ao legislador, o que acabou por enrijecer demasiadamente a capacidade ativa para a propositura da ação civil pública, impossibilitando, muitas vezes, o ajuizamento da ação por falta de requisito legal de legitimidade, e, pior, o que deixou de lado a real avaliação da representatividade adequada, a se realizar caso a caso pelo magistrado mediante contraditório.

Há de se apontar que existe alguma preocupação com a análise real da representatividade adequada nos tribunais pátrios, o que se verifica de maneira tímida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, como exemplifica o acórdão abaixo transcrito:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO NÃO DEMONSTRADO. INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DE AÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para configuração de legitimidade ativa e de interesse processual de associação para a propositura de ação civil pública em defesa de consumidores, faz-se necessário que a inicial da lide demonstre ter por objeto a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Não é cabível o ajuizamento de ação coletiva para a defesa de interesses meramente individuais, o que importa carência de ação.

2. Nas ações em que se pretende a defesa de direitos individuais homogêneos, não obstante os sujeitos possam ser determináveis na fase de conhecimento (exigindo-se estejam determinados apenas na liquidação de sentença ou na execução), não se pode admitir seu ajuizamento sem que haja, ao menos, indícios de que a situação a ser tutelada é pertinente a um número razoável de consumidores. O promovedor da ação civil pública deve demonstrar que diversos sujeitos, e não apenas um ou dois, estão sendo possivelmente lesados

¹²¹ “Aliás, uma consideração deve ser feita que distingue a participação no processo, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro o contraditório é exercido diretamente, pelo sujeito da relação processual, no segundo – o processo coletivo – o contraditório cumpre-se pela atuação do portador, em juízo, dos interesses ou direitos difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos. Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado ‘representante adequado’” (GRINOVER, 2007: 13).

¹²² “É este conceito que torna factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos erga omnes, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo” (COSTA, 2009: 957).

pelo fato de "origem comum", sob pena de não ficar caracterizada a homogeneidade do interesse individual a ser protegido.

3. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 823.063/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 22/02/2012)

No entanto, mesmo com a tentativa do Judiciário de dar contornos mais eficazes ao controle de representatividade adequada, a realidade é que a maneira como os requisitos de legitimidade para propositura da ação civil pública se dispõe hoje na legislação nacional não é suficiente para de fato garantir a representação adequada. Não é porque o Ministério Público está no rol exaustivo da legislação que ele será o melhor representante para uma demanda coletiva. Esse requisito deve ser observado caso a caso, de modo cauteloso, com a observância do contraditório para tanto.

“Diante disso, não se vislumbra justificativa plausível para que qualquer legislação que verse sobre direitos coletivos não coloque a representatividade adequada dentre os princípios dos processos voltados a sua defesa, porque ele é intrínseco ao próprio conceito das ações representativas.” (FORNICARI, 2010: 54)

Nessa toada, seria mais condizente com o devido processo legal e com a finalidade das ações coletivas – solucionar as demandas repetitivas de forma conjunta, garantindo a melhor defesa possível ao interesse dos indivíduos envolvidos – adotar a técnica prevista nas *class actions* americanas. Ou seja, em vez de limitar *ex legi* os legitimados para a propositura das ações coletivas, enumerar os requisitos para a representação adequada e verificar-se, *in casu*, a presença dos mesmos mediante contraditório e a produção das provas necessárias.

“O controle judicial deve ser exercido em relação às representative parties e aos respectivos advogados. A intensidade da fiscalização leva em consideração se houve ou não autorização específica dos membros da classe, bem como a autoridade que sobre estes é exercida pelas partes presentes.

Na apreciação do requisito, os tribunais costumam aferir vários fatores. Mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação, importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse.” (MENDES, 2002: 82)

Dessa maneira, observar-se-ia com mais cuidado a real presença dos requisitos de representação adequada, e dar-se-ia oportunidade para quaisquer indivíduos ajuizarem as

demandas, afastando a necessidade de criação de associações para tanto. Como consequência, as ações civis públicas ganhariam legitimidade com a sociedade e o Judiciário, pois se garantiria que aquela é melhor maneira, para a coletividade, de resolver a lide, pois comungando a celeridade decorrente da agregação com o devido processo legal, observado por, dentre outros, o requisito da representatividade adequada.

Essa tese vem crescendo na doutrina nacional há algum tempo, de forma que se incentiva que, dentro dos limites da legislação vigente, o juiz dê especial atenção à representatividade adequada¹²³. Outra parcela da doutrina entende, entretanto, que o rol de legitimados à propositura da ação civil pública foi determinada pelo legislador pátrio de forma *ope legis*, não havendo espaço ao magistrado decidir casuisticamente a respeito da representatividade adequada¹²⁴. Intermediariamente, a posição deste estudo é de que o legislador brasileiro fechou o rol dos legitimados à propositura da ação civil pública exaustivamente, permitindo a análise casuística da representatividade adequada somente com relação às associações, e somente na medida das exigências determinadas pela lei (esteja constituída há pelo menos um ano e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico). Não há, além dessa, outra previsão legal que permita ao magistrado julgar o processo sem resolução do mérito por falta de representatividade adequada. Caso, por exemplo, a Defensoria Pública ingressasse com ação civil pública para discutir indenização pelos danos causados aos consumidores lesados pela venda de um produto defeituoso, mesmo que outros indivíduos, que melhor representariam os interesses da coletividade, aleguem ausência de representatividade adequada, o juiz não poderá julgar o processo extinto sem julgamento de mérito por falta de previsão legal.

No Projeto de Código de Processo Civil Coletivo, a aferição da representatividade adequada foi sugerida segundo parâmetros exemplificativos: “credibilidade, capacidade,

123 “Há requisitos subjetivos para a aferição da adequação da representatividade, que são: credibilidade, capacidade, prestígio, experiência do legitimado, histórico na proteção judicial ou extrajudicial dos interesses do grupo, condutas em outros processos, coincidência ou não de interesses, tempo de constituição da associação, representatividade do indivíduo frente ao grupo. Assim, o magistrado deve fazer a análise da associação de forma conjunta com a realidade da situação jurídica de direito material¹⁶, não sendo suficiente a mera observância da letra da lei, tampouco seria eficiente uma legislação que fixasse critérios rígidos de aferição da adequação da representatividade.” (RICHTER, 2012: 187)

124 Nesse sentido ver NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria A. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em vigor. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1443.

prestígio e experiência dos legitimados; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; sua conduta em outros processos coletivos, a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda e o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.” (MENDES, 2007: 26)

E a aferição da representatividade adequada de forma contundente não significa apenas o preenchimento de um requisito teórico e formal, mas de verdadeiro desdobramento do devido processo legal, porquanto nas ações coletivas os representados não são terceiros, mas partes na ação¹²⁵. Dá-se, assim, substituição processual¹²⁶ com relação aos representados e legitimação ordinária com relação ao autor quando este for pessoa física. Ou seja, a representatividade adequada é uma garantia inafastável para que a substituição processual se dê nos moldes e de acordo com as garantias constitucionais entregues aos litigantes particulares. Essa conclusão terá suma importância no próximo tópico, que trata dos limites da coisa julgada e da litispendência nas ações civis públicas.

2.4.3 Limites da Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Civis Públicas

O regime que rege a coisa julgada nas ações coletivas do direito brasileiro é substancialmente diverso daquele que rege a *class action*. Dispõe o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública que “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”.

¹²⁵ “Como se nota, é o dado sócio-político-econômico que veio alterar profundamente o processo civil em terrenos até então estabilizados, como a legitimação para agir, agora desfocada do parâmetro da *titularidade do direito* para o binômio: relevância social do interesse/adequação do representante. Em consequência dessa alteração na condição legitimante, o poder de agir, no caso de interesses metaindividuais, revela-se em modo concorrente-disjuntivo, ofertada a vários coletivamente ativos (...). Aí se nota uma clara influência do processo norte-americano das *class actions*, onde a *adequacy of representation* pode vir reconhecida num dado expoente do interesse coletivo” (MANCUSO, 2000: 6).

¹²⁶ “Tratando-se de demanda proposta por legitimado extraordinário, a sentença que a julgar improcedente terá autoridade também sobre os demais co-legitimados: é inerente ao instituto da substituição processual ficar o substituído vinculado à coisa julgada material produzida na causa conduzida pelo substituto, sendo óbvio que atingirá igualmente os demais substitutos. O expediente representado pela extensão subjetiva da coisa julgada concorre eficientemente para evitar o mal do conflito de julgados, guardando boa relação de complementariedade com a unitariedade do litisconsórcio e oferecendo solução satisfatória nos casos em que este não é, ao mesmo tempo, também necessário.” (DINAMARCO, 1996: 90)

Embora numa primeira leitura pudesse-se entender que o intento do legislador fosse de alargar o espectro de eficácia da sentença coletiva para atingir os representados de maneira *erga omnes*, a despeito do resultado, não é isso que se verifica. Na realidade, a coisa julgada no sistema brasileiro só atinge o individual se lhe for favorável (transporte *in utilibus*), caso não tenha ainda ajuizado sua demanda individual ou caso a tenha sobrestado para aguardar o desfecho da ação coletiva. A coisa julgada do resultado negativo da tutela coletiva só atingirá, assim, outras ações coletivas. Além disso, nunca há coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas¹²⁷. O sistema brasileiro adotou, deste modo, o criticado sistema da *res judicata secundum eventum litis*.

A este respeito, ROGÉRIO LAURIA TUCCI e JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

“Vislumbrando a inconstitucionalidade desse tratamento afrontoso da regra da isonomia processual dispensado à denominada ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos, o Prof. Ignácio Botelho de Mesquita anota, ainda, que o ato decisório final que condenar o réu-fornecedor, torna-se imutável e indiscutível, ‘em o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja. A autoridade do Poder Judiciário, neste caso, será nenhuma e a sentença não valerá o preço do papel em que tiver sido lançada. O direito de defesa do réu, por sua vez, ficará reduzido a uma formula inteiramente vazia, porque, por melhor que se defenda, nenhuma consequência prática daí decorrerá, a não ser a vitória isolada sobre a ‘vítima’ incauta que, ignorante, tenha optado por participar do processo em lugar de ficar de fora aguardando o resultado’!...” (TUCCI e CRUZ E TUCCI, 1993:120).

¹²⁷ “Por conta disso, já se perscrutou inconstitucionalidade nesse regime, na medida em que ele desequilibraria a desejável igualdade entre as partes, ao permitir a reabertura do objeto litigioso por parte dos que remanesceram alheios à lide coletiva, ou seja, haveria um tratamento privilegiado ao autor individual (v.g., o consumidor de um certo produto imputado como nocivo na ação coletiva ao final desacolhida), porque, então, quem estava com o bom direito – o fabricante-réu na ação coletiva rejeitada – terá pouco proveito, porque poderá ter que retornar à Justiça, agora como demandado em ações individuais; ao passo que ao indivíduo o sistema oferece a dupla opção de tanto poder aderir à ação coletiva, beneficiando-se de eventual coisa julgada favorável, como simplesmente aguardar o seu desfecho, porque, mesmo vindo a ser rejeitado o pleito coletivo, estará livre para mover sua ação individual ou retomar a que tenha ficado sobrestada.” (MANCUSO, 2007: 269)

“Com efeito, se o autor é considerado uma parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não nos parece razoável que se deva distinguir entre efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis. É preciso ter presente que, também nas controvérsias respeitantes aos interesses coletivos e difusos, há sempre duas partes contrapostas. Se nós dizemos que os efeitos favoráveis se estendem a terceiros e os desfavoráveis não, devemos ter presente que em relação à outra parte a solução *secundum eventum litis* opera somente em sentido negativo.” (TUCCI e CRUZ E TUCCI, 1993: 122)

A regra mais clara de impossibilidade da coisa julgada coletiva atingir o particular para lhe prejudicar adveio posteriormente, com o Código de Defesa do Consumidor, e mais especificamente como decorrência do regramento que rege a litispendência. A disposição do diploma consumerista determina, em seu art. 104, que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos I e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” Dessa maneira, a despeito do ajuizamento de ação civil pública, todos os representados podem ajuizar contemporaneamente ações particulares para discutir a mesma questão, se assim quiserem, o que significa que o nosso ordenamento vinculou-se ao modelo de *opt in*. Em outras palavras, o representado tem de demonstrar interesse pela inclusão na ação civil pública, mesmo que de modo omissivo; ou seja, deixando de ajuizar sua ação individual ou sobrestando-a pelo período determinado na lei.

Com relação à coisa julgada, duas são as características que diferem sensivelmente da técnica norte-americana e, diga-se, da grande maioria dos ordenamentos jurídicos¹²⁸. A primeira diz respeito à extensão subjetiva da eficácia da coisa julgada, ou seja, quem são os atingidos pela imutabilidade da tutela jurisdicional coletiva. A segunda diz respeito aos limites geográficos de eficácia da tutela.

Como visto em capítulo anterior, o tema recebe, na doutrina e jurisprudência norte-americana, o nome de *preclusion*, tendo em vista o efeito preclusivo *lato sensu* das técnicas de coisa julgada e litispendência. A regra geral de *preclusion* nas *class actions* que lidam com direitos individuais homogêneos (chamadas *class action for damages*, escopo que interessa para as finalidades desse estudo) é da *opt out*, ou seja, a princípio, todos os membros da classe representados estão vinculados aos efeitos preclusivos da ação coletiva, seja de litispendência, seja coisa julgada, a não ser que exerçam seu direito de extromissão (*opt out*). Para tanto, é necessário que se verifiquem presentes todos os requisitos necessários à certificação, especificamente no que diz respeito à representatividade adequada.

¹²⁸ “A maioria esmagadora dos países adota, entretanto, o sistema da vinculação, sendo facultada a exclusão mediante requerimento (*opt-out*), independentemente de o resultado ser ou não favorável à parte coletiva.” (MENDES, 2002: 188).

Aliás, os efeitos da coisa julgada e da listispendência no direito norte-americano exercem influência direta na rigidez dos requisitos de certificação. Com efeito, verifica-se que nas hipóteses de *injunctive class actions*, ou seja, aquelas que lidam com direitos indivisíveis, nas quais o liame entre os direitos dos membros da classe são muito mais evidentes, a regra de vinculação é da *mandatory class action*. Isso quer dizer que nos casos de ação coletiva para tutelar direitos difusos e coletivos *lato sensu*, nos Estados Unidos, todos os representados estarão necessariamente vinculados ao resultado, seja ele positivo ou negativo, ficando-lhes vedado ajuizamento de ação individual que discuta o mesmo fato jurígeno (*claim preclusion*), ou mesmo que discuta uma questão pontual debatida na *class action* (*issue preclusion*). Por sua vez, nas *class actions for damages*, que lidam com direitos individuais homogêneos, e que possuem a particularidade da predominância de questões coletivas sobre as questões individuais específicas, o que indica um liame de direitos menos evidente entre os membros da classe, a regra de *preclusion* é bastante mais rigorosa, permitindo a extromissão dos membros que não quiserem ser vinculados pelos efeitos da sentença. Essa é a forma que o sistema norte-americano encontrou de contrabalancear a efetividade da tutela coletiva com a segurança jurídica para os representados: nos casos em que o liame entre os direitos dos membros da classe é muito intenso e que os prejuízos pelo ajuizamento das ações individuais separadas seriam muito grandes, a obrigatoriedade da tutela coletiva se impõe, verificada inclusive pela técnica de estabilização da demanda. Já nos casos em que o liame (*commonality*) entre o direito dos representados é mais tênue, e que a possibilidade de ações individuais seria mais evidente, deixa-se mais alargada a possibilidade de extromissão da ação coletiva para usufruto do direito de ação individual.

Conforme frisamos no capítulo 2.3, entretanto, parte importante da doutrina norte-americana hoje defende a vinculação obrigatória (*mandatory class action*) mesmo nos casos de direitos individuais homogêneos (*class action for damages*), porquanto isso evitaria o incentivo negativo à extromissão em larga escala de importantes *players* da classe, o que poderia significar o próprio esvaziamento da ação coletiva.

Com efeito, em *Principles*, §2.07, prevê-se que:

“(c) if the court finds that the aggregate proceeding should be mandatory in order to manage indivisible relief fairly and efficiently as to the related claims, then aggregate treatment by way of class action need not afford claimants an opportunity to avoid the preclusive ef-

*fect of any determination of those claims”*¹²⁹ (PRINCIPLES, 2010: 148).

Há que se ressaltar um outro importante ponto no que diz respeito à técnica de *opt-out*. Nos casos de *class action for damages*, porque existente a possibilidade de extromissão, o item (c)(2) prevê a obrigatoriedade da *best notice practicable under the circumstances*, ou seja, que “tenha sido implementada uma idônea e satisfatória comunicação quanto à existência do pleito coletivo e respectivo objeto, a fim de que, sendo o caso, os sujeitos concernentes ao interesse judicializado possam, querendo, manifestar intenção de não se vincularem aos efeitos do julgado que aí venha a ser proferido” (MANCUSO, 2007: 264). A essa previsão se dá o nome de *fair notice*.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ensina que:

“o julgamento proferido em uma class action, favorável ou contrário, será diretamente eficaz a todos aqueles que o tribunal declarar integrantes do grupo. Assim, considerada adequada a representação da classe e tendo os seus respectivos integrantes recebido uma fair notice do processo, a coisa julgada vale para todos eles; caso contrário, vislumbrando-se possível a ofensa à garantias do due process of law, os efeitos declaratórios do decisor se restringe apenas aos litigantes que participaram do contraditório” (CRUZ E TUCCI, 1990: 27).

Desta feita, imaginando-se uma situação de *class action* ajuizada para tutela de direitos individuais homogêneos, como caso de um derramamento de material em uma bacia hidrográfica, que acabou por intoxicar centenas de famílias: todos os considerados integrantes daquela coletividade afetada serão notificados para se manifestarem sobre seu interesse de extromissão do processo, caso haja interesse. Supondo que determinados indivíduos não sejam notificados, ao cabo do processo, ou no seu curso, eles podem pedir que os efeitos da coisa julgada e que a litispendência não lhes sejam aplicados, porquanto não receberam o *fair notice*. Caberá, então, ao magistrado decidir se os meios empregados pelos autores da ação coletiva para notificar todos os representados foi o melhor possível diante das circunstâncias fáticas. Se houver sido, o *right to opt-out* será negado, porquanto temporalmente precluso; do

¹²⁹ “The mandatory nature of the proceeding advances due process in several ways. First, it creates a forum in which all interested persons may voice their views concerning the practice or policy. Second, it enables the court to craft an indivisible remedy that burdens the defendant and any dissenting claimants to the minimum extent needed to vindicate the rights asserted in the complaint. Third, it avoids the risk of inconsistent adjudications and relief.” (PRINCIPLES, 2010: 156)

contrário, aqueles indivíduos não serão alcançados pelos efeitos preclusivos da *class action*, podendo ajuizar sua ação individual livremente.

Algumas importantes discussões se travam nos Estados Unidos a respeito da responsabilidade de realizar a *fair notice*, especialmente no que diz respeito aos custos envolvidos, tendo em vista que o chamamento dos envolvidos nos fatos deve se dar de maneira plena (a melhor possível diante das circunstâncias), o que encarece o processo. Essas particularidades não serão alvo de análise aprofundada deste trabalho, entretanto.

Como dito, o legislador brasileiro optou por técnicas bastante diversas no que diz respeito à coisa julgada e a litispendência nas ações civis públicas¹³⁰. Com intento de preservar ao máximo o direito do acesso à justiça do indivíduo (ubiquidade)¹³¹, acabou por reduzir de forma relevante os efeitos da tutela coletiva, especialmente no que tange à eficácia em atomizar as demandas repetitivas. Ora, pode-se depreender facilmente do texto legal que o legislador não quis afastar do litigante individual o direito de ajuizar e administrar seu próprio

¹³⁰ “(...) a proteção judicial dos interesses pluriindividuais encontra-se dividida em dois sistemas de vinculação. O de inclusão, no qual a pessoa interessada precisa manifestar expressamente a sua vontade de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial coletivo, é também conhecido pela expressão inglesa *opt-in*, diante da necessidade de opção pelo ingresso no grupo atrelado à decisão. É o que se passa, por exemplo, na Inglaterra e na China.

O sistema de exclusão, por sua vez, está baseado na exigência da representação adequada e na comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro do prazo fixado pelos órgãos judicial, deverão requerer a sua exclusão (*opt-out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos no processo metaindividual. Do contrário, estará, a priori, vinculado ao pronunciamento. É o modelo adotado, atualmente, verbi gratia, nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália.

A vinculação aos efeitos da coisa julgada pode estar, também, condicionada ao resultado desta ser ou não favorável (*secundum eventus litis*) aos interesses coletivos. Em alguns casos, a dependência da eficiência em relação ao teor do julgamento é absoluta, ou seja, sempre que for contrária à parte coletiva, os integrantes do grupo não serão afetados.

Mas há, também, a possibilidade de se estabelecer um sistema menos draconiano para a parte contrária aos interesses metaindividuais, normalmente situada no pólo passivo. É o que ocorre quando a ineficácia está condicionada apenas à improcedência do pedido em decorrência da falta de provas, tal qual previsto em Portugal, a exemplo da ação popular brasileira” (MENDES, 2002: 187/188).

¹³¹ “O sistema processual coletivo é concebido, a princípio, de molde a desestimular o fluxo de demandas individuais à Justiça, até porque a tutela judicial objetivada é molecular, voltada a prevenir a atomização do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações particulares. Tudo, naturalmente, sem perder de vista a garantia do acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), que hoje merece uma releitura, não podendo ser visto como um incentivo à litigância, ao risco de que o número excessivo de ações individuais acabe por desfigurar o caráter verdadeiramente coletivo do conflito.” (MANCUSO, 2007: 266, sem grifo no original).

processo, como se a ação coletiva não fosse capaz de tutelar os direitos individuais homogêneos de uma coletividade de forma eficaz¹³².

Esse medo, vislumbrado no legislador quando formulou as normas que regem a tutela processual coletiva no ordenamento brasileiro, também se verifica nos magistrados, que tem dificuldade de aceitar a substituição processual da pessoa física pelo representante (até porque a legislação não lhes permite muito). Mas o fato é que essa maneira de tratar a tutela coletiva, acaba por desnaturar por completo a natureza e o objetivo das ações coletivas, que é dar celeridade e eficácia (eficiência) à solução de lides envolvendo direitos indivisíveis, e demandas repetitivas, quando se trata de direitos individuais homogêneos. Ao admitir que a ação coletiva produza quase ou nenhum efeito de cunho preclusivo para os representados, seja por limitação subjetiva, de resultado, ou geográfica, a tutela processual coletiva torna-se inútil no que tange a resolver o problema da atomização dos conflitos, de dar solução isonômica, trazer segurança jurídica e celeridade ao processo¹³³.

Nesse sentido, ALUÍSIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES afirma que:

“Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produz efeitos erga omnes, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos secundum eventum litis, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significati-

¹³² “O art. 472 do Código de Processo Civil estabelece que a ‘sentença faz coisa julgada às partes, entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros’. Naturalmente, a matéria há que encontrar disciplinamento diverso em sede de tutela coletiva, na medida em que se conferiu legitimidade para que determinadas pessoas ou órgãos possam efetuar em juízo a defesa de interesses alheios. Do mesmo modo, a indivisibilidade do objeto determinaria, no caso dos interesses essencialmente coletivos, de modo peremptório, o tratamento coletivo para o conflito, na medida em que exigiria solução uniforme. Não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à Justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo.” (MENDES, 2002: 259).

¹³³ “E se for julgado procedente o pedido feito em ação coletiva, com efeitos erga omnes, e, ao mesmo tempo, for julgado improcedente o pedido em ação individual com a mesma causa de pedir? Suponhamos que, na ação coletiva, a coisa julgada reconheça um direito para todos os servidores públicos; ao mesmo tempo, em ação individual, o servidor X viu formar-se coisa julgada a negar-lhe esse direito, acreditamos que o lesado deve ser beneficiado pela coisa julgada coletiva. Não teria sentido que o mesmo demandado fosse obrigado a pagar um benefício a todos os seus funcionários, menos a um único que o acionou individualmente, sem êxito. Além de negação ao princípio isonômico, seria a existência de coisas julgadas contraditórias, uma, aliás, de maior abrangência que a outra.” (MAZILLI, 1999: 288).

vo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo, torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.” (MENDES, 2002: 263-264).

Ensina também JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI:

“Na Itália, não obstante ter granjeado alguns adeptos, é severa a crítica que Mauro Cappelletti lançou à denominada coisa julgada secundum eventum litis. De fato, se o autor é considerado parte idônea para defender os direitos de um grupo de consumidores, não parece razoável que se deva distinguir entre efeitos positivos e negativos, favoráveis ou desfavoráveis. É preciso ter presente que, também nas controvérsias respeitantes aos direitos coletivos e difusos, há sempre duas partes contrapostas. Se os efeitos favoráveis se estendem a terceiros e os desfavoráveis não, conclui-se que em relação à outra parte a solução secundum eventum litis opera somente em sentido negativo. Aflora, à toda evidência, que a produção industrial se consubstancia num bem social, uma vantagem coletiva, que não pode subordinar-se a um estado de insegurança jurídica, decorrente de injustificadas investidas judiciais. É bem de ver que, como sempre, também no caso da tutela dos interesses coletivos e difusos existem valores contrapostos, cada um deles, nos seus justos limites, dignos de respeito e proteção. Considerar somente a posição privilegiada de uma das partes - no caso, o consumidor -, e com isso colocar em risco a paridade de armas no processo, enseja uma forma ulterior de violação do devido processo legal e, ao mesmo tempo, uma simplificação de realidade extremamente complexa.” (CRUZ E TUCCI, 2007: 46)

É por isso que se faz imperiosa a construção de uma verdadeira teoria geral para os processos coletivos, como pretendeu o Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos¹³⁴. É de suma importância que o operador do Direito, todos, legislador, advogados,

¹³⁴ “o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão. Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. O Anteprojeto procura

magistrados, promotores etc, tenham consciência de que as premissas que regem a tutela processual coletiva é distinta daquela que rege o direito processual individual¹³⁵. Sem que se parta de pressupostos distintos é impossível que tenhamos algum dia um direito coletivo eficiente.

Com relação ao elemento subjetivo do processo, há que se enxergar os representados como verdadeiras partes do processo coletivo, substituídas processualmente pelo representante, cuja adequação será analisada de forma pormenorizada pelo juiz na fase de certificação. Assim, não se entende correto tratar os representados como terceiros, que optam por ingressar ou não na demanda, como se assistentes fossem.

Além disso, no que tange aos elementos objetivos do processo, na tutela coletiva é preciso que se alarguem os conceitos rígidos do processo individual. Com efeito, há que se

afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado. Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação. Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida. Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou preventivo para as demandas coletivas. O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.” (Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processo Civil Coletivo redigido por ALUISIO GONÇALVES CASTRO MENDES, disponível em www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc.doc)

¹³⁵ “o quadro da defesa dos direitos individuais homogêneos no Brasil resguarda amplamente a iniciativa individual. Quer dizer: a propositura da demanda coletiva não obsta que os prejudicados intentem ações individuais, nem a coisa julgada coletiva prejudica o litigante individual que não participa da demanda de classe. No dizer de Teori Zavaski, “está consagrada a liberdade do titular do direito individual de aderir ou não ao processo coletivo, de submeter-se ou não ao que nele for decidido, de manter ou não, independentemente da existência ou do resultado da demanda coletiva, o seu status quo jurídico individual.” O modelo diferente do aplicado no direito norte-americano das *class actions for damages*, no qual se inspirou a ação civil coletiva, o interessado individual precisa manifestar expressamente sua exclusão da esfera de influência da class action. (...) o fato de que o sistema de tutela coletiva preservou, de maneira praticamente irrestrita, a iniciativa individual em demandar direitos suscetíveis de serem solucionados em conjunto, o que importou o inevitável esvaziamento da tutela coletiva.” (RODRIGUES, 2010: 84/95).

divorciar de vez da inflexibilidade do conceito alemão que entende o objeto do processo, no qual incidem os efeitos preclusivos, exclusivamente pelo pedido¹³⁶. Ou mesmo do modelo tradicional romano, que restringe a lide ao binômio causa de pedir e pedido. Há que se compreender a relação entre o objeto dos processos pelo bem jurídico envolvido, pelo fato jurígeno que deu origem às demandas, portanto pela causa de pedir mesmo que remota. Havendo liame entre os direitos perseguidos e os fatos originários, e principalmente entre o direito material originário às demandas, há identificação sim entre os processos, devendo-se operar tanto a litispendência quanto a coisa julgada. Essa visão está lastreada, como explica ANTONIO DO PASSO CABRAL, também na doutrina de Habscheid, que entende que o objeto do processo compreenderia as alegações de direito ou pretensão em sentido material e processual, somado ao chamado ‘estado de fato’. Ou seja, o objeto do processo derivaria também de todos os fatos que constituem o conjunto de acontecimentos da vida dos litigantes, e não somente aquele descrito na causa de pedir e no pedido. A consequência disso é que o efeito preclusivo se aplicaria a todo o estado de fato discutido na demanda, e não somente ao quanto levado efetivamente ao processo, bem como incidiria sobre todos os envolvidos no fato e não somente àqueles que peticionaram (CABRAL, 2013: 89).

Repisando-se, é imperativo que se tenha em mente que os representados não são terceiros no processo coletivo se dele não se extromitirem. Aqueles que estão adequadamente representados e que não exercem expressamente a intenção de deixar a ação civil pública, são partes representadas do processo. Dessa maneira, “não seria, em última análise, uma verdadeira ampliação *ultra partes* [da coisa julgada]. Já se observou que é justamente na ótica da *adequada representação* do conjunto de interessados que se podem resolver os problemas constitucionais da informação e do contraditório e de seus reflexos nos limites subjetivos da

¹³⁶ Em estudo aprofundado sobre o tema, ANTONIO DO PASSO CABRAL ensina que “não obstante a ligação da coisa julgada ao elemento volitivo da sentença mais bem sucedidas justificações para a limitação objetiva da coisa julgada ao dispositivo vieram das investigações sobre o significado do ‘objeto do processo’ chamado Streitgegenstand (literalmente: objeto do litígio) na processualística germânica. O tema recebeu grande atenção de muitos estudiosos ao redor do mundo e o conceito ainda hoje possui papel de destaque na doutrina, sendo usado para a análise de inúmeros institutos processuais além da coisa julgada, tais como a litispendência, a conexão, a continência, a cumulação de demandas, dentre outros. (...) ganharam força as teses puramente processuais a respeito do objeto do processo. Para esta variante, o Streitgegenstand seria descoberto à luz de elementos estritamente processuais, sem qualquer relação com o direito material e geralmente assimilados ao pedido. Embora tenha havido, na década de 1970, uma reação das teorias materialistas, hoje prevalecem amplamente as teses que buscam critérios processuais para determinar o Streitgegenstand.” (CABRAL, 2013: 86/87). Segundo o autor, o Brasil tem-se filiado à concepção de Schwab, segundo a qual o objeto do processo se limita ao pedido, ficando dele excluído a causa de pedir. Mas argumenta que o modelo de objeto de processo adotado no Brasil,

coisa julgada, porquanto os *adequadamente representados* não são propriamente *terceiros*.” (GRINOVER, 2004: 905)

Ante o exposto, restringir os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, proibindo-se a litispendência entre ação coletiva e ações individuais, não só afronta o princípio da isonomia, porquanto privilegia incomensuravelmente uma parte em prejuízo do réu, quanto ofende a eficiência do instrumento processual. Assim, as partes devem ser sim atingidas pelos efeitos preclusivos (*lato sensu*) da ação coletiva, pela estabilização da sentença favorável ou desfavorável, e pela litispendência que proíba o ajuizamento de demandas individuais sobre o mesmo fato e que julgue extinta sem julgamento de mérito as já existentes. Isso, evidentemente, desde que observados os requisitos de certificação da classe (representação adequada, homogeneidade – predominância e adequação, numerosidade e identidade) de forma efetiva e mediante contraditório.

Como explica ADA PELLEGRINI GRINOVER, essa é a idéia que permeia o Projeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. Veja-se:

“Mas os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, colocando entraves à identificação das relações entre processos, de modo a dificultar sua reunião ou extinção. No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos acima indicados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente; e a diferença de legitimados ativos não será empecilho para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso significa que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um âmbito maior de aplicação” (GRINOVER, 2007: 13).

Com efeito, no Código projetado optou-se pela coisa julgada *secundum eventum probationis*, ou seja, que produz efeitos *erga omnes* para beneficiar ou prejudicar os representados, a não ser em caso de indeferimento por falta de provas, “possibilitando a repositura da ação com base em provas novas, supervenientes, que não puderam ser produzidas no processo e capazes, por si só, de mudar seu resultado” (GRINOVER, 2006: 14). E ainda, expressamente adotou o sistema *opt out* com relação às ações civis públicas em tutela de direitos individuais homogêneos, afirmando que “na hipóteses dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo

os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão” (art. 22, §3º).

Já com relação à litispendência¹³⁷ o art. 7º prevê que a primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados. E na relação entre ação coletiva e ações individuais previu que:

“Art. 33. O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto da ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, ou autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.”

Conclui-se, dessa maneira, que o Código projetado optou por substituir a atual sistemática da litispendência (ou ausência da mesma) pela técnica americana do *opt-out*,

¹³⁷ “Considerando-se que uma das finalidades precípuas da tutela jurisdicional coletiva é a de possibilitar a economia processual, com a eliminação ou redução dos processos individuais, em prol do fortalecimento da defesa e resolução coletiva dos conflitos envolvendo direitos e interesses individuais homogêneos, parece que deva haver, como acima defendido, um sistema mais coerente e definido na relação entre as demandas coletivas e individuais, com a priorização e fortalecimento dos processos coletivos. Partindo dessa premissa, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado nos Programas de Pós-Graduação da UERJ-Unesa inovou ao elaborar um sistema de exclusão mitigado e com características novas, voltado para os direitos e interesses individuais homogêneos.

(...)

O anteprojeto (...) prevê, antes de mais nada, em se tratando de direitos individuais homogêneos, a publicação de edital no Órgão Especial e a comunicação dos interessados, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo da ampla divulgação pelos meios de comunicação social. (...) os interessados poderão optar entre o requerimento de exclusão da ação coletiva ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado. Na falta de prazo estipulado pelo juiz, o direito de exclusão ou o ajuizamento da ação individual poderá ocorrer até a publicação da sentença no processo coletivo. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Em seguida, poderão, no referido prazo de trinta dias, requerer, nos autos do processo individual, quer os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito do respectivo processo individual.” (MENDES, 2007: 30/31).

ficando os processos individuais suspensos por trinta dias quando do ajuizamento da ação coletiva, devendo os particulares se manifestarem expressamente sobre o desejo de extromitirem-se da demanda coletiva, sob pena de extinção sem julgamento de mérito de suas ações. Assim sendo, os representados não precisam se manifestar sobre o interesse de integrar a coletividade, o que configuraria o *opt-in*, mas tão somente o intento de deixar a ação civil pública (*opt out*). Consequentemente, *a priori* o representante faz parte da coletividade, a menos que se manifeste contrariamente. O silêncio, portanto o coloca na demanda coletiva como parte substituída pelo representante adequado.

Embora a previsão do Projeto acima explicada seja um avanço incontestável com relação ao sistema hoje vigente, a proposta deste trabalho vai ainda mais longe. Da análise do sistema norte-americano, de onde derivou a ação civil pública brasileira, e das inúmeras discussões para evolução do sistema da *class action*, conclui-se que o sistema que melhor contrapõe eficiência e devido processo legal seja o sistema do *opt out*. Desta feita, os representados serão, em regra e *a priori*, vinculados pela sentença da ação civil pública, a menos que exerçam o direito de extromissão. Até aqui nenhuma diferença para o Código projetado. Mas, além disso, entende-se que a técnica que traria maior eficiência e que melhor se coadunaria com a sistemática da tutela coletiva seria aquela em que a ação civil pública faria faz litispendência com ações individuais que dissessem respeito a mesma controvérsia, inclusive as já ajuizadas, suspendendo-as até a decisão de certificação e julgadas extintas sem julgamento de mérito uma vez certificada a ação coletiva.

Outra distinção que se sugere, e aqui distinção inclusive com o sistema dos Estados Unidos ora viacente, vai na linha da doutrina norte-americana que defende que o sistema de *opt out* traduz-se, mesmo nos direitos individuais homogêneos, num incentivo negativo à formação da classe (BETSON e TIDMARSH, 2011). Ou seja, uma vez proposta a demanda coletiva, todos os representados devem ser devidamente notificados (da melhor forma possível nas circunstâncias do caso) para se manifestarem com relação à intenção de não serem atingidos pelos efeitos da ação civil pública. Ficaria, no entanto, a cargo do juiz¹³⁸

¹³⁸ “O gerenciamento da demanda pelo juiz, em busca da efetividade da tutela jurisdicional, revela-se no trato do objeto da tutela coletiva (sob o viés hermenêutico – interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir), na relação entre demandas, na condução da fase probatória, no controle da legitimação (representatividade adequada) da pessoa física, certificação da ação como coletiva, fixação dos pontos controvertidos, em audiência preliminar, dentre outras hipóteses, previstas de forma esparsa no anteprojeto.

Perceber-se-á que a interpretação judicial, essencial na consideração das especificidades do caso concreto, ainda que dependa de parâmetros minimamente objetivos, é uma importante válvula de escape ao

analisar se o pedido é plausível frente à homogeneidade do direito do representado e aquele discutido pela coletividade, bem como a representatividade adequada. Assim, dar-se-ia ao magistrado a discricionariedade¹³⁹ de permitir ou negar a extromissão, evitando-se, assim, a evasão discriminada de representados, o que acabaria por significar o esvaziamento absoluto do instituto. A doutrina norte-americana analisada anteriormente, no entanto, defende a vinculação absoluta (*mandatory class action*) a todos os casos de ação, mesmo as de *damages*, sem a possibilidade de abrir ao magistrado a possibilidade de analisar os pedidos de *opt-out*. Entende-se, no entanto, que essa posição é deveras estremada, podendo-se atingir a eficiência do instituto do mesmo modo, sem correr o risco de cometer uma injustiça contra um indivíduo que tenha sido incluído na coletividade e sofrido seus efeitos e que dela não deva fazer parte. Essas particularidades do caso a caso podem ser avaliadas pelo juiz no caso concreto, permitindo a adequação da técnica às realidades da vida.

Evidentemente, entretanto, que para se permitir uma mudança tamanha nos efeitos da sentença coletiva, transportando o pêndulo muito mais ao pólo de eficiência que de privatização do processo e ubiqüidade, é indispensável que se dê muito mais rigor à análise dos requisitos de admissibilidade ou certificação da ação civil pública.

Somente com a certeza de que a representação será de fato adequada, observada de forma cautelosa pelo magistrado, caso a caso, e de que há verdadeiro liame entre o direito dos representados, observados inclusive a preponderância de questões coletivas às individuais e adequação da medida a justificar a agregação, é que os cidadãos e operadores do direito sentir-se-ão confiantes num sistema de vinculação tão rígido – que faça coisa julgada para beneficiar e prejudicar a coletividade e que crie litispendência entre ações individuais e a ação coletiva. Somente assim, então, teremos um sistema verdadeiramente isonômico, seguro e eficiente no intento de molecularizar as demandas repetitivas.

modelo rigidamente preclusivo que ora se encontra propenso à superação Interpretação esta que deve considerar o processo civil como método de solução de conflitos, em busca de determinados fins, definidos social, jurídica, econômica e politicamente.” (LUCON and GABBAY, 2007: 79).

¹³⁹ “Realmente, os cultores do direito têm preconizado a todo instante que a ciência processual da época contemporânea não mais pode ceder lugar ao juiz passivo. Hoje não mais há espaço, como no passado, para o Magistrado que, inerte, ficava apenas assistindo ao duelo travado entre os litigantes.

O papel reservado aos órgãos jurisdicionais pelas legislações processuais modernas (incluindo a nossa) sempre foi ativo, cabendo-lhe entre outras relevantes incumbências, velar pela conduta processual dos litigantes, prevenindo ou reprimindo qualquer ato atentatório à dignidade da justiça.

Ademais, nas causas em que não figurar como demandante, o Ministério Público deverá integrar o processo como fiscal da lei, devendo, em qualquer momento procedimental, noticiar ao juiz a suspeita de existência de conluio entre as partes.” (TUCCI e CRUZ E TUCCI, 1993: 124).

Como é hoje a análise da representação nas ações civis públicas, *ex legi* e com pouca ou nenhuma aferição da adequação ao caso concreto, nem mesmo o legislador fica confortável em restringir os direitos individuais dos representados para fazer valer a eficácia da sentença coletiva. Acaba-se tendo, hoje, ações civis públicas tutelando direitos heterogêneos¹⁴⁰ e muitas vezes representadas por partes não ideais. Em contraposição, nada se exige do representante individual, que poderá livremente ajuizar sua própria ação individual ou aguardar o desfecho da ação coletiva para fazê-lo. É, como já dito supra, o esvaziamento absoluto do instituto, seja como instrumento de acesso à justiça e isonomia, seja como instrumento de economia processual.

E para que se atinja a eficiência do sistema coletivo de defesa de direitos individuais homogêneos, fazendo dele um mecanismo de molecularização dos conflitos de forma a contribuir significativamente para o descongestionamento dos tribunais, para a isonomia e segurança jurídica, faz-se imperativo que se reveja a litispendência entre ações civis públicas e ações individuais versando sobre o mesmo fato jurígeno.

Conforme visto supra, o sistema atual que rege as demandas coletivas determina, expressamente, que as ações civis públicas não impedem a propositura de ações individuais versando sobre a mesma controvérsia. Esse posicionamento assenta-se na máxima alemã que rege o objeto do processo, e que, *data máxima vênia*, não se adequa à moderna circunstância dos direitos coletivos. A proposta de que a ação coletiva crie litispendência para as ações individuais não é completamente impensável nos moldes do sistema brasileiro de direito processual civil. Com efeito, já houve previsão semelhante na antiga regência do mandado de segurança coletivo: “entre o mandado de segurança coletivo e o mandado de segurança individual com o mesmo objeto e a mesma causa haverá relação de continência e conteúdo, a determinar: a) a extinção por litispendência do processo de mandado de segurança individual

¹⁴⁰ “Inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, no meu sentir, os direitos serão heterogêneos, ainda que tenham origem comum. Em tese, pode-se afirmar, até, que essa origem comum (ou causa) será remota e não próxima.

Nesse caso, não se tratando de direitos homogêneos, a tutela coletiva não deverá ser admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Como é sabido, a possibilidade jurídica caracteriza-se pela previsão, no ordenamento, da tutela jurisdicional para o pedido que se formula. Se a tutela jurisdicional dos direitos individuais, a título coletivo, está circunscrita no sistema brasileiro, aos direitos homogêneos, a falta dessa característica deve levar à inadmissibilidade da ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Sendo os direitos heterogêneos, haverá impossibilidade jurídica do pedido de tutela coletiva.” (GRINOVER, 2000: 10)

superveniente ao coletivo; ou b) a reunião de ambos, por continência, perante o juízo do mandado de segurança coletivo, quando este for ajuizado em segundo lugar.” (ZAVASCKI, 1995; 37). Ora, se a regra não foi considerada inconstitucional, mas apenas superada por outra diversa tendo em vista uma política processual, isso significa que o nosso sistema pode aceitar sem problemas a litispendência entre uma demanda coletiva e uma individual versando sobre o mesmo fato jurígeno e proposta pelas mesmas partes (lembrando-se que o representado não é terceiro mas parte na ação coletiva). É essa, aliás, a única solução que pode empregar eficiência e coesão no sistema de tutelas coletivas como um todo, bem como auxiliar relevantemente no descongestionamento das cortes nacionais.

Mas além da problemática relativa aos limites subjetivos da coisa julgada e da litispendência no sistema vigente que rege as ações civis públicas, há ainda outra limitação que impossibilita o bom funcionamento e a emanção de efeitos positivos ao sistema pelas tutelas coletivas: a limitação geográfica da coisa julgada.

O tema recebeu regramento no art. 16 da Lei que rege as Ações civis públicas (Lei 7.347/1995), e que dispõe que “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”.

A previsão desnatura por completo a função e a natureza jurídica da ação civil pública, que é de ser um meio para a tutela dos interesses de toda a sociedade, sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos. O fato é que o intento das demandas coletivas é de, não só trazer eficácia na solução dos litígios coletivos, como imprimir isonomia e evitar a insegurança jurídica de soluções distintas para a mesma controvérsia ao redor do país. A previsão do art. 16, criada na Medida Provisória 1.570/1997 vai contra todos esses objetivos¹⁴¹. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, explicando que tal previsão atecnicamente confunde conceitos de coisa julgada com competência, ilustra:

¹⁴¹ “o Executivo – seguido do Legislativo – foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los (...); em segundo lugar pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei 7.347/1985 para resolver o problema. No que se enganou redondamente.” (GRINOVER *apud* MANCUSO, 2000: 17).

“De fato, dispondo tal dispositivo, (...) que ‘a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)’, sua aplicação prática conduziria a situações paradoxais, que de per si evidenciam o equívoco do texto alterado. No ponto, tivemos oportunidade de figurar uma decisão em ação civil pública transitada em julgado em São Paulo, cujo comando tenha interditado o uso do mercúrio na decantação de outro nos garimpos ao longo de um rio que, nascendo em outro Estado, cruz o espaço paulista: ‘No exemplo, com mercúrio, continuaria escorrendo no Estado banhado pelo trecho do rio postado a montante, e daí desceria até alcançar – e poluir – o trecho do rio situado a jusante, supostamente protegido pela coisa julgada’.

(...)

Assim é que, se o julgado coletivo determinou a supressão de publicidade sobre produto nocivo à saúde, comercializado em todo o país, e tendo sido a ação ajuizada no foro competente (no caso, tratando-se de dano de porte nacional, o da capital do Estado ou o do Distrito Federal – art. 2º da Lei 7.347/1985, c/c art. 93 da Lei 8.078/1990), segue-se que a eficácia do julgado se projetará, naturalmente, ... até onde se estenda o interesse objetivado na ação, ou seja, no caso, por todo território nacional. A se entender de outro modo – isto é, que a eficácia do julgado fica restrita ‘aos limites da competência territorial do órgão prolator’ – ter-se-ia que admitir que o produto, embora já definido judicialmente como nocivo à saúde, pudesse continuar a ser consumido em outro Estado, como se possível fosse estabelecer circunscrições geográficas e discriminações entre os brasileiros em matéria de relações de consumo, tema que o próprio legislador considera de ordem pública (...).” (2000: 17/18).

E, embora os exemplos trazidos pelo professor tratem somente de interesses difusos, é igualmente visível e problemática a consequência do instituto nas ações civis públicas por interesses individuais coletivos, porquanto exige que o representado que não vive na comarca na qual tramita o processo ajuíze sua própria demanda individual ou tenha que deslocar-se a outra localidade para executar a sentença coletiva. Novamente, uma solução que atomiza ao invés de molecularizar as demandas; afasta a isonomia e a segurança jurídica do sistema.

No Código Brasileiro de Processos Coletivos projetado prevê-se, no art. 20, competente para a causa do foro I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de

“O caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas avanços. Em determinados momentos a tutela jurisdicional coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando as restrições relacionadas com o objeto e com a tentativa de atomização e confinamento dos efeitos do julgado aos limites da competência territorial do órgão judicial prolator da sentença. Ainda que de duvidosa constitucionalidade, por atentarem contra o direito à inafastabilidade da prestação jurisdicional, individual e coletivamente considerada, como garantia fundamental assegura, no Capítulo I do Título II da Magna Carta, essas normas limitadoras da tutela coletiva precisam ser afastadas do ordenamento brasileiro.” (MENDES, 2007: 17).

âmbito local; II – de qualquer das comarcas ou subseções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção; III – da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou subseções judiciárias; IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção; V – do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional. E com relação ao alcance geográfico da coisa julgada finalmente põe uma pá de cal sobre a controvérsia prevendo expressamente que a “competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*” (art. 22, §4º).

Outra não se imagina a solução correta. Com efeito, a natureza da tutela coletiva e todo o seu regramento exigem que os efeitos da coisa julgada se dêem globalmente, *erga omnes*, sem que confunda competência com efeitos preclusivos (coisa julgada e litispendência), que devem ser amplos¹⁴².

¹⁴² “Com efeito, se o que se pretende é, a um só tempo, preservar a competência territorial como critério que empresta efetividade à tutela coletiva (sem subversão da divisão e organização judiciária do País), não se confundir divisão da competência jurisdicional com eficácia da coisa julgada e viabilizar adequada proteção (preventiva e repressiva) aos direitos metaindividuais, mediante provimentos necessária e verdadeiramente *erga omnes* ou *ultra partes*, proferidos pelo órgão jurisdicional competente, independentemente qual seja, qual a extensão dos danos produzidos pelo evento lesivo e quais sejam os limites da competência territorial do juízo, o caminho parece passar, inevitavelmente, pelo abandono dos critérios de fixação da competência a partir da referencia a dano local, dano regional ou dano nacional.” (LUCON and GABBAY, 2007: 105)

3. JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE

Continuando na jornada desta pesquisa em busca de identificar instrumentos processuais capazes de, no mínimo, amenizar a crise de eficiência do Poder Judiciário, resultante do caos causado pelos processos repetitivos, deixa-se a esfera das ações coletivas para se tratar do tema, talvez, mais em voga nas atuais discussões sobre o tema. Fala-se de vinculação de jurisprudência. E, assim como realizado no capítulo anterior, relativo à coletivização das demandas repetitivas oriundas de um mesmo fato jurígeno, neste capítulo também analisar-se-á comparativamente a experiência norte-americana a respeito de vinculação de precedentes para se traçar nortes proveitosos à realidade brasileira.

Assim como foi apontado anteriormente, para este estudo resta a nítida conclusão de que a coletivização das demandas repetitivas oriundas do mesmo fato jurígeno, observando-se todas as particularidades postas no capítulo anterior, é a melhor resposta na busca de se atingir eficiência sistêmica. Mas, ainda resta um universo grandioso de demandas repetitivas que não podem ser resolvidas por meio da coletivização, porquanto não derivam do mesmo fato. Este universo diz respeito às demandas que repetem a mesma questão de direito.

Para esse tipo de repetição – de questões puramente de direito, não oriundas do mesmo fato – a melhor resposta parece estar na vinculação de precedente, conforme se estudará a seguir. Veja-se.

O conceito de precedente é algo quase inato para o operador do direito da *common law*, é toda a base de seu sistema judicial, ponto no qual, talvez, ele se distinga sobremaneira do sistema da *civil law* (evidentemente que dentre outras importantes características que, não desprezadas, serão deixadas para outra oportunidade tendo em vista o foco primordial desse estudo). Dessa maneira, quando buscamos uma solução profícua no combate aos vícios causados pela repetitividade de demandas, tratarmos vagamente de “precedentes” é insuficiente¹⁴³. Por isso é preciso ir-se mais longe.

¹⁴³ “Everyday discussions of precedent are often confused by a variety of terminologies that can stand for different principles. Before addressing circumstances in which the rules of precedent are unclear or uncertain, it is, therefore, important to set forth the terminology this Article uses.

O precedente é o resultado de um julgamento pretérito utilizado como fundamento para a decisão de um caso futuro. O precedente, ou seja, a decisão do caso passado, isoladamente não tem relevância jurídica para além das partes nela envolvidas (ignorando-se, aqui, os efeitos extraprocessuais da sentença, evidentemente). O que se quer dizer é que a decisão somente adquire o caráter de precedente quando observada num caso futuro. Assim sendo, precedente é a decisão de um caso pretérito aplicada na decisão de um caso futuro.

O precedente é instituto presente em quase todos – fala-se quase todos por não se poder tratar dos ordenamentos aqui desconhecidos - os ordenamentos jurídicos, tendo em vista que se possibilita utilizar uma decisão anterior de uma corte como fonte de convencimento do magistrado num caso futuro. Isso não significa, entretanto, que o precedente será vinculante. Esse é um passo além da mera utilização do precedente.

À política processual existente entre e *intra* cortes nos Estados Unidos, que encontra nos precedentes fonte primária de direito e cuja aplicação é obrigatória por todas as cortes em hierarquia inferior a elas bem como pelos integrantes da própria corte, dá-se o nome de *stare decisis* ou *binding precedents* (precedentes vinculantes)¹⁴⁴. São, precipuamente, de duas ordens: precedentes hierárquicos ou verticais e precedentes horizontais¹⁴⁵.

First, I use the word 'precedent', standing alone, to refer to any prior decisions that might be deemed to have some positive utility in deciding later cases. Broadly stated, the term encompasses all relevant cases, from those that are 'binding' on later courts to those that are valuable merely because of some relevant logical or legal force.

In any given situation, of course, a prior opinion on an apparently relevant point might be distinguished (i.e., deemed to be not on point), or a relevant point might be dismissed as dictum (i.e., a statement that is not necessary to the holding of the opinion). It is not the intent of this Article to examine well-plowed ground regarding the manner in which courts or attorneys go about distinguishing thinly distinguishable cases or deeming apparently critical holdings to be dicta. Rather, in order to focus attention on the 'bindingness' of a particular decision, I assume throughout this piece that a 'precedential' (or potentially precedential) prior decision announces a rule of law that is both necessary to the holding of the prior case (i.e., it is a 'holding'), and 'on point' (i.e., it is relevant) to the decision in the subsequent court. The only remaining variable, then, is the 'bindingness' of the prior opinion on the subsequent court. The distinguishing characteristic of the following types of precedent is the magnitude of bindingness that the precedent has on a particular subsequent court." (DOBBINS, 2010: 2).

¹⁴⁴ "O *common law*, é interessante observar, não teve início com a adoção da explícita premissa ou da regra expressa de que os precedentes seriam vinculantes. Isto acabou acontecendo imperceptivelmente, desde quando a decisão dos casos era tida como a aplicação do direito costumeiro, antes referido, em todas as partes do reino,

“Adherence to precedent is the foundation underlying the common law system; it provides the certainty necessary for persons to plan their activities knowing what the governing law is. Stare decisis effect is given only to actual determinations, not dicta. Further, the court has the discretion to depart from precedent if it feels the circumstances have changed or that the prior case was decided wrongly.” (KANE, 2003: 218).

Os precedentes vinculantes organizam-se de acordo com o seguinte modelo geral, segundo o qual, com algumas exceções: (i) cortes de hierarquia inferior estão vinculadas pelos precedentes relevantes criados pelas cortes de hierarquia superior daquela jurisdição, o que é chamado de vinculação hierárquica ou vertical, e (ii) membros de uma determinada corte são vinculados pelos precedentes relevantes criados dentro dela, o que é chamado vinculação horizontal.¹⁴⁶

O termo *stare decisis* vem da expressão latina *stare decisis aet non quieta movere*, que significa, em tradução livre, mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido¹⁴⁷. Ou

até o momento em que as *próprias decisões* passaram a ser consideradas direito. Assim, desenvolveu-se o processo de *confiança* nos precedentes e, a rigor, nunca foi definido com precisão o papel dos precedentes e o método correto de argumentação a partir dos precedentes. Neste contexto é que foi concebida a teoria declaratória, já que os juízes declaravam um direito que ‘já existia’ (sob forma de costume), embora fossem às suas decisões que dava (e se dá) o valor e o *status* de *ser direito*.

(...)

Foi na segunda metade do século XIX que se pôde notar um enrijecimento do *stare decisis*. (...) No caso *Beamish v. Beamish* se estabeleceu expressamente a regra de que a *House of Lords* estaria vinculada pelos seus próprios precedentes.” (WAMBIER, 2012: 20/21)

¹⁴⁵ “*Stare decisis can be vertical or horizontal. Horizontal stare decisis is the practice of a court deferring to its own decisions, while vertical stare decisis is the practice of a lower court adhering to the decisions of courts with supervisory jurisdiction, or courts ‘with the power to reverse’ the judgment.*” (MEAD, 2012: 790).

¹⁴⁶ “*Under the standard model of precedent, the bindingness of a prior decision turns most clearly on whether that prior decision was issued by a court with the power of appellate (or discretionary) review over the court deciding a subsequent case. This connection between process and precedent does not directly explain the different rules that govern the binding effect of decisions within particular levels of the federal judicial structure when a prior decision issues from a judge or group of judges different from the one deciding the subsequent case. For instance, district court judges are not bound by prior decisions of other district court judges, even within their own district. On the other hand, panels of the court of appeals are bound by prior decisions rendered by panels within that circuit. Finally, Supreme Court Justices are bound by rules of stare decisis to prior decisions of the Supreme Court. What explains the different approaches to the role of precedent at the intracourt level within the federal system?*

An examination of the history of these courts reveals that at least part of the explanation arises out of their structure, as well as out of the procedural relationships between these courts during their historical development. That examination serves to emphasize the importance of institutional design in our view of the rules of precedent, and will help guide our application of those rules in assessing the bindingness of newly developed institutions.” (DOBBINS, 2010: 5).

¹⁴⁷ CRUZ E TUCCI, 2004: 160.

seja, o termo imprime nele mesmo a idéia de estabilização da decisão e de economia judiciária, de forma que o que foi uma vez decidido não pode ser modificado.

O sistema da *common law* tem todo o seu desenvolvimento histórico fincado na idéia de estabilidade do Direito, de modo a conceber um sistema firme, previsível¹⁴⁸. No entanto, embora esta seja a tônica, a técnica de vinculação de precedentes não surge junto com o instituto do precedente, *lato sensu*, mas no decorrer da evolução do sistema consuetudinário¹⁴⁹. Na realidade, como explica JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI “por paradoxal que possa parecer, verifica-se que ‘a *doctrine of precedent* vem ancorada à teoria constitucional da separação dos poderes e da supremacia do Parlamento, tornando ‘heresia’ qualquer tentativa de superá-la” (2012: 102).

3.1 Técnica de aplicação do precedente e da jurisprudência

No que diz respeito à técnica para aplicação do precedente no sistema de *common law*, o que se extrai da decisão para fins de vinculação é a *ratio decidendi* (Inglaterra) ou *holding* (EUA). São nomes que se dão à razão de decidir do magistrado, ou seja, à explicação do motivo pelo qual chegou ao resultado final¹⁵⁰. O *obiter dictum*, embora faça parte das razões

¹⁴⁸ Ilustrando de forma concatenada a evolução histórica da common law, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER conclui que “Percebe-se, portanto, neste instante da história, um nítido desejo, resolvido intencionalmente por métodos racionais, no sentido de controlar: criar previsibilidade.” (WAMBIER, 2012: 26).

¹⁴⁹ “até o século XVIII os denominados Law Reports eram coletâneas particulares e, portanto, assegurava-se aos juízes ampla discricionariedade em acolher ou não determinado precedente judicial.

Partindo desse pressuposto (...) a antiga regra de julgar com base no precedente paradigma poderia sofrer exceção quando a anterior decisão fosse contrária à razão ou, ainda, com maior evidência, contrária à lei divina.

(...)

Na experiência jurídica inglesa, com a maturação necessária, a regra do precedente é aperfeiçoada, entendendo-se que não era o caso julgado em si que irrompia importante, mas, sim, a *ratio decidendi*, isto é, a tese ou o princípio de direito contido na sentença.

(...)

A *doctrine of binding precedent*, já declarada com todas as letras no caso *Beamish v. Beamish*, repetida no caso *Bradford v. Pickles* [1895], vem definitivamente reconhecida, em 1898, no caso *London Tramways Company v. London County Council*, ocasião em que a *House of Lords* reiterou a obrigatoriedade de nortear-se pelas suas próprias anteriores decisões (*efeito autovinculante*), como, ainda, patenteou a eficácia externa destas a todas as cortes de grau inferior.” (CRUZ E TUCCI, 2012: 101/104).

¹⁵⁰ “*Ratio decidendi can mean either reason for decision’ or ‘reason for deciding’. Judicial reasoning maybe integral to the ‘ratio’, but the ‘ration’ itself is more than the reasoning, and within many cases there will be a part of judicial reasoning that constitutes not part of the ratio but ‘obiter dicta’.* An ‘*obiter dictum*’ is literally a ‘saying by the way’. In real cases, both concepts ‘often blur into one another’.” (DUXBURY, 2008: 68).

de decidir do julgador, não integra o quanto extraído da decisão para fins de vinculação. Com efeito, *obiter dictum* são as manifestações do magistrado quanto a seu entendimento a respeito de questões de direito não discutidas na ação, cuja análise e resolução são prescindíveis à resolução da lide. São, conforme o nome já diz, ditos incidentais, “nascidos para morrer”. Estes portanto, não foram objeto de contraditório e assim não fazem coisa julgada e tampouco produzem efeitos vinculante.

Há que se registrar, entretanto, que embora teoricamente o *obiter dictum* não faça parte do *stare decisis*, na prática é muito difícil separar-se a *ratio decidendi* do *obiter*, de modo que algumas vezes esses dois instantes de fundamentação se confundem, ficando mais difícil separar o que vincula e o que não vincula os próximos casos. Aliás, um dos grandes temas sobre o qual os estudiosos do direito norte-americano se debruçam é exatamente a técnica para se distinguir o *holding* do *obiter dictum*¹⁵¹, de modo a distinguir-se com precisão qual a parte da decisão emanda pela corte é vinculante.

Na realidade, a distinção exata das partes do precedente em *holding* e *obiter* e, consequentemente, o pinçamento daquilo que será de fato vinculante naquele determinado julgamento não é realizada precisamente pela corte emanadora da decisão precedente. Essa acepção será feita pelas demais cortes em casos futuros, que, ao analisarem casos análogos, determinarão a parte da decisão considerada *ratio decidendi* e que será aplicada como precedente, separando, dessa maneira, o que entendem fazer parte do *holding* de tudo aquilo que for *obiter*. Nesse sentido, SHAWN J. BAYERN afirma que “*courts should, and for the most part do, interpret prior court opinions and figure out what they stand for. This activity is much broader and less formalistic than those trained to look for holding as dicta tend to imagine*” (2009: 127).

¹⁵¹ “Determining what a court opinion means – that is, what law it helps create – is a matter of case interpretation, analogous in many ways to statutory interpretation. Courts and commentators have developed terminology and concepts like ‘holding’ and ‘dictum’ that guide our interpretation of judicial documents. But like many concepts, these guidelines can obscure the problem at hand IF they are followed too formalistically. Fundamentally, a court’s endeavor in interpreting cases is broader than this terminology and the surrounding doctrines suggest. Others have recognized this, but for whatever reasons the recognition always fades, and more formalist views come again to limit both our understanding of prior cases and our imagination about what opinions courts have in deciding new ones.” (BAYERN, 2009: 125).

Evidentemente que essa distinção não é tarefa fácil, conforme já apontado. Afinal, as decisões das cortes americanas, assim como as nossas (em regra), não distinguem a *ratio decidendi* do *obiter dictum*¹⁵². Diante disso, é preciso que o julgador, tanto aquele responsável pela formação do precedente quanto aquele que fará sua aplicação, tenha muita consciência da técnica utilizada para tanto, sob pena de criar-se precedentes desvinculados dos fatos (*fact-unbound precedents*)¹⁵³, sobre o qual não houve contraditório, bem como deixar de aplicar questões vinculantes essenciais à tese de direito abstraída. Ora, se aquilo que é objeto do *obiter dictum* não foi devolvido ao tribunal pelas partes, e se sobre ele não houve contraditório, então o precedente criado em cima do *obiter dictum* será desvinculado dos fatos, *fact undound precedent*.

É nesse ponto, inclusive, que se faz a primeira ponderação entre a técnica de aplicação e interpretação de precedentes nos Estados Unidos e aquela utilizada no Brasil. Na realidade, o direito brasileiro é muito pouco acostumado com a técnica de observância da jurisprudência, especialmente vinculante. Os institutos que reverenciam a produção jurisprudencial e o precedente são relativamente novos e pouco se desenvolveu, até hoje, a técnica de edição e aplicação da jurisprudência.

Com efeito, vislumbra-se duas técnicas bastantes distintas utilizadas hoje nas cortes brasileiras para publicização e disseminação da jurisprudência, especialmente nos Tribunais Superiores. Uma diz respeito às súmulas, inclusive aquelas vinculantes, instituto no qual se extrai, de um grupo de julgados harmônicos sobre determinada matéria, um enunciado, um resumo, uma *summula*, que explicitará o comando ali consubstanciado. A segunda técnica é aquela vislumbrada na aplicação genérica dos precedentes das cortes, isoladamente, e

¹⁵² “To identify dictum, it is useful to turn the questioned proposition around to assert its opposite, or to assert whatever alternative proposition the court rejected in its favor. IF the insertion of the rejected proposition into the court’s reasoning, in place of the one adopted, would not require a change in either the court’s judgment or the reasoning that supports it, then the proposition is a dictum. It is superfluous. It had no functional role in compelling the judgment.” (LEVAL, 2006: 1257).

¹⁵³ “Most significantly, it attempts to show that there are common but widely unperceived dangers not from dicta but from fact-unbound precedents – that is, judicial announcements of legal decisions that have little to do with the factual context that gave rise to them. This is a danger even if the pronouncement was a ‘holding’ or was logically necessary to resolve a question that was before a court. Some classes of issues, including many ordinary questions of statutory interpretation, lend themselves to this sort of fact-unbound decision.” (BAYERN, 2009: 127)

também, mais recentemente, no chamado “recurso repetitivo” regulamentado pelo art. 543-C do Código de Processo Civil¹⁵⁴.

Ambas as técnicas acima mencionadas diferem-se do método adotado nos Estados Unidos, segundo qual toda a decisão é contruída em um só corpo, no qual se misturam *ratio decidendi* e *obiter dictum*, bem como a análise do caso concreto, ficando a cargo do magistrado que for aplicar do precedente extrair dele aquilo que é *holding*¹⁵⁵, e portanto o que é vinculante. Na técnica da súmula ou enunciados de súmula, para se ser mais preciso, o próprio tribunal já extrai dos acórdãos aquilo que quer ver veiculado como jurisprudência. O problema deste método é que muitas vezes o enunciado não reflete a realidade fática discutida nos autos, o que acaba por resultar na dissociação fática acima mencionada (*fact-unbound precedents*). Na lógica acima apresentada, a dissociação fática ofende o princípio do contraditório, pois a matéria asbtraída na súmula muitas vezes não foi objeto de debates pelas partes que integraram os recursos originários da jurisprudência resumida no enunciado. Além disso, a súmula isolada permite distorções, porquanto muitas vezes não reflete a *ratio* contida

¹⁵⁴ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

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

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

§3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no §4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: (Incluído pela Lei nº 11.672, de 2008).

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§8º Na hipótese prevista no inciso II do §7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

¹⁵⁵ “A holding consists of those propositions along the chosen decisional path or paths of reasoning that (1) are actually decided, (2) are based upon the facts of the case, and (3) lead to the judgment.” (BAYERN, 2009: 131).

nos julgados que lhe deram origem, bem como porque permitem excessiva e indevida interpretação. Permite-se, com isso, a interpretação da interpretação.

Esses enunciados, com poder damasiado de abstração e suscetíveis, por isso, a nova interpretação, acabam por se assemelhar muito à lei, o que não é tarefa da jurisprudência. Ver-se-á adiante que esse estudo não se associa ao grupo que critica o precedente vinculante por acreditar que o Judiciário usurpa competência legislativa do Congresso quando cria jurisprudência. Entende-se que, mesmo quando emite jurisprudência vinculante, o Judiciário exerce seu poder-dever de interpretação da norma posta com base na resolução do caso concreto – da qual se extrai a tese de direito abstraível à casos análogos – não criando fonte primária de direito e tampouco inovando o ordenamento. Entretanto, a súmula, como editada hoje pelos tribunais pátrios, acaba sim por usurpar essa competência legislativa quando absolutamente dissociada dos julgados que lhe deram origem, porquanto assim divorciam-se dos fatos e do contraditório que embasou a emanção do particular entendimento exprimido nela. A técnica transforma, portanto, uma técnica de interpretação em técnica de criação de norma.

O enunciado isolado, dessa maneira, não parece ser a melhor manifestação da técnica de jurisprudência persuasiva ou vinculante, devendo sempre o operador do direito se socorrer aos julgados que lhe deram origem para de fato entender qual a *ratio* do tribunal ao resolver aquela matéria e chegar à conclusão resumida na súmula. Tem-se sempre que se ter em mente que o enunciado é tão só um resumo da lógica exprimida em toda a jurisprudência e deve, assim, sempre se cercar dos fatos que lhe deram origem¹⁵⁶.

¹⁵⁶ “O problema é que um enunciado acerca de decisões judiciais não tem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial, ou melhor, como um verdadeiro resultado do debate entre as partes. É certo que se poderia dizer que o enunciado da súmula provém das decisões judiciais, fruto da participação em contraditório. Acontece que a súmula, só por isso, é diferente, carecendo de igual legitimidade, ao menos quando se pensa na sua observância obrigatória ou na sua incidência sobre a esfera jurídica de outros jurisdicionados.

No procedimento de elaboração da súmula não estão presentes as partes que deram origem à formação da tese jurídica. Alguém poderia dizer que a presença das partes também não confere legitimidade a um precedente, já que a eficácia deste diz respeito a pessoas que nada têm a ver com o processo em que foi editado. Não obstante, a legitimidade da coisa julgada não pode ser confundida com a legitimidade do *stare decisis* ou do precedente com força obrigatória. O precedente obrigatório, embora se relacione com as pessoas que não participaram do processo, tem a sua legitimidade condicionada a ter sido proferido em processo com adequada participação dos litigantes em contraditório, os quais zelam para que a tese jurídica não seja desfigurada. Assim, a preocupação, como parte, com os efeitos da decisão, ou, mais precisamente, com a coisa julgada, curiosamente confere legitimidade à eficácia do precedente obrigatório em relação aos terceiros.

A segunda técnica mencionada, por sua vez, ou seja, da aplicação do precedente isolado ou do chamado “recurso repetitivo”, não sofre da mesma problemática. O primeiro é aplicado pelo magistrado quando entende que há similitude fática para tanto, extraído da decisão aquilo que acredita configurar razão de decidir – o que se assemelha sobremaneira à técnica norte-americana. Já no chamado “recurso repetitivo”, criado em 2008 pela lei 11.672, a técnica não tem sido construída da mesma maneira. Com efeito, embora não se extraia dos recursos submetidos ao rito art. 543-C do CPC um resumo, uma súmula, o Superior Tribunal de Justiça tem separado aquilo que é “tese repetitiva” do julgamento do caso concreto, identificando para o jurisdicionado e para as cortes qual a tese de direito abstraída que deve ser aplicada futuramente em casos análogos. Essa forma de construir os julgados não está regulada em qualquer norma regimental ou legal, mas se depreende facilmente do quanto já produzido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Embora não se vislumbre, *prima facie*, qualquer problema no método acima descrito, mesmo que distinto da técnica de aplicação dos precedentes vinculantes nos Estados Unidos e Inglaterra, onde a corte de aplicação do precedente retira aquilo que entende por vinculante, e não a corte de emanção, a prática tem mostrado algumas ocorrências de atecnicidade no julgamento dos “recursos repetitivos”, o que ocorre, por exemplo, ao inserir na *ratio decidendi* do acórdão submetido ao rito do art. 543-C do CPC matéria não discutida no processo, dissociada, portanto, dos fatos inseridos nos autos, e sobre a qual não houve contraditório. Nesse caso, a decisão do Tribunal, que poderá ter efeitos *erga omnes*, se manifestará como efeito surpresa, pois não debatido pelas partes ou terceiros que tenham se manifestado no processo.

Assim, novamente frisa-se que é de suma importância que as cortes sigam técnicas determinadas para produção e aplicação do precedentes, especialmente quando este é de

Fora isso, desconsidera-se um valor de grande importância quando as decisões judiciais são substituídas pelas súmulas. Quando há metodologia adequada para se compreenderem os precedentes, a tese jurídica proclamada na decisão judicial é necessariamente relacionada às circunstâncias do caso, as quais, quando não presentes no caso sob julgamento, podem levar a um *distinguished*, isto é, a uma diferenciação do caso e à não aplicação do precedente. Não obstante, as súmulas simplesmente neutralizam as circunstâncias do caso ou dos casos em que levaram à sua edição. As súmulas apenas se preocupam com a adequada delimitação de um enunciado jurídico. Ainda que possa, em tese, procurar nos julgados que deram origem à súmula algo que os particularize, é incontestável que, no Brasil, não há método nem cultura para tanto.” (MARINONI, 2011: 217/218).

natureza vinculante. Hoje, identifica-se no Brasil uma absoluta falta de técnica para ambas as funções, o que gera diversas problemáticas, como a dissociação fática da súmula e o efeito surpresa, acima mencionados. Sem falar na instabilidade da jurisprudência, o que será apontado em capítulo posterior.

Esses são apenas dois exemplos decorrentes da má-aplicação da técnica jurisprudencial; muitos outros podem ser observados, não só no Brasil mas em qualquer jurisdição que aplique o precedente como fonte do direito. Evidentemente que, pelo costume que os países da *common law* desenvolveram com a aplicação do precedente, sua técnica está mais sedimentada e evoluída. Frente à ausência de regramento quanto à forma de aplicação dos julgados como fonte do direito no Brasil, é essencial que os magistrados dominem a técnica de aplicação da jurisprudência, seja ela vinculante ou apenas persuasiva, de modo a aplicar somente aquilo que de fato integre a *ratio* do precedente, bem como aplicá-la a casos nos quais se verifique a similitude fática; além disso, e principalmente, é essencial que a corte emanadora da jurisprudência domine a técnica de produção de julgados para aplicação futura, especialmente quando a lei determina a vinculação do entendimento. Nesta lógica, a aplicação isolada dos enunciados sumulares, desconsiderando-se em absoluto os julgados que lhe deram origem, não merece espaço.

Somente com a observância estreita da técnica de aplicação de jurisprudência é que se poderá atingir a eficiência e a economia processual desejadas, garantindo-se a observância do devido processo legal, da isonomia e da previsibilidade da interpretação jurídica. Do contrário, corremos o risco de ter um sistema instável e injusto, um Judiciário legislador e uma jurisprudência desacreditada.

Apenas por meio da aplicação adequada da técnica atingiremos, em última análise, o tão buscado ponto de equilíbrio da balança, cujos pólos são eficiência e segurança jurídica.

Ainda com relação à técnica de aplicação do precedente, outra questão surge para debate. Sabendo-se que o precedente só pode ser aplicado aos casos futuros com os quais possua similitude fática, como, então, definir-se qual lide será atingida por qual precedente, ou seja, como se encontrar a correlação entre precedente e caso *sub judice*?

A doutrina encontra, para tanto, a seguinte solução: buscar a identidade entre os casos; podendo ser essa identidade de cunho absoluto ou essencial (WAMBIER, 2012: 57/64). A primeira, identidade absoluta, é aquela na qual se exige, para estabelecer a conexão (*lato sensu*) entre duas hipóteses, uma perfeita subsunção de fatos. Por exemplo, para que a decisão de uma lide que discuta a responsabilidade do fabricante de carros pelo defeito das rodas seja aplicável a casos futuros, todos os próximos processos devem necessariamente versar sobre fabricação de carros e defeitos nas rodas.

A identidade essencial, por sua vez, admite que se busquem correlação tão somente entre os pontos estritamente necessários à solução das controvérsias, não se enrigecendo a identidade às particularidades fáticas dos casos *in concreto*. Trata-se de uma técnica de abstração que busca dar à jurisprudência um poder de permeação mais extenso e, ao mesmo tempo, mais discricionariedade ao magistrado que aplicará o precedente em verificar se o caso posto para análise se subsume à identidade essencial da jurisprudência.

“Mesmo os casos que envolvem fatos mais complexos, daqueles que não se repetem no plano empírico de modo idêntico, podem ser reduzidos a um grau elevado de abstração, que é justamente o que proporciona a vinculação por identidade essencial. Os mesmos fatos podem ser descritos de muitas formas. Pode-se dizer: o homem foi beber uma garrafa d’água, o homem foi tomar água, o homem foi beber um líquido, o homem foi matar a sede, o homem foi satisfazer uma necessidade fisiológica. Neste último nível é o que acontece a verificação de que casos, aparentemente diferentes, podem ser tido como iguais, para fins de se perceber a necessidade de uniformização da jurisprudência.” (WAMBIER, 2012: 63)

No exemplo dado, do precedente tratar de responsabilidade do fabricante de carros pelo defeito das rodas, aplicando-se a teoria da identidade essencial, poder-se-ia aplicar a tese de direito abstraída também a casos envolvendo outros tipos de veículos, a defeitos em outros mecanismos etc.

Quando analisamos a possibilidade de aplicar o entendimento de um precedente ou de jurisprudência ao caso concreto, temos que dissociar as especificidades do relatório (particularidades fáticas) e passar logo à razão de decidir, na qual estará inserta a essencialidade do Direito invocado. A rigidez extrema com a identidade de fatos retira todo o escopo de eficiência e coerência da técnica jurisprudencial, pois a limita e apequena. Isso não significa, evidentemente, abstrair a tese jurídica de tal maneira que ela fique completamente

sem amparo do mundo real (*unbound-fact precedent*); novamente, temos que buscar o equilíbrio entre o excesso de rigidez na identidade e a falta de amparo material à tese de direito abstraída.

Conclusivamente, é de suma importância que todos os operadores de direito dominem a técnica de aplicação da jurisprudência, para que não desnature por completo sua essência gerando problemas maiores do que benefícios. A técnica consta desde a redação da decisão, até a formação da jurisprudência (agregação de casos realmente análogos), da extração correta da *ratio decidendi* e da identificação da identidade entre jurisprudência e caso *sub judice*. Somente assim a jurisprudência nos auxiliará a decidir casos com mais celeridade e isonomia, sem afastar-mos-nos do devido processo legal.

3.2 Distinção entre decisão, precedente e jurisprudência

Para se tratar do assunto discutido neste capítulo é essencial que tenhamos claros os conceitos dos institutos tão falados e algumas vezes confundidos. Versar-se-á neste subcapítulo sobre a diferenciação entre decisão judicial, precedente e jurisprudência.

Decisão judicial é todo pronunciamento emanado por magistrado ou corte competente a respeito de determinada questão de fato ou de direito, com conteúdo decisório. Trata-se de conceito bastante genérico, que engloba quase todos os tipos de expressão do juiz, com exceção dos “despachos de mero expediente”, que não possuem natureza decisória, mas tão somente dão andamento ao processo. Ou seja, nas decisões judiciais incluem-se as decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos.

O precedente, por sua vez, é a decisão judicial dotada de características especiais que o tornam paradigma para casos futuros. O precedente pode ser vinculante, como ocorre no caso do *stare decisis* norte-americano e inglês, ou somente persuasivo. No sistema brasileiro não possuímos previsão legal a respeito do precedente, embora observe-se a adoção da técnica diuturnamente nos foros nacionais, quando da utilização de algum julgado de uma determinada corte com intento de fundamentação ou como forma de persuasão da decisão. Nas palavras de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, precedente, “sob o ponto de vista

técnico-processual, significa ‘a decisão individualizada de um caso concreto’, da qual se extrai uma tese jurídica que constitui o cerne do respectivo provimento, ou seja, a denominada *ratio decidendi*” (2012: 98).

Finalmente, jurisprudência é o conjunto de decisões judiciais de uma mesma corte a respeito de determinada questão de direito, no mesmo sentido. Possuímos no ordenamento brasileiro diversas previsões que envolvem a jurisprudência: a súmula de um tribunal é jurisprudência – não o enunciado isoladamente, mas os julgados que lhe deram origem; o “recurso repetitivo” é técnica de aglutinação de uma determinada jurisprudência; a súmula vinculante é a técnica de vinculação de determinada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dotada de obrigatoriedade por força do art. 103-A da Constituição Federal; súmula impeditiva de recurso é o óbice processual derivado do estabelecimento de uma jurisprudência sedimentada; dentre outros exemplos.

Nota-se, das noções acima expostas, que o conceito de decisão judicial, precedente e jurisprudência não se confundem, embora um possa conter o outro, de modo que é imperativo não se utilizar um conceito no lugar de outro sob pena de se imputar as características internas e externas de um a outro não qualificado para tanto, ou retirar dele efeitos característicos que o outro não possui.

“Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Conduto, ambos não se confundem, só havendo sentido falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialmente de se firmar como paradigma para orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.” (MARINONI, 2011: 215).

No sistema brasileiro não há previsão legal de precedente¹⁵⁷, seja vinculante ou persuasivo, sendo sua aplicação resultado da praxe forense. Por sua vez, a jurisprudência é instituto já largamente conhecido e aplicado, que visa a isonomia, a uniformização do direito,

¹⁵⁷ Cabe, com relação a essa afirmação, a reflexão a respeito da previsão do art. 285-A do Código de Processo Civil (“quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”). Poder-se-ia concluir ser essa a primeira previsão de precedente do direito processual civil brasileiro, tendo em vista que o juiz poderá decidir pela improcedência de plano exclusivamente com base em dois ou mais julgados, já proferidos por ele ou pelo tribunal ao qual se submete. Não se poderíamos dizer que esse é um caso de aplicação do entendimento jurisprudencial, porquanto não se trata de um corpo amplo de decisões sucessivas no mesmo sentido, nem mesmo de decisões de corpos judiciais colegiados. Faz-se essa ressalva apenas com a finalidade de reflexão sobre o tema, não sendo objeto desta pesquisa o estudo do tema.

a previsibilidade e a eficiência do sistema processual.

Aliás, interessante e esclarecedor mencionar que os institutos do precedente e da jurisprudência não tem origem comum e nem mesmo no mesmo sistema legal. O precedente, como visto, tem nascedouro na Inglaterra, sistema de *common law*. A jurisprudência, por sua vez, principia-se no direito romano.

Jurisprudência é etimologicamente considerada a ciência do direito, da leis (*prudéntia*, ciência e *iuris*, direito). Os *in iure prudentes*, *iurisperiti*, *iuris consulti* eram aqueles que em Roma se dedicavam à interpretação do direito, ao seu estudo. Mas mais do que isso, a jurisprudência era, para os romanos, não só a ciência do direito, mas de todas as coisas, divinas e materiais. Era, segundo a lição de Ulpiano, a ciência do justo e do injusto – *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientis*” (Digesto, I, 1, 10,2).

“O Direito Romano é um Direito doutrinário e jurisprudencial por excelência, porquanto é orientado pelo saber dos jurisconsultos combinado com as decisões dos pretores, ambos atuando em função da experiência.

A grandeza de Roma não consistiu em doutrinar o Direito, mas em vivê-lo. Não existe uma teoria jurídica romana, na qual se procure, de maneira clara e intencional, distinguir o jurídico do não-jurídico. Existiu, entretanto, uma experiência jurídica bem clara e bem consciente de sua especificidade. Quando surgia uma demanda, os juízes julgavam segundo a *ratio juris* e não segundo critério morais. Situando o problema no domínio propriamente jurídico, criaram órgãos destinados especificamente a esse fim. Outros povos já haviam percebido esse problema, como por exemplo o povo grego, mas é em Roma que a consciência da jurisdição aparece de maneira clara e concreta, por estar vinculada cada vez mais a um sistema objetivo de regras de competência e de conduta. Foi nesse momento que a Ciência do Direito lançou a sua base mais sólida e começou praticamente a existir, exigido a elaboração de categorias lógicas próprias, através do trabalho criador dos jurisconsultos” (REALE, 2009: 145-146).

No ensinamento de Miguel Reale, o direito romano clássico é precipuamente baseado na jurisprudência, nos ensinamentos dos jurisconsultos. Só mais tarde, quando do início da decadência do mundo romano é que o processo legislativo passa a prevalecer sobre o processo jurisprudencial, com Justiniano e seus sucessores.

“Mackeldey a define como ‘a sciencia das regras de direito segundo seus princípios e suas fontes’; e acrescenta que o simples conhecimento do direito e das leis em vigor em um Estado, não

basta para constituir, por si só, a jurisprudência, pois, o conhecimento do direito não merece o nome de ciência, senão quando está ligado á filosofia e á história do direito. Assim, a jurisprudência abrange o estudo da dogmática jurídica, pela qual se sabe qual é o direito existente em um certo Estado, da história do direito pela qual se indaga como se formou o direito, e da filosofia do direito pela qual se examina se o direito é conforme a razão.

Gluk considera jurisprudência em dois sentidos: no sentido objectivo, compreende Ella uma systema de doutrinas, que têm por objecto os direitos e as obrigações; no sentido subjectivo, é a noção científica das leis, ligada á capacidade de apical-as aos casos concretos. Ella envolve uma theoria e uma pratica, intimamente associadas, que, não devem jamais separar-se”. (PORCHAT, 1907: 198-199).

Ulpiano ainda afirmava que para ser verdadeiro jurisconsulto era preciso conhecer a natureza divina, a natureza e o destino do homem, para que então se pudesse distinguir o justo do injusto, o moral do imoral. O jurisprudente não poderia ser, portanto, exclusivamente um conhecedor do direito em sua esfera apenas teórica ou prática, ele deveria também conhecer e saber valorar as coisas do divino, dos deuses, bem como da natureza do homem, de sua alma. O jurisconsulto era, à bem da verdade, um sábio.

A jurisprudência tem, portanto concepção filosófica, às vezes até considerada ciência superior à filosofia, uma vez que é, segundo Sêneca, o amor e a conquista da sabedoria, a ciência de tudo que é divino e humano (PORCHAT, 1907: 201). A jurisprudência, mais do que o simples estudo da aplicação do direito, era a ciência da relação das leis com as coisas divinas e materiais, no balanço do que é justo e injusto. Na frase de Eufrates, citada por Plínio, era considerada a mais bela filosofia (*pulcherrimam partem*) (PORCHAT, 1907: 201).

Entretanto, a *iurisprudentia* não busca a verdade absoluta ou a divagação, a discussão em caráter abstrato, ela se fundamenta na determinação do justo e do injusto por meio da realidade prática, dos casos concretos e da evolução efetiva da sociedade.

“El jurista romano no coloca los fríos y rígidos esquemas doctrinales por encima de los fines y de las necesidades de la vida. Antes que meter el Derecho en un cuadro de rigor lógico, lo que interesa es acomodar el razonamiento jurídico a las exigencias prácticas.

El jurista romano es un intérprete de lo humano eterno, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es sustancia de la historia. Gracias a esta interpretatio – tan extraña al estatoidolatrismo de la técnica jurídica moderna –, fue posible llevar el Derecho romano al cumen de un raro y maravilloso perfeccionamiento” (IGLESIAS, 2004: 59).

No intento de classificar o pensamento jurisprudencial nos quadros de uma teoria da ciência devemos fazer referência à tradição aristotélica. Com efeito, para Aristóteles, ciência é o conhecimento das coisas como elas são, ou seja, o conhecimento da causa, da relação e da necessidade da coisa, do que se conclui que o conhecimento científico é o conhecimento universal, ou o conhecimento da essência, cujo instrumento é o silogismo – dedutivo e indutivo. A prudência, por sua vez, é uma espécie de conhecimento moral, capaz de sopesar, diante da mutabilidade das coisas, o valor e a utilidade delas, bem como a correção e justeza do comportamento humano, e que tem como instrumento a dialética.

A jurisprudência, de origem romana, se insere, portanto na racionalidade dialética a caracterizá-la como um saber prudencial.

Assim sendo, observando-se as origens distintas de jurisprudência e precedente, a primeira do direito romano e a segunda do direito anglo saxão, podemos concluir não serem institutos que se sobrepõe ou que se confundem, mesmo que partam de premissas parecidas: a criação e interpretação do direito a partir da racionalização de um caso prático.

Feita essa diferenciação, é muito importante frisar que esse trabalho não sugere a adoção, para o ordenamento, do precedente vinculante, nos moldes do que ocorre no sistema norte-americano e inglês com o *stare decisis*. O que se defende aqui é a vinculação da jurisprudência para todas as cortes do país, horizontal e verticalmente. Ou seja, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vincula o próprio tribunal e todas as cortes a ele inferiores, a jurisprudência dos tribunais locais e regionais vinculam o próprio tribunal e os magistrados a ele inferiores, sempre observando-se a competência geográfica e funcional.

Essa diferenciação não é trivial. Com efeito, entende-se que a vinculação de precedente pudesse significar um poder de inovação excessivo dado a uma decisão isolada. Ao passo que a jurisprudência, sendo resultado de sucessivas decisões no mesmo sentido, fruto, portanto, de larga discussão entre os operadores do direito em geral, e não somente das partes envolvidas num processo isolado, traria consigo maior carga de segurança jurídica e isonomia, pois é resultado do amadurecimento da discussão e da interpretação do direito. O precedente corre o risco de ser revertido com maior facilidade, de não representar

necessariamente a opinião de toda a corte, bem como de não retratar a questão de direito pulverizada na sociedade. A jurisprudência, enquanto isso, leva tempo a ser construída, é largamente debatida e reflete a opinião da corte como um todo, mesmo que com composição distinta, e fruto de processos diversos¹⁵⁸.

Parece, à toda vista, que o precedente vinculante é técnica muito mais particular à lógica da *common law*, na qual o juiz possui poder de inovar o direito, ou seja, criar fonte primária de direito. Enquanto isso, a jurisprudência, cuja origem vem do *civil law*, tem contornos muito mais adaptáveis à realidade da *civil law*, na qual o juiz não possui poder de criar norma, mas tão somente de interpretá-la. Sendo, assim, mais coerente com a cultura e a praxe processual adotada no Brasil.

Mas, se esse trabalho não sugere a adoção do precedente vinculante (*stare decisis*), mas somente da jurisprudência, técnica já adotada no ordenamento, qual a proposta que diverge do já realizado no Brasil? A proposta para resolução de demandas repetitivas que envolvam a mesma questão de direito e distintas origens jurígenas é de jurisprudência vinculante. Ou seja, da adaptação do *stare decisis*, no que tange à obrigatoriedade, ao sistema jurisprudencial já adotado no ordenamento brasileiro.

Conclusivamente, não se verifica absoluta subsunção dos sistemas brasileiro e norte-americano quando se pensa em vincular jurisprudência, porquanto a jurisprudência é o conjunto reiterado de decisões de um tribunal sobre o mesmo tema. Não se trata da inovação no ordenamento por meio de uma só decisão que passa a se tornar marco regulatório para as futuras. Não há se falar em precedentes vinculantes para o Brasil, mormente porque distoa-se demansiadamente do sistema no qual nos fincamos, a *civil law*; mas se falar em jurisprudência vinculante, de outra monta, não é dar poder legislativo ao Judiciário ou mesmo tornar o nosso ordenamento *common law*. É tão somente um mecanismo de uniformização da

¹⁵⁸ “Por outro lado, como sempre acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva justamente a que se identifique uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência. O precedente fornece uma regra (‘universalizável’, como se disse) que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou, como acontece em regra, da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia das duas *fattispecie* concretas não é determinada *in re ipsa*, mas é afirmada ou excluída pelo juiz do caso sucessivo conforme este considere prevalentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso sucessivo que estabelece se existe ou não existe o precedente e desta forma – por assim dizer – ‘cria’ o precedente. (...) O emprego da jurisprudência tem características bastante diversas. Primeiramente, falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos casos.” (TARUFFO, 2007 *apud* WAMBIER, 2012: 16).

interpretação da lei posta, tendo em vista as reiteradas decisões de uma corte sobre o tema. É uma técnica que visa dar previsibilidade, eficiência e segurança jurídica ao sistema dentro dos parâmetros admitidos e postos na *civil law*.

A proposta não é que o Brasil ou que os países de *civil law* tornem-se ordenamentos de *common law*, no qual o julgamento de um caso, precedente, possa ser aplicado indistintamente a outros casos com norma jurídica inovadora. O que se sugere é dar à jurisprudência dominante (conjunto de julgados iguais de forma reiterada) a importância devida. Portanto, impõe-se a estabilidade da jurisprudência por meio de sua vinculação e não a vinculação indiscriminada de precedentes.

Mas se o trabalho propõe a adoção de técnica distinta da realidade norte-americana, porque então estudá-la? Porque embora a vinculação que busquemos seja da jurisprudência e não do precedente isolado, a técnica de vinculação da *stare decisis* pode e deve ser estudada para o aprimoramento da nossa técnica de vinculação – o que vincula, como vincular, quando não aplicar o conteúdo vinculativo etc.

3.3 Juiz legislador?

Uma das maiores críticas feitas pelos refratários à jurisprudência e ao precedente vinculante é a de que isso daria ao Judiciário poder Legislativo que não lhe foi conferido pela Carta Federativa¹⁵⁹. Esse trabalho, no entanto, discorda dessa posição. Explica-se.

Primeiramente, há que se recordar que o modelo adotado no Brasil não é de precedentes judiciais vinculantes, nos moldes do que ocorre nos Estados Unidos e na

¹⁵⁹ Há que se destacar que a discussão sobre usurpação de competência do Legislativo pelo Judiciário não é questão trivial ou simples, tendo sido alvo de discussões até mesmo nos Estados Unidos, país cujo ordenamento está acostumado com a idéia do precedente judicial como fonte primária do direito. Com efeito, RICHARD W. MURPHY explica: “(...) *the Constitution itself, which contains no express reference to ‘precedent’ whatsoever. Indeed, neither the records of the Constitutional Convention nor the ratification debates much discuss either the nature of the ‘judicial power’ or its mode of operation. This silence has created room for roiling separation-of-powers debates regarding the scope of both judicial and congressional authority to ‘unfix’ legal meaning by eliminating the courts’ obligation to defer to their own precedents (i.e., ‘horizontal’ stare decisis). Resolving these debates leads to a conclusion which, while it may seem counterintuitive to those schooled to the idea that courts exercise absolute control over the process of legal interpretation, fits Madison’s vision that the majoritarian branches of government, too, should play a role in ‘fixing’ legal and constitutional meaning: Congress has substantial power to free the courts from the horizontal force of precedents, but the courts lack the power to free themselves.*” (2003: 2).

Inglaterra. O que nós já possuímos no nosso ordamento e que esse estudo entende como a melhor solução para a problemática aqui discutida é a jurisprudência vinculante. Conforme já explicado anteriormente, o precedente não se confunde com a jurisprudência, que é um conjunto de julgados.

Essa diferença é fundamental porquanto a normatização concretizada na vinculação de uma jurisprudência, como ocorre no caso da súmula vinculante, diz respeito tão somente à interpretação da lei em sua aplicação à casos concretos. Interpretação, frise-se, não criação. Não se cria regras abstratas em súmula vinculantes, de modo que o enunciado deve refletir a discussão contida no julgamento dos casos que deram origem ao debate. A atividade é interpretativa e não original, portanto.

Os efeitos da aplicação da jurisprudência, que podem ser vinculantes ou meramente persuasivos, *inter partes* ou *erga omnes*, são tão somente uma consequência advinda do regramento legal dado. A vinculação não configura a essência da jurisprudência, mas seu efeito. A essência da jurisprudência está na atividade interpretativa da norma frente à problemática do caso concreto trazida aos olhos do juiz.

Além de diferenciar a atividade do congresso daquela exercida pelo Judiciário, mesmo que na formação da jurisprudência, há que se perguntar também qual é a função precípua do Judiciário no Estado moderno, especialmente nos ordenamentos de *civil law*.

Com efeito, o entendimento da função do magistrado no Estado alterou-se profundamente com a evolução da sociedade moderna. A doutrina do século XVIII, fruto dos ideais do liberalismo e especialmente por conta dos ensinamentos IMMANUEL KANT¹⁶⁰, acreditava que o homem, por ser livre, somente poderia ser regido por sua vontade. Vigorava, dessa forma, a igualdade formal entre todos os homens como fundamento do ordenamento jurídico, e em decorrência disso, a soberania do cidadão sobre o autoritarismo do Estado. A consequência desse modelo no Judiciário era um juiz “mecânico”, não dotado de poderes capazes de fazer diferenciações entre as partes, devendo-se resumir a ser mero declarador da lei (*bouche des la lois*).

¹⁶⁰ "A autonomia da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres correspondentes às mesmas" (2003: 43).

Essa época, também conhecida como escola da exegese, é um tempo de profunda descrença do povo em seu Estado, tendo em vista os regimes absolutistas que antecederam a Revolução Francesa. A racionalidade fulcrava-se, dessa maneira, exclusivamente na expressão legal, de modo que nada poderia se sobrepor ao texto da lei e à vontade das partes.

No início da década de 30, após o impacto da quebra da bolsa de Nova Iorque e da crise que dela se desenvolveu, começa-se a repensar o modelo de *laissez-faire* absoluto. Tem início, então, o chamado *welfare state*, no qual o Estado deixa de ser um mero expectador das relações civis passando a atuar de forma regulatória. É quando se dá o que NORBERTO BOBBIO¹⁶¹ chamou de publicização do direito privado. A partir dessa fase o papel do juiz passa a ser transformado para que figure mais ativamente no processo.

A partir dos anos 40, do contato da civilização moderna com os horrores produzidos durante as duas grandes guerras, percebe-se que a observância cega e estrita ao texto legal, bem como a igualdade formal, não são suficientes para consolidar a justiça no caso concreto. Atravessa-se, então, gradativamente para uma segunda fase, conhecida como “fuga para o juiz”.

Essa segunda fase remonta às lições do filósofo ARISTÓTELES na obra clássica *Ética à Nicômaco*, em que afirma que o juiz é a “justiça viva”¹⁶², devendo ficar ao seu cargo a adequação da lei às particularidades do caso concreto.

A reflexão dessa linha de pensamento na legislação se deu com a edição de codificações permeadas de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais. Essa técnica permite ao juiz o preenchimento da norma, de forma a flexibilizá-la para observar as distinções de cada hipótese da vida.

¹⁶¹ “Sendo o direito um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção de dois tipos de relações sociais: entre iguais e desiguais. O Estado, ou qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, ou melhor, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais; a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relações entre iguais ou de coordenação.” (1995: 13/14).

¹⁶² “(...) ir ao juiz é ir à justiça, porque se quer que o juiz seja como se fosse a própria justiça viva (...) é uma pessoa equidistante e, em algumas cidades são chamados de ‘mediadores’, no pressuposto de que, se as pessoas obtêm o meio-termo, elas obtêm o que é justo.” (1996: 200).

Dessa forma, a concepção de que a função do Judiciário deve se ater à mera aplicação cega do texto da lei é retrograda e não acompanha a evolução por qual passou todo o Direito. De acordo com esse modelo, as conseqüências do processo não poderiam extrapolar o caso concreto sob análise, ou seja, não se poderia adotar o quanto decidido em um caso a caso análogo futuro, visão que apequena a resolução de litígios e indica uma individualização descabida do provimento judicial.

Quando se permite dar ao juiz função mais ampla de interpretação da lei à luz do caso concreto, ou seja, caber ao juízes a interpretação correta de determinada norma legislativa, à luz do caso concreto, possibilita-se a real construção da Justiça, da participação do Estado ativamente no desenvolvimento social. Nesse conceito, o processo naturalmente produz efeitos que emanam para toda sociedade, seja de forma direta, como no caso de efeitos *erga omnes* ou vinculação de jurisprudência, seja de forma indireta.

Evidentemente que não se pode imaginar que a atividade interpretativa será a mera subsunção do fato à norma, o que significaria retornar ao juiz boca da lei. A atividade interpretativa sempre conterà um grau de discricionariedade, que é típico da fase moderna do direito, no qual as normas tem conteúdo aberto. Nesse sentido, MAURO CAPPELLETTI:

“Especialmente no fim do ‘seculo passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação!ao. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. (...) Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa.” (1999: 22)

Dessa maneira, qualquer interpretação é atividade criativa, o que não significa que a atividade interpretativa é atividade legislativa¹⁶³.

¹⁶³ “O precedente judicial, consagrado em *súmula*, adquire, assim, a dignidade que flui do elevado órgão de que emana, embora ‘não a autoridade intrínseca da fonte do direito’, porque apenas revela o sentido da lei. A *súmula*

A vinculação dos precedentes, portanto, dá sim ao Judiciário poder de emanção normas, tendo em vista que a sentença é norma jurídica e que da norma jurídica emandam efeitos secundários. Mas essa emanção é mediata e não imediata, é reflexo da atividade interpretativa da lei. Ela somente pode decorrer da análise do caso concreto e do impulso das partes, diferentemente do processo legislativo que tem fim em si mesmo e inicia-se sem qualquer impulso externo para tanto. Em outras palavras, ao estabelecer a regra de vinculação de jurisprudência não se está a dar ao Judiciário o poder de produzir fonte primária de Direito, mas fonte secundária ou, ainda, fonte de conhecimento do direito. Não se está a dar ao magistrado poder tipicamente legislativo, retirando-lhe de sua função precípua, mas apenas insere-se uma qualidade ao conjunto de decisões interpretativas produzidas pelos tribunais.

Ademais, é fundamental que nos afastemos de uma vez por toda da visão estática de sistema de *civil law* e sistema de *common law*, que veda completamente o poder normativo do Judiciário no primeiro e confere a ele todo o poder legislativo no segundo. O que a evolução dos sistemas jurídicos contemporâneos indica é a fusão dos sistemas em um¹⁶⁴, soberano, que adota, em maior ou menor escala, conceitos e técnicas de ambos os sistemas.

3.4 Estrutura Hierárquica do Judiciário

Uma segunda crítica frequente que se faz à técnica de vinculação de jurisprudência é a de que ela retiraria do juiz a soberania sobre o julgamento, sua liberdade para decidir, enfim, o livre convencimento do magistrado. De acordo com JOSÉ DE ALBUQUERQUE ROCHA, “a independência interna protegeria o julgador contra os constrangimentos oriundos do interior do próprio Judiciário. (...) O juiz é independente interna e externamente para ser dependente só da lei, ou seja, que possa julgar com base somente na lei. A independência é, pois, um instrumento de realização do princípio da legalidade. (...) Do ponto de vista político-

‘não cria, não inova, não elabora lei; cinges-se a aplicá-la, o que significa que é a própria voz do legislador’” (CRUZ E TUCCI, 2004: 262).

¹⁶⁴ “Se é verdade que, mesmo hoje, profundas diferenças manifestam-se nas duas famílias jurídicas, igualmente é verdade que até nos sistemas de ‘Civil Law’ verifica-se o aparecimento do moderno fenómeno (que se encontra no centro deste ensaio) do aumento da criatividade da jurisprudência, ocorrido pelas mesmas razões examinadas nos §§5-10, e com as quais se apresentou também nos modernos sistemas de ‘Common Law’. Resta, certamente, uma diferença de *grau*, mas esta também está desaparecendo e se atenuando. De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamiento entre as duas famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento Judiciário e do direito jurisprudencial.” (CAPPELLETTI, 1999: 123-124)

sociológico, a independência tem por finalidade legitimar o Judiciário, dando-lhe, assim, autoridade para impor suas decisões” (1995: 28/29).

Com base nessa concepção, de que não há qualquer hierarquia dentro do Poder Judiciário, e que qualquer hierarquização atacaria o próprio princípio da legalidade, leva ao entendimento de inconstitucionalidade de qualquer técnica de vinculação de precedente ou jurisprudência. Com efeito, JANAÍNA FORTES FERREIRA, analisando a súmula vinculante, resume o entendimento nesse sentido¹⁶⁵:

“é preciso que o entendimento, na jurisprudência, não esteja sacralizado. Acontece que na aplicação automatizada do verbete sumular, (...) obriga os juízes e tribunais a acatarem as decisões do Supremo Tribunal Federal, ainda que tenham absoluta convicção de que se tratam de decisões injustas ou equivocadas. A reclamação, como mordida de uma recalcitrância jurisprudencial que, legitimamente, não se deve calar, concede força à jurisprudência do Supremo Tribunal, justamente quando a ela falta autoridade. Se a liberdade do intérprete da lei é limitada pela falta de decisão, não pode ele legitimar sua decisão em critérios preconcebidos; caso contrário, estar-se-ia diante de órgãos de coação, de um lado, e de limitação, de outro. A súmula vinculante, diante da possibilidade de reclamação quando de seu descumprimento, faz-se em ‘oráculo’, e o direito, distanciando de suas possibilidades de mudança, separa-se da democracia” (2011: 112-113).

Data vênia ao entendimento supra exposto, este estudo não se filia à concepção de que o Poder Judiciário não possui qualquer hierarquia interna, e tampouco que a vinculação de jurisprudência significa ofensa direta ao princípio da legalidade.

A independência do juiz não é, em si, um princípio constitucional. Na realidade, ele é manifestação do princípio do juiz natural, previsto na Carta Maior no art. 5º, incisos XXXVII e LII. Sua gênese, observável na expressão da Constituição, preocupa-se com a proibição de tribunais de exceção e com a imparcialidade do magistrado. Conforme aponta NELSON NERY JUNIOR, “a *imparcialidade* está ligada à independência do juiz e é manifestação do princípio do juiz natural (...). Todos têm o direito de ser julgados pelo seu juiz natural, imparcial e pré-constituído na forma da lei. Entretanto, não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, *neutralidade* quanto às coisas da vida (*neutralidade objetiva*), pois é

¹⁶⁵ Neste mesmo sentido: “O Supremo Tribunal será órgão de coação e os juízes e tribunais serão órgãos de imitação. E assim todo o sistema Judiciário sairá enfraquecido.” (DALLARI, 2002: 66)

absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos, filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa.” (2010: 141)

Ensinam ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que o livre convencimento, abordado em sua obra como princípio da persuasão racional, “regula a apreciação e avaliação das provas existentes nos autos, indicando que o juiz deve formar livremente sua convicção. Situa-se entre o sistema da prova legal e o julgamento *secundum conscientiam*” (2010: 73). Explicam que no sistema da prova legal ou tarifada, ao juiz cabe aplicá-la de forma automática, sendo que a esta é atribuído valor estável e prefixado pela legislação. De acordo com o sistema de julgamento *secundum conscientiam*, o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem prova ou até mesmo contra a prova. “O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182).” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2010, p. 73)

Ainda de acordo com NELSON NERY JÚNIOR, “a independência tem uma dupla vertente, pois significa o Poder Judiciário estar livre de interferências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo (CF 2º) e, de outra parte, o órgão judicial e o juiz pessoa física estarem *submetidos exclusivamente à lei e não a critérios particulares e discriminadores*” (2010: 136, sem grifo no original).

Pode-se concluir, com isso, que o princípio do livre convencimento ou da independência do juiz é mais uma garantia ao jurisdicionado, de que o juiz não estará atrelado a nenhum interesse político ou econômico que possa desviar a sua decisão, do que uma garantia ao magistrado, pessoa física – regramento este feito na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79) e no Código de Ética da Magistratura Nacional e não na Constituição Federal (que elenca as garantias constitucionais dos magistrados no art. 95, dentre as quais não consta a independência). Também significa o ônus de que toda decisão judicial será motivada, porquanto o juiz tem liberdade de subsumir os fatos trazidos pelas partes à norma posta, mesmo que essa norma não seja somente a lei, mas também a jurisprudência.

A independência funcional prevista na Constituição Federal no art. 95, desdobrada nos princípios da inamovabilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, não equivale, como se pretende, à independência ideológica, que daria ao juiz liberdade absoluta de discordar de qualquer entendimento jurisprudencial, mas de independência administrativa, que objetiva evitar que o magistrado sofra pressão política ou coação moral na realização de seu ofício.

A Constituição Federal versa, assim, sobre duas garantias: do juiz natural, que inclui o princípio do livre convencimento, e da separação dos Poderes, que garante um Poder Judiciário livre de interferências dos demais Poderes e de pressões politicoeconômicas. Assim, não é dado interpretar extensivamente o princípio do livre convencimento judicial ou independência como a absoluta inexistência de hierarquia funcional e liberdade total para desconsiderar as normas secundárias de direito, como a jurisprudência vinculante, hoje representada no nosso ordenamento pela súmula vinculante¹⁶⁶.

Esse é o entendimento adotado também pelos tribunais pátrios, resumido no seguinte trecho do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 254.034/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012:

No mais, no caso é nítida a afronta do Juízo de primeiro grau – e do Tribunal de origem, que manteve o decisum – aos posicionamentos deste Superior Tribunal, o qual, ao editar a súmula acima mencionada, pacificou seu próprio entendimento acerca da controvérsia, e cumpriu seu relevante papel de unificador da interpretação das leis federais. Da mesma forma, há ofensa à autoridade da Suprema Corte.

¹⁶⁶ “É difícil saber o que está por detrás deste grau de instabilidade e consequente falta de uniformidade. Além das causas ‘normais’, antes referidas, existe talvez no espírito de muitos juizes brasileiros o convencimento no sentido de que seriam ‘menos’ juizes se não decidissem de acordo com a sua própria convicção, mesmo, sendo o caso, se tivessem que desrespeitar entendimento já pacificado em tribunal superior. (...) Neste sentido é que me parece poder-se dizer que o juiz não pode *abusar* de seu direito de mudar de opinião, de seu direito de se afastar da jurisprudência pacificada dos tribunais superiores. Este abuso arranha o direito, que têm os indivíduos e a sociedade, à tranquilidade.” (WAMBIER, 2012: 38/39).

“*The judge, even when he is free, is still not wholly free. He is not a Knight-errant roaming at will in pursuit of his own ideal of beauty or of goodness. He is to draw his inspiration from consecrated principle. He is not to yield to spasmodic sentiment, to vague and unregulated benevolence. He is to exercise a discretion informed by tradition, methodized by analogy, disciplined by the system and subordinated to the primordial necessity of order in the social life.*” (CARDOZO, 1921 *apud* WAMBIER, 2012: 29)

Relembre-se ao Magistrado de piso e à Corte origem que a edição de súmulas é apenas o último passo no processo de uniformização da jurisprudência, que se dá após inúmeras discussões e divergências acerca do sentido e alcance de dispositivos dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores.

O acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos Tribunais Superiores ou pelo Supremo Tribunal Federal – vinculantes, ou não – está longe de significar um "engessamento" dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição.

Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiavam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios, e contribuem para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.

Por isso, devem os Julgadores de hierarquia jurisdicional infera compreender que, neste Superior Tribunal de Justiça, onde apenas dez ministros têm a hercúlea tarefa de julgar habeas corpus impetrados contra Tribunais de apelação de todo o país, a contraproducente prolação de decisões contrárias aos posicionamentos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é um grande e grave fator – desnecessário – a concorrer para a demora na concretização da prestação jurisdicional, causado pelos próprios Juizes das instâncias antecedentes.

Prosseguindo, consigne-se que a lei n.º 11.276/2006, ao alterar o 1.º, do art. 518, do Código de Processo Civil, estabeleceu que "[o] juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal".

Com efeito, vê-se que o Legislador Pátrio, atento à necessidade de se racionalizar o sistema jurídico Pátrio, conferiu às súmulas editadas pelo Pretório Excelso e por esta Corte Superior natureza dispositiva, que impedem inclusive o recebimento de recurso. Infere-se, assim, que tais súmulas não têm mero papel indicativo.

Reproduzo ainda, por relevante, a percuente lição do ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni, o qual, em artigo publicado no site da Revista Consultor Jurídico, em 10 de abril de 2012, advertiu o que se segue:

"Uma "Corte de Precedentes", ao exercer sua função de colaborar com a construção do direito, não pode se desligar do seu dever de tutelar a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais. A Corte deixa, assim, de objetivar apenas a tutela do litigante mediante a correção da interpretação do direito e passa a estar consciente de sua missão de revelar o sentido do direito, bem como de sua responsabilidade perante o futuro.

A Corte tem função proativa, prevenindo agressões ao Direito e permitindo a sua evolução e transformação. Se o STJ tem a função de dar unidade ao direito federal mediante a instituição de precedentes, os seus ministros e turmas, assim como os tribunais inferiores, deles não podem divergir. O precedente pode ser revogado pela Corte quando presentes circunstâncias que assim aconselhem, tomando-se a cautela de não violar a confiança justificada dos ju-

risdicionados, mediante a atribuição, se for o caso, de efeitos prospectivos à decisão revogadora.

Por sua vez, os tribunais inferiores, diante do precedente, devem bem operar com a técnica da distinção (distinguishing), evitando aplicar o precedente em face de casos diversos. Tem-se, nesta dimensão, verdadeira unidade do direito federal, real dignidade das decisões da Corte, evitando-se a violação da segurança jurídica e da igualdade perante o direito. Como consequência, há tutela jurisdicional muito mais tempestiva e barata [...], evitando-se a litigiosidade diante da solução já expressa no precedente.

[...].

É preciso que o sentido do direito federal tenha estabilidade e que os precedentes sejam criados e revogados apenas quando necessário em face da evolução da concepção geral do direito e da própria realidade social. Com isso a vida dos processos não ultrapassará, em regra, o segundo grau de jurisdição, priorizando-se a tempestividade da tutela jurisdicional, a economia de gastos financeiros e a racionalidade do serviço dos Tribunais e do próprio STJ, além de – e isto é mais importante – a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade perante o direito. [...]”. (<http://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-e efetividade-stj-cumpra-papel> – acessado em 12 de abril de 2012.)

Portanto, a garantia de independência funcional não se confunde com a possibilidade de Magistrados proferirem decisões à margem ou ao arrepio da lei.

Conclui-se ser injustificada a recalcitrância de se aplicar entendimento sedimentado em Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal ou Tribunais Superiores, sejam elas vinculantes ou não, pois os diversos órgãos do Poder Judiciário devem proferir decisões em conformidade com a Jurisprudência firmada pelas cortes de hierarquia superposta, em razão da necessidade de se primar pela segurança jurídica e pela celeridade na prestação jurisdicional. (HC 254.034/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 24/10/2012)

Assim sendo, este estudo rechaça a posição que entende não haver hierarquia dentro do Poder Judiciário, de modo que qualquer vinculação de jurisprudência seria vedada pela Constituição Federal e/ou pelos Códigos de Processo Civil e Penal.

3.5 Obrigatoriedade do precedente (vinculação)

Voltando-se ao objetivo imediato deste trabalho, de avaliar as melhores técnicas de agregação em busca da eficiência no Judiciário, certamente devemos analisar a característica mais relevante a respeito dos precedentes nos Estados Unidos, e que certamente é responsável por lá imprimir, de fato, a eficácia desse instituto em reduzir demandas com questões repetitivas e uniformizar o direito: a vinculação.

A obrigatoriedade do precedente, conduzida pela teoria do *stare decisis*, significa que uma vez veiculado um entendimento por meio do precedente de uma determinada corte, outro órgão (juiz ou corte) de hierarquia inferior não pode se furtar a aplicá-lo, assim como os membros da própria corte devem respeitá-lo. “*Thus, even if a panel (whether en banc or not) of a court of appeals concludes a particular Supreme Court decision is incorrectly decided, it must follow the holding of that decision; it is binding precedent. Similarly, a district court within a particular appellate court's geographical jurisdiction is bound by the decisions of that court of appeals*” (DOBBINS, 2010:4).¹⁶⁷

A opção pela técnica de vinculação dos precedentes nos Estados Unidos – como também em outros países, que não são, no entanto, objeto direto deste estudo – se dá por razões buscadas também pelos aplicadores do direito brasileiro. O *stare decisis* permite não só a resolução eficaz de todas as questões de direito repetidas, evitando o assoberbamento das cortes com idênticas questões, como também promove a estabilidade do sistema, a previsibilidade e consistência do direito, a confiança no sistema e a isonomia¹⁶⁸. E os efeitos não são só jurídicos, mas principalmente sociológicos, porquanto a segurança jurídica gerada pela comunhão de todos esse fatores permitem, como última consequência, a confiança da sociedade na instituição do Judiciário¹⁶⁹. Um Judiciário estável e previsível dá aos agentes econômicos a confiança necessária para realizar suas apostas negociais. É um elemento, inclusive, de análise de risco de um país, porquanto a imprevisibilidade na interpretação do direito aplicável eleva diretamente os custos de transação dos negócios.

¹⁶⁷ *The Doctrine of Stare Decisis — Its Application to Decisions Involving Constitutional Interpretation*, by William J. Shroder, 58 *Central L. J.* 23 (Jan. 8, 1904). The writer asserts at the outset that the rule, which under certain conditions makes the decisions of courts binding as precedents, is one of public policy based on the advantages of stability in the law.

¹⁶⁸ “Concern for predictability reflects the recognition that change in the law disturbs the foundation for countless human interactions. Without predictability, contracts and wills drafted under an old legal regime may have different meanings, or no meaning at all. Stable law enables the public to know and understand what their civic rights and duties are. *Stare decisis* provides the moorings so that men may trade and arrange their affairs with confidence.’ Predictability benefits not just the public, but lower courts as well.” (MEAD, 2012: 793).

¹⁶⁹ “*Stare decisis* is usually not a constitutional or a statutory requirement, but one which courts impose on themselves. When a common law system adopts a doctrine of precedent (...) it effectively develops a strategy of self-biding to guard against the injustices, inefficiencies and other weaknesses that would beset the adjudicative process if judges reasoned every point of law afresh, with complete discretion and without any regard to hard-won judicial wisdom. Not without good reasons do judges speak of being bound by precedent.” (DUXBURY, 2008: 116)

Em suma, a vinculação do precedente pode ser – se bem aplicado – também uma das maneiras de atrair investimentos no país e baratear os custos econômicos.

Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou, no julgamento de *Hohn v. United States* (1998) que: "*Stare decisis is 'the preferred course because it promotes the evenhanded, predictable, and consistent development of legal principles, fosters reliance on judicial decisions, and contributes to the actual and perceived integrity of the judicial process.'*"

Ter-se-á, portanto, um precedente vinculante sempre que uma decisão tomada em instante 1 tiver que ser adotada em instante 2 pela mesma corte ou por uma corte de hierarquia inferior, quando o caso posto *sub judice* envolva a mesma questão de direito discutida no precedente. Essa obrigatoriedade se dá a despeito do julgador concordar ou não com a conclusão tomada pela corte emanadora do precedente¹⁷⁰.

A aplicação do *stare decisis* em modo horizontal é um fenômeno moderno do direito processual norte-americano. Historicamente, os precedentes eram considerados, dentro da mesma corte, apenas como um norte, uma orientação, mas as turmas julgadoras (*panels*) tinham a discricionariedade de rejeitar a aplicação daquele entendimento se entendesse que era incorreto, seja por lógica, fundamentação jurídica ou mesmo erro na análise dos fatos do caso concreto. A partir da década de 60, a regra discricionariedade absoluta dos magistrados em decidir ou não pela aplicação dos precedentes da mesma corte começou a ser questionada tendo em vista o aumento do número de juizes e a falta de uniformidade nas decisões das cortes; até que na década de 70 essa liberdade foi cassada, aplicando-se a chamada “*law-of-*

¹⁷⁰ “A theory of precedent, as I will use the phrase, is a descriptive analysis of the role prior cases play in the decision-making processes of later courts and a normative argument for what that role, if any, should be. A precedent is a case decided at Time 1 that is meaningfully analogous to a case that arises at Time 2. A precedent is “binding” if, at Time 2, a later court, even though it disagrees with the conclusion(s) reached in the earlier case at Time 1, is obliged to follow, distinguish, or give reasons for overruling the previous case. As Frederick Schauer has argued, ‘Only if a rule makes relevant the result of a previous decision regardless of a decisionmaker’s current belief about the correctness of that decision do we have the kind of argument from precedent routinely made in law and elsewhere.’ Or as Justice Scalia has more aphoristically stated, ‘The whole function of the doctrine [of *stare decisis*] is to make us say that what is false under proper analysis must nonetheless be held to be true, all in the interest of stability.’

A later court is “bound” in an important sense by what our legal practice labels precedent when the result of a prior case, and not the reasoning supporting the result -whether good or bad- is relevant to the later court. By contrast, if a later court looks to the reasoning of an earlier case, is persuaded by that reasoning, and follows it in the case at hand, it is not following the earlier case because of its status as precedent. In other words, it is the status of the earlier case as earlier - not as well reasoned - that makes it precedential.” (STRANG, 2006: 2).

the-circuit”, que buscou dar uniformidade à jurisprudência das cortes, de modo a aplicar o precedente vinculante horizontalmente.

Assim, hoje os precedentes publicados são considerados vinculantes tanto dentro da corte, para as demais turmas julgadoras em processos futuros, quanto aos juízes de grau inferior. As decisões não publicadas, por sua vez, embora não vinculantes podem ser utilizadas como orientação e fundamentação de outras decisões.

A experiência americana tem mostrado que as cortes de apelação (*circuit courts*) tem tornado a aplicação da *stare decisis* horizontal cada vez mais rígida¹⁷¹, enquanto no primeiro grau (*district courts*), a vinculação horizontal não tem sido aplicada de forma veemente¹⁷². Importante frisar que essa subdivisão hierárquica entre as *district courts* como *trial courts*, ou primeiro grau de jurisdição, e *circuit courts* como *appellate courts*, ou segundo grau de jurisdição, só é aplicável em nível federal, pois com relação à jurisdição estadual, cada estado da federação norte-americana tem sua própria subdivisão, dando, às vezes, a mesma nomenclatura a outros tipos de corte. Assim, para os fins deste trabalho, que é de aproximar os sistemas a fim de se compará-los, a nomenclatura *district* e *circuit courts* deve ser entendida como a subdivisão federal de primeiro e segundo graus de jurisdição, possuindo, portanto, hierarquia entre uma e outra.

O respeito à jurisprudência vinculante é tamanha que estudos revelam que a lógica decisória funciona da seguinte maneira: primeiro o juiz avalia se há precedentes a respeito da matéria sob exame. Não havendo, passa à construção de seu próprio entendimento. Isso cria congruência, estabilidade e eficiência ao sistema judicial como um todo.

“As a separate court, each circuit generates its own precedents, made binding in subsequent cases according to circuit rules. When

¹⁷¹ “During the period studied, panels of the Sixth Circuit tended to treat their own precedents positively, following them in over eighty percent of the cases. Sixth Circuit panels treated their own precedents negatively in less than twenty percent of subsequent citations, and most of these were ‘distinguishing’ treatments. These findings suggest that circuit judges generally comply with horizontal precedent at the courts of appeals level.” (LEE III, 2004: 767).

¹⁷² “Through a particularly rigid form of horizontal *stare decisis*, the circuit courts have chosen to adopt law of the circuit’ where a prior reported decision of a three-judge panel of a court of appeals is binding on subsequent panels of that court. In contrast, the practice among federal district courts is more varied and uncertain, but routinely involves little or no deference to the prior precedent of that same district court. Deprived of any significant *stare decisis* effect, district court decisions adjudicate present controversies but do not create law for future cases.” (MEAD, 2012: 789)

considering what legal rules to apply to a case, circuit judges, and their clerks, first ask whether there is binding Supreme Court precedent, which of course would trump circuit precedent. Then, circuit judges ask whether there is binding circuit precedent” (LEE III, 2004: 787).

Evidentemente que, como tudo no direito, a regra da obrigatoriedade do precedente não é absoluta. A teoria do *stare decisis* enfrenta diversos questionamentos em todos as jurisdições nas quais é aplicada. Nos Estados Unidos duas das principais discussões se centram na possibilidade de uma corte inferior discricionariamente não aplicar um determinado precedente por entender inaplicável à hipótese (*distinguishing*), bem como na possibilidade da própria corte desconsiderar seu precedente (*overruling*).

O que se põe em debate é a ponderação entre flexibilização e rigidez do precedente vinculante¹⁷³, ou seja, a dicotomia entre estabilidade/previsibilidade/segurança jurídica e justiça. Esse debate, de fundamental importância, será analisado com cautela em capítulo subsequente (3.6 - Revisão da Jurisprudência), porque atual e relevante para o transporte da experiência norte americana ao sistema brasileiro.

"It is (...) a fundamental jurisprudential policy that prior applicable precedent usually must be followed even though the case, if considered anew, might be decided differently by the current justices. This policy (...) 'is based on the assumption that certainty, predictability and stability in the law are the major objectives of the legal system; i.e., that parties should be able to regulate their conduct and enter into relationships with reasonable assurance of the governing rules of law.'" (Moradi-Shalal v. Fireman's Fund Ins. Companies - 1988)

Não só a possibilidade e extensão da flexibilização do *stare decisis* geram questionamentos na doutrina e na aplicação do direito ao caso prático, mas outras questões de igual importância emergem¹⁷⁴, de modo que, assim como qualquer instituto, o precedente ou jurisprudência vinculante também passarão por questionamentos e discussões de suma

¹⁷³ “(...) correlation between consistency and efficiency may work in different ways. Stability may be desirable to promote stable expectations, but at times, it may hinder the opportunity for judicial experimentation and gradual consensus formation.” (FON and PARISI, 2006: 538).

¹⁷⁴ It is unclear, for example, whether the justices ought to respect: 1) the result or outcome of a prior case, 2) the rule of law in that case, or 3) the reasons for the result or for the rule of law. Most scholars, we suspect, would contend that the justices ought to respect the rule of law in the prior case. But if the justice adopt this standard, should they opt for the broad view of the rule of law; i.e., the rule of law as set in the controlling opinion in the prior case, or the narrow view; i.e., the rule of law necessary for the decision in that case?

importância para chegarmos a sua boa aplicação de forma a atingir os objetivos esperados.

Isso posto, passamos à análise do ordenamento brasileiro no tema.

A técnica do precedente vinculante não é estranha à realidade brasileira¹⁷⁵. Com efeito, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 criou a primeira e única hipótese de jurisprudência obrigatória do nosso ordenamento¹⁷⁶, a chamada “súmula vinculante”, acrescentando o artigo 103-A ao texto Constitucional, que dispõe, *verbis*:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos Judiciários ou entre esses e a

¹⁷⁵ Cumpre apontar que o ordenamento processual brasileiro já havia previsto, em oportunidade anterior, a hipótese de jurisprudência vinculante. Com efeito, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI ensina que a antiga Casa da Suplicação do Brasil era autorizada a emitir os chamados *assentos*, que possuíam eficácia vinculante. Esse efeito perdurou até o advento da República, quando esses enunciados vinculantes foram substituídos pelo recurso extraordinário, destinada a “preservar a autoridade e a uniformidade na aplicação da Constituição e das leis federais, pelo seu guardião, o Supremo Tribunal Federal” (2010: 55-56).

¹⁷⁶ Abre-se, aqui, uma ressalva para aclarar que esse estudo não compreende a competência de controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal como jurisprudência vinculante. Com efeito, as ações que visam rever ou assegurar a compatibilidade de uma determinada norma jurídica com a Carta Federal não tem natureza eminentemente interpretativa do direito. Não é manifestação da função judicante ordinária do Poder Judiciário, mas poder/dever extraordinário do Supremo Tribunal Federal de caráter nomofilático (palavra derivada do grego *nomos* e *phylásso*, que significa guarda da lei), ou seja, de garantir um ordenamento coeso – atribui-se, aqui, ao vocábulo nomofilaquia sentido mais amplo do que aquele trazido na clássica lição de Calamandrei que define a *nomofilaquia* como a função de uniformização do Direito pelos Tribunais.

Embora as decisões em controle de constitucionalidade tenham caráter vinculante *erga omnes* (art. 102, §2º, da Constituição Federal), não o tem por conta da vinculação do precedente, mas porque ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma ou seu descumprimento a norma fundamental, o Supremo a retira do ordenamento, de modo que não possa mais ser aplicada futuramente, em qualquer esfera de Poder. Da mesma maneira, quando declara a constitucionalidade de uma norma, o Supremo, que é único legitimado para controle de constitucionalidade, deixa expressa a coesão da norma questionada com o ordenamento jurídico, podendo ela ser aplicada futuramente de forma regular em qualquer esfera.

Tampouco o chamado “recurso repetitivo” possui eficácia vinculativa *erga omnes*. A lei expressamente permite que os tribunais locais deixem de aplicar a decisão representativa da controvérsia se assim preferirem, situação na qual caberá interposição de recurso especial (art. 543-C, §8º, do CPC – “Na hipótese prevista no inciso II do §7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial”). Além disso, o diploma processual civil em nenhum momento expressa que as decisões em “recurso repetitivo” sejam vinculantes, omissão que se entende intencional. Num sistema processual no qual a cultura é de liberdade decisória absoluta, a lei deve sempre expressa quando “quiser” imprimir uma mudança de paradigma como é a vinculação de jurisprudência.

administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

A novidade trazida pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 não foi somente criar a previsão de jurisprudência vinculante do Supremo Tribunal Federal para as demais cortes e juízes de primeiro grau do país. O art. 103-A prevê, ainda, vinculação da administração pública à súmula obrigatória da Corte Suprema. Essa é, sim, uma alteração considerável de paradigma no que tange à vinculação de jurisprudência. Parece que o nosso Poder Constituinte Derivado deu um salto na tradição da *civil law*, admitindo não só a vinculação da jurisprudência ao Judiciário, mas também do Executivo, o que é técnica bastante característica da *common law*.

Por esse motivo, inclusive, entende-se que a previsão tenha vindo editada em Emenda Constitucional, porquanto a vinculação de uma decisão judicial à administração pública é uma ponderação da tripartição dos poderes. Repise-se que a vinculação do precedente e da jurisprudência ao próprio Judiciário não significa qualquer ponderação no sistema de tripartição de poderes, porquanto a jurisprudência, mesmo quando vinculante, é ainda atividade interpretativa do Judiciário; atividade essa originária, prevista na Constituição.

Desta feita, correta a técnica do legislador ao inserir a regra do art. 103-A do CPC por meio de Emenda Constitucional. Não por conta da vinculação de jurisprudência em si, mas pela vinculação da jurisprudência à administração pública; pela ingerência do Judiciário na atividade executiva. Se a proposta fosse de vinculação da jurisprudência somente ao Judiciário, seja vertical (cortes hierarquicamente inferiores) ou horizontalmente (dentro do mesmo tribunal), e mesmo que se referisse a todas as outras cortes – tribunais locais, regionais federais e Superior Tribunal de Justiça – não seria necessária a edição de Emenda Constitucional, podendo tal matéria ser veiculada por lei ordinária, inserida no Código de Processo (Penal e Civil).

Explica-se. Conforme visto, este trabalho posiciona-se no sentido de que a vinculação de jurisprudência não significa alteração ou ponderação da tripartição de poderes, porquanto realiza apenas e tão somente a uniformização da interpretação da lei pátria, não significando de qualquer forma poder legislativo do Judiciário. Ademais, em nada influi no princípio do livre convencimento do magistrado, pois o mesmo diz respeito à aplicação da lei ao caso concreto e à avaliação dos fatos, e não a desconsideração absoluta à interpretação já sendimentada sobre a lei aplicável em outras cortes. Dessa maneira, a vinculação de jurisprudência não significa alteração ou mesmo redução de qualquer previsão constitucional, ao contrario, está amparada no princípio da isonomia, da eficiência e do devido processo legal. Consequentemente, não haveria motivos para se exigir que a regra fosse implementada em emenda à Constituição Federal, sendo suficiente a edição de lei ordinária para regular a matéria.

Outra inovação importantíssima da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi a previsão do instituto da “reclamação”, no §3º do art. 103-A, *verbis*: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”. Esse instituto permitiu dar eficácia à sumúla vinculante, de modo que a decisão que deixa de aplicá-la ou o faz de modo incorreto é presumidamente nula.

Este foi o primeiro passo do legislador brasileiro no sentido da real uniformização do direito no país. Somente a obrigatoriedade de observância da jurisprudência que garante a sua aplicação homogênea pelos tribunais e magistrados. Com efeito, observa-se diuturnamente que as súmulas e a jurisprudência meramente persuasivas não são suficientes para uniformizar nem mesmo o entendimento dentro dos tribunais, que muitas vezes julgam a *contrario sensu* de sua própria jurisprudência¹⁷⁷. Assim sendo, a vinculação parece, na visão deste estudo, ser a melhor solução para garantir celeridade, isonomia e segurança juridical ao jurisdicionado.

¹⁷⁷ Essa concepção, de que a mera persuasão do precedente não é suficiente para garantir sua aplicação, é também presente nos países de *common law*. Com efeito, NEIL DUXBURY afirma que “*A precedente may be a guide to action, but decision-makers do not always accept the guidance. Moreover, expectations that decision-maker will accept the guidance tend to vary from one adjudicative system to the next. Such variance is obvious even among common-law jurisdictions: traditionally, for example, lower court judges in the United States have, for a variety of reasons, been far more willing than have their English counterparts not to follow a precedente, even when it is not within their power to overrule it. When judges seem quite comfortable declining to heed*”

Evidentemente que é necessário que a legislação ordinária traga o regramento de qual o conjunto de julgados dotados de efeito vinculante e como “selecioná-los”. Ou seja, assim como feito no regramento da súmula vinculante, há que definir quorum para aprovação da jurisprudência obrigatória, há que se definir técnica para a escolha do precedente representativo da controvérsia, bem como modulação de efeitos, se existirem.

Dessa maneira, definido que determinado precedente, representativo de uma jurisprudência, sera vinculante, então todos os órgãos de hierarquia inferior ao emitente deverão seguir o entendimento, sob pena de nulidade e cabimento de reclamação, nos moldes do art. 103-A, §3º, da Constituição Federal.

A vinculação permite a real uniformização. A uniformização garante previsibilidade¹⁷⁸, evita o efeito surpresa¹⁷⁹ e afasta a instabilidade das instituições. De outra monta, a rigidez excessiva da interpretação jurisdicional engessa o sistema, deixando de permitir a evolução do direito e seu amoldamento às alterações socioeconômicas, podendo gerar injustiças. Dessa maneira, a técnica do *stare decisis* prevê mecanismos de flexibilização e atualização do precedente, que trataremos a seguir.

precedente, it is no suprise to find legal theorists arguing that stare decisis has little constraining power. That judges often will not follow, and will be entirely within their rights not following, precedents can and will be make it seem odd (even if not technically incorrect) to talk of a doctrine of biding precedente. It would be a mistake, nevertheless, to think that the judicial capacity to act appropriately by not following a precedente necessitates the conclusion that precedentes are a weak form of authority” (DUXBURY, 2008: 111-112).

¹⁷⁸ “Ainda, se as partes tiverem alguma *previsibilidade* no resultado do litígio ou do processo, evitar-se-á o ajuizamento de muitas demandas ou a interposição de recurso, em razão de já saberem que, ao final, terão ou não sucesso. A súmula, nesse ponto, serviria também como vacina à multiplicação de demandas de idêntico teor.” (SHIMURA, 2005: 213 *apud* MANCUSO, 2010: 349)

¹⁷⁹ “A ciência processual de época contemporânea, norteadas pela Constituição Federal, não mais admite, em hipótese alguma, a surpresa aos litigantes, decorrente de ato decisório judicial escudado em questão fundamental não suscitada nos autos. O tribunal, portanto, tem o dever de dar conhecimento prévio às partes sobre eventual ponto não debatido e que poderá ser objeto de decisão. Dessa forma, os litigantes estarão mais bem aparelhados para defender o seu direito e, assim, influir no pronunciamento judicial.

A liberdade outorgada ao julgador na escolha da norma a aplicar, quando não invocada pela parte interessada (*iura novit curia*), jamais dispensa a oitiva dos litigantes acerca dos novos rumos a serem imprimidos à causa, em atenção à inarredável garantia do contraditório.

Esclareça-se que o art. 10 do nosso futuro CPC, veda, com todas as letras, o “fundamento surpresa”, ao estabelecer que: ‘O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício’ (PLC 8.046/2010)” (CRUZ E TUCCI, 2013)

3.6 Revisão do precedente

Assim como a legislação deve ser adaptada e revista sempre que necessário, a jurisprudência, especialmente aquela dotada de força vinculante, também deve possuir meios de revisão, readequação e atualização¹⁸⁰. Um sistema estático é incoerente e incompatível com uma sociedade complexa e dinâmica, de modo que devem ser pensados mecanismos de atualização das normas. Entretanto, conforme já falado, há que se ponderar sempre a balança em busca do ponto de equilíbrio, tendo-se nos pólos opostos a flexibilização absoluta e a estabilização rígida da norma juridical. Essa ponderação torna-se ainda mais relevante quando se pensa na norma jurisprudencial, porquanto esta é mais permeável às alterações sociais do que a legislação posta. Deve-se lembrar que a flexibilização absoluta, pólo mais próximo do que vivenciamos hoje no Brasil, gera insegurança, falta de isonomia, imprevisibilidade e atomização das demandas repetitivas. Por sua vez, a rigidez extrema pode gerar o engessamento do sistema e sua consequente desatualização, bem como injustiças no caso concreto.

Essa ponderação entre flexibilidade e deferência ao precedente é certamente uma das discussões mais importante no que tange ao *stare decisis* nos Estados Unidos e data de muito tempo, havendo inúmeros estudos a respeito de diversas vertentes no tema. Por absoluta ausência de tempo e espaço para tal, aqui não se realizará uma análise aprofundada sobre todas as temáticas envolvendo as técnicas de flexibilização e revisão do *stare decisis*, tão somente analisar-se-á os institutos de forma genérica, naquilo que merece transporte à realidade brasileira.

¹⁸⁰ “(...) como nenhum precedente tem pretensão de ser eternamente válido, há que se ter em conta critérios que, sem violar a confiança jurstificada, permita a sua revogação. Tendo em vista que o precedente obrigatório objetiva realizar o direito e tutelar a segurança jurídica, é indispensável tratar da possibilidade de antecipação da revogação de precedente e da modulação dos efeitos da decisão revogatória, de modo a se evitar a aplicação injusta de precedente desgastado e, na segunda hipótese, proteger aquele que acreditou na decisão judicial.” (MARINONI, 2011: 215).

“To be sure, *stare decisis* promotes the important considerations of consistency and predictability in judicial decisions and represents a wise and appropriate policy in most instances. But that doctrine has never been thought to stand as an absolute bar to reconsideration of a prior decision, especially with respect to matters of constitutional interpretation. Where the Court errs in its construction of a statute, correction may always be accomplished by legislative action. Revision of a constitutional interpretation, on the other hand, is often impossible as a practical matter, for it requires the cumbersome route of constitutional amendment. It is thus not only our prerogative but also our duty to re-examine a precedent where its reasoning or understanding of the Constitution is fairly called into question. And if the precedent or its rationale is of doubtful validity, the in should not stand.” (Justice Powell no julgamento do caso *Mitchell v. W. T. Grant Co.*, 1974).

Conforme ditto, há alguns mecanismos na *common law* destinados a adequar o precedente às novas realidades sociais ou mesmo para revisá-lo porquanto erroneo. Fala-se dos institutos do *overruling* e *distinguishing*, particularmente. Esses mecanismos são especificamente relacionados ao *stare decisis*, de modo que não se analisará o *revising*, que é simplesmente a revisão da aplicação da jurisprudência feita pelo juízo *a quo* em grau recursal.

O *overruling*, que se chamará aqui de desconconsideração do precedente, é o instituto pelo qual uma corte de nível hierárquico superior ou a própria corte da qual emanou o precedente possa desconconsiderá-lo em julgado posterior. O *overruling* pode-se dar de maneira expressa, declarando-se o precedente que passa a ser desconconsiderado, ou de maneira implícita, de modo que o precedente mais moderno, ou a evolução da jurisprudência, substitui o anterior, que acaba por deixar de ser utilizado. Depreende-se dessa regra que, com relação aos precedentes da Suprema Corte norte americana, somente os ministros da própria corte possam desconconsiderá-lo em análise futura. Da mesma maneira, o precedente de uma corte local só pode ser desconconsiderado (*overruled*) por ela própria ou por corte de nível superior.

O *distinguishing*, por sua vez, é o mecanismo pelo qual um juiz, na análise do caso concreto, pode deixar de aplicar precedente por entender que o caso *sub judice* não envolve as mesmas questões. Ainda, pode aplicar o precedente parcialmente, técnica chamada de *partial distinguishing*, na qual apenas um dos capítulos do precedente será utilizado no caso analisado.

É importante frisar que, diante da natureza obrigatória dos precedentes nos Estados Unidos, todas as decisões que realizam o *distinguishing* devem ser fundamentadas, bem como, e especialmente, as que desconconsiderarem um precedente. A obrigatoriedade da fundamentação detalhada existe para que não se banalizem os institutos, para que o precedente não perca sua força e que se construa um cenário de instabilidade no qual o precedente é volátil e o juiz pode deixar de aplicá-lo sempre que assim entender.

3.6.1 *Distinguishing*

Como visto, o *distinguishing*, doravante chamado de “distinção”, é a técnica pela qual o magistrado deixa de aplicar um precedente por entender que o caso sob análise possui bases

fáticas distintas, que não admitem a subsunção da mema tese de direito abstraída no precedente.

De acordo com MARINONI, “o *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente. Como a *ratio* espelha o precedente que deriva do caso, trata-se de opor o caso sob julgamento à *ratio* do precedente decorrente do primeiro caso” (2011: 327).

Assim, a técnica para se realizar a distinção remete diretamente à técnica de identificação da *ratio decidendi* d\

[=

=-entro do acórdão, de modo a separá-lo daquilo que é exclusivamente base e aquilo que é *obiter dictum*.

A distinção é de grande relevância para evitar injustiças no caso concreto, o que se poderia imaginar no evento de um entendimento jurisprudencial ser aplicado a um caso que não é necessariamente à ele correspondente. Nessa hipótese, ter-se-ia uma injustiça com relação à parte perdedora, que terá menos oportunidade de contraditório no que tange à formação do entendimento jurídico aplicável.

No entanto, embora de suma importância para a correta adequação do precedente ao caso concreto, o *distinguishing* deve ser utilizado com cautela, sob pena de se esvaziar completamente o instituto da vinculação do precedente¹⁸¹. “Como é óbvio, poder para fazer o *distinguishing* está longe de significar sinal aberto para o juiz desobedecer precedentes que não lhe convém. Ademais, reconhece-se na cultura da *common law*, que o juiz é facilmente

¹⁸¹ “Not just any old difference provides such a justification [to distinguish]: the distinction must be such taht it provides a sufficiently convincing reason for declining to follow a previous decision. Since it is for judges themselves to identify significant diferences – to determine, as it were, their own criteria of relevance – is it not easy for them to distinguish away the authority of any precedent? Sometimes it will be easy, no doubt, but not usually so; for distinguishing appropriately is as much a judicial norm as is the doctrine of stare decisis itself. The judge who tries to distinguish cases on the basis of materially irrelevant facts is likely to be easily found out. Lawyers and other judges who have reason to scrutinize his effort will probably have no trouble showing it to be the initiative of someone who is careless of dishonest, and so his reputation might be damaged and his decision appealed. The judges have the power to distinguish does not mean they can flout precedent whenever it suits them.” (DUXBURY, 2008: 114)

desmascarado quando tenta distinguir casos com base em fatos materialmente irrelevantes” (MARINONI, 2011: 328).

A ponderação de quando se realizar a distinção não é tarefa fácil, e deve ser desenvolvida aos poucos, com a evolução do instituto. A simples diferença de particularidade no caso concreto com o precedente não é suficiente para afastar a aplicação do entendimento. Somente devem ser considerados como critério de distinção os fatos fundamentais, de modo que o juiz deve fundamentar aprofundadamente a diferença que justifica o *distinguishing* e a consequente não aplicação do precedente.

Mas, definir-se se um fato é relevante ou não para a resolução da lide tampouco é simples. O julgador deve demonstrar que, retirando aquele fato dos acontecimentos, a consequência se daria da mesma forma. É uma maneira de se utilizar, analogicamente, a teoria de equivalência dos antecedentes, elaborada por von Buri ou a teoria da causalidade adequada - aqui não se fará uma análise detida a respeito das problemáticas de ambas, porquanto ambas buscam encontrar os fatos que deram causa ao resultado discutido de modo a se definir o nexo causal, que é o objetivo último da análise. De acordo com essas teorias, o magistrado deve realizar mentalmente a eliminação hipotética dos fatos e observar qual, se eliminado, significaria na alteração do resultado (teoria da equivalência). Além disso, para se evitar o regresso ao infinito, o juiz ainda deveria identificar, no caso concreto, qual dos fatos é adequado para o evento danoso (teoria da causalidade adequada)¹⁸². Evidentemente que essa definição não pode ser realizada de maneira automática pelo magistrado, exigindo uma dose de bom-senso para se avaliar os fatos no caso concreto.

Independentemente da discussão de qual método mais adequado para a identificação dos fatos relevantes para diferenciação do caso *sub judice* e o precedente, o que é de relevantíssima importância é frisar-se que o *distinguishing* não possa se dar de forma indiscriminada, de modo a significar um subterfúgio para que o magistrado não aplique o

¹⁸² “Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, *em abstrato*, ela era adequada a produzir aquele efeito. Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.” (CAVALIERI FILHO, 2007 :49).

precedente. Ele deve ser utilizado com cautela para evitar injustiças, e quando realizado, deverá sempre ser muito bem fundamentado.

No Brasil, embora já tenhamos previsão de jurisprudência obrigatória, a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, a legislação não prevê qualquer regramento à realização da distinção¹⁸³. Pode-se parecer, então, que nosso legislador optou por um instituto ainda mais rígido que aquele da *common law*, que o inspirou. Mas, na realidade, o *distinguishing*, mesmo que não previsto no regramento processual, será sempre realizado pelos magistrados, pois nasce como uma necessidade inerente à aplicação de precedentes. O problema é que, sem o regramento, os juízes ficam livres para deixar de aplicar a jurisprudência sob qualquer argumento e, muitas vezes, sem fundamentação. Evidentemente que essa decisão ficará sujeita à reclamação, mas assim mesmo, o regramento processual parece de incontestável necessidade para garantir o bom manejo do instituto e trazer segurança ao jurisdicionado.

Assim, uma vez que esse estudo sugere que a jurisprudência vinculante se desse em todos os graus de jurisdição colegiada, ou seja, uma vez que se busca a expansão do instituto, é de suma importância que os mecanismos a ele inerentes também sejam trazidos, sob pena de termos um sistema “manco”.

Insta frisar que, em um instituto em formação, como é a jurisprudência vinculante no Brasil – embora a súmula vinculante já tenha aniversariado seus 9 anos – as flexibilizações tem que ser apresentadas com cautela, exatamente pela falta de costume e cultura com o instituto. Explicam-se. Os operadores do direito no Brasil estão pouco acostumados com a cultura do precedente. Não se domina a técnica de aplicação da jurisprudência, de seleção do capítulo vinculante ou mesmo como formá-lo (lembrando-se aqui das críticas feitas à vinculação dos enunciados de Súmula destacados dos precedentes que os originaram e da (re)interpretação desses enunciados). A demora no amadurecimento do instituto da vinculação é normal num país acostumado com a falta absoluta de uniformidade na jurisprudência. Se o

¹⁸³ Não obstante a ausência de previsão na codificação processual, os Tribunais Superiores já possuem diversos julgados nos quais o *distinguishing* é aplicado. LUIS GUILHERME MARINONI indica, em sua obra “Precedentes Obrigatórios”, o HC nº 85.185-1 do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Cezar Peluso. Naquela oportunidade “examinou-se (...) o alcance da Súmula 691 do STF (...). Lembrou o Ministro Gilmar que o *distinguishing* é prática costumeira no Supremo Tribunal Federal, como mostram vários casos em que se tratou da aplicação das Súmulas 506 e 634. Recordou que, em alguns casos, tendo em vista razões de proteção judicial efetiva, tem-se admitido *distinguishing* em relação à Súmula 634.” (2011: 359)

nosso operador do direito não está acostumado nem mesmo com a formação da jurisprudência vinculante e sua aplicação, as técnicas de flexibilização, hoje absolutamente inexistentes no ordenamento, devem ser apresentadas com o maior cuidado. Ou seja, no primeiro momento parece que o legislador não possa dar muito poder aos juízes de realizar um amplo *distinguish*, de modo que os parâmetros devem ser fixados de maneira restrito. Por exemplo: “o magistrado, identificando relevante distinção entre os fatos do caso concreto e a razão de decidirda jurisprudência vinculante, poderá deixar de aplicá-la, devendo, para tanto, fundamentar sua decisão”.

Sopese-se, ainda, que qualquer decisão do juiz de não aplicar a jurisprudência vinculante deva ser revista em grau recursal, com a aplicação imediata, pelo tribunal, se observado o cabimento do precedente. Tudo a fim de imprimir a maior celeridade possível ao instituto. Novamente, a vinculação deve ser a regra; a flexibilização, a exceção.

Futuramente, com o amadurecimento do instituto e da jurisprudência entorno de sua aplicação, os mecanismos de flexibilização serão mais bem dominados e adornados à nossa realidade judiciária, realizando-se, inclusive, as alterações legislativas necessárias.

3.6.2 *Overruling*

Conforme dito acima, todo sistema que adota institutos de vinculação de precedente e jurisprudência deve considerar as necessárias técnicas de flexibilização e atualização do precedente. Essas técnicas evitam que o direito fique engessado, que se descole da realidade social e também evita injustiças na possível aplicação inadequada de um precedente.

No subcapítulo acima tratou-se da técnica do *distinguishing*, voltada a evitar que os precedentes sejam aplicados equivocadamente a casos que não lhe são pertinentes. Não se trata de uma técnica de revisão do precedente, mas de simples adequação de sua aplicação no caso a caso. Essa técnica, aqui denominada simplesmente distinção, será manuseada pelo aplicador do precedente, ou seja, pelo juiz ou tribunal que julgar o caso concreto.

O *overruling*, por sua vez, é técnica voltada à atualização ou revogação de precedentes¹⁸⁴. Trata-se de um mecanismo destinado a retirar da jurisprudência julgados paradigmas que não mais estejam em consonância com a realidade social, ou que tenham sido formados equivocadamente. Por este motivo, o *overruling*, doravante chamado de superação do precedente, é uma técnica que será manuseada pela corte emanadora do precedente ou a ela hierarquicamente superior, nunca pelo aplicador¹⁸⁵.

Conforme ensina NEIL DUXBURY, a razão mais recorrente para que um precedente seja superado por corte de grau superior é a de haver *error in judicando*. Entretanto, quando a superação se dá dentro do próprio tribunal que emanou o precedente, então as razões para superá-lo devem ser mais fortes (DUXBURY, 2008:118).

Determinar quando um precedente deva ser superado é tarefa difícil, porquanto coloca em xeque a ponderação entre flexibilização/justiça/atualização da norma e segurança jurídica/isonomia/previsibilidade do direito. Os parâmetros que definem o instante em que um precedente deve ser superado não são claros, nem mesmo nos Estados Unidos, de maneira que há severas discordâncias, especialmente entre os Ministros da *Supreme Court*, em quando e como fazê-lo.

Conforme dito, a superação do precedente pode se dar por corte hierarquicamente superior àquela que emanou o entendimento ou dentro da própria corte, o que é permitido pela vinculação horizontal do precedente. A Suprema Corte americana, instância máxima do sistema judicial daquele país, superou, desde 1789 até 2004, apenas 208 precedentes

¹⁸⁴ Nos Estados Unidos, além da superação do precedente feita pela própria corte de emanção (vinculação horizontal), no caso de precedentes envolvendo questões constitucionais podem também ser *overruled* por atuação do legislativo, com emendas à Carta Constitucional. No entanto, conforme indica MICHAEL J. GERHARDT, apenas quatro precedentes constitucionais foram superados por emendas à Constituição. São eles: *Chisholm v. Georgia*, *Dred Scott v. Sandford*, *Pollock v. Farmer's Loan and Trust Co.* e *Oregon v. Mitchell*. (2008: 9)

¹⁸⁵ A doutrina americana discute a possibilidade de cortes inferiores desconsiderarem os *biding precedents* de cortes hierarquicamente superiores como forma de antecipar um *overruling* que seria inevitável, ao que se dá o nome de *anticipatory overruling*, técnica esta, frise-se, introzida pelas cortes norte-americanas, inexistente no Reino Unido. A *Supreme Court*, entretanto, não aceita essa possibilidade, entendendo que só a própria corte emanadora do precedente e aquelas a ela superiores podem alterar ou desconsiderar um precedente vinculante. Nesse sentido, em *Hohn v. United States*, a Suprema Corte afirmou "*our decisions remain binding precedent until we see fit to reconsider them, regardless of whether subsequent cases have raised doubts about their continuing vitality.*" (1998) Tendo em vista que a técnica causa desconforto até mesmo em ordenamentos bastante acostumados ao *stare decisis*, trazer o instituto ao Brasil, neste momento inicial de implantação do precedente obrigatório significaria um excesso de informação e potencial confusão de técnicas.

(GERHARDT, 2008: 9). Isso demonstraria, na perspectiva brasileira (cuja estabilidade da jurisprudência é quase inexistente), que os magistrados norte-americanos dão maior relevância à estabilidade do direito do que à sua justiça social. No entanto, a dispersão temporal desse número não é homogêneo. Com efeito, GERHARDT aponta que de 1900 a 2005 a Suprema Corte superou sete vezes mais precedentes do que o fez nos anos anteriores. Isso indica também que a complexidade da sociedade moderna e a preocupação com os excessos estatais exemplificados nas duas grandes guerras mudaram sobremaneira a forma de pensar o *stare decisis*, criando verdadeira contradição doutrinária sobre o tema.

Aqueles que defendem a necessidade de se manter, ao máximo possível, a estabilidade do precedente, afirmam que a alteração desmedida da interpretação do direito geraria multiplicação de processos e consequente sobrecarga nas cortes, falta de previsibilidade sobre o direito e crise de eficiência. O juiz da Suprema Corte, Justice Louis Brandeis, em certa oportunidade, afirmou que “(...) *stare decisis is usually the wise policy, because in most matters it is more important that the applicable rule be settled than it be settled right.*” (GERHARDT, 2008: 19).

Os juristas que defendem o *overruling*, por sua vez, entendem que a atualização da norma e a correção de erros trazem mais estabilidade e confiança no Judiciário do que uma jurisprudência firme e injusta¹⁸⁶. Com efeito, no clássico julgamento de *Mapp v. Ohio*, em 1961, que superou o precedente *Wolf v. Colorado*, de 1949, Justice Black afirmou que “*the continue existence of mutually inconsistent precedents together with Court’s inability to settle upon a left situation at least as uncertain as it has been before*”.

A experiência norte-americana revela que os questionamentos feitos para se determinar se um precedente deve ou não ser superado costumam envolver (i) a aplicabilidade do precedente à realidade social (*workability*), (ii) se a superação do precedente pode gerar instabilidade socioeconômica tamanha que suas consequências não justificam a alteração, (iii) se, com o evoluir da sociedade, os princípios jurídicos se alteraram de tal forma que o

¹⁸⁶ “Indeed, I had thought that the respect accorded prior decisions increases, rather than decreases, with their antiquity, as the society adjusts itself to their existence, and the surrounding law becomes premised upon their validity. The freshness of error not only deprives it of the respect to which long-established practice is entitled, but also counsels that the opportunity of correction be seized at once, before state and federal laws and practices have been adjusted to embody it.” (Justice Scalia, *South Carolina v. Gaithers*, US Supreme Court, 1989).

precedente acabou sendo esquecido; enfim, casos nos quais os problemas gerados pela aplicação do precedente à sociedade são intoleráveis. Pequenos erros, no entanto, não costumam ser considerados suficientes para justificar o *overruling*¹⁸⁷.

Esses parâmetros foram todos ponderados e analisados no caso *Planned Parenthood v. Casey*, que questionou a validade do importante precedente a respeito do direito de aborto dos Estados Unidos, *Roe v. Wade*. Naquela oportunidade, a Suprema Corte, por maioria, entendeu que a tese fixada em *Roe* não era anômala nem tampouco obsoleta, de modo que os avanços médicos somente revelariam melhorias na aplicação da norma jurisprudencial e não uma razão para alterá-lo¹⁸⁸. No caso, valorou-se muito a estabilidade do direito criada há anos e as consequências nefastas que a alteração de paradigmas geraria na vida das mulheres. Afirmou-se, então que:

“(...) For two decades of economic and social developments, people have organized intimate relationships and made choices that define their views of themselves and their places in society, in reliance on the availability of abortion in the event that contraception should fail. The ability of women to participate equally in the economic and social life of the Nation has been facilitated by their ability to control their reproductive lives.”

Assim, além da previsão de *overruling* por *error in judicando* em sua formação, muito recorrente é também a hipótese de reavaliação do precedente vinculante tendo em vista o decurso de tempo e possível alteração do quadro social relevante para a análise da questão

¹⁸⁷ “American courts of last resort recognize a rebuttable presumption against overruling their own past decisions. In earlier eras, people often suggested that this presumption did not apply if the past decision, in the view of the court’s current members, was demonstrably erroneous. But when the Supreme Court makes similar noises today, it is roundly criticized. At least within the academy conventional wisdom now maintains that a purported demonstration of error is not enough to justify overruling past decision.

The Court itself frequently endorses this conventional wisdom. In the realm of statutory interpretation, the Court has said that it will adhere even to precedents that it considers incorrect unless have proved ‘unworkable’, have been left behind by ‘the growth of judicial doctrine or further action taken by Congress,’ pose ‘a direct obstacle to the realization of important objectives embodied in other laws’, or are causing other problems. Even in constitutional cases – which are thought to demand less respect for precedente – the Court has said that ‘a decision to overrule should rest on some special reason over and above the belief that a prior case was wrongly decided.’” (NELSON, 2001: 1-2).

¹⁸⁸ No caso *Roe v. Wade*, julgado em 1973, a Suprema Corte norte-americana sacramentou o direito das mulheres de praticar aborto, em qualquer caso, até o momento em que o feto se transforme em “viável”, ou seja, torne-se potencialmente capaz de viver fora do útero materno, sem ajuda artificial. Em *Planned Parenthood v. Casey* questionou-se essa tese porquanto, de acordo com o quanto alegado, os avanços médicos em métodos contraceptivos foram tantos que já haveria meios de evitar a gravidez, alternativos ao aborto.

jurídica posta. Trata-se de importante ferramenta que deve ser utilizada para atualização da norma jurídica.

Uma ilustração dessa hipótese de superação se deu no caso *Atkins v. Virginia*, que alterou o precedente *Penry v. Lynaugh*, ambos da Suprema Corte norte-americana. No caso precedente, *Penry*, julgado em 1989, a Corte decidiu pela constitucionalidade da pena de morte a sentenciados incapazes por doenças mentais (*mentaly retarded*), por entender que não significava punição cruel ou inusual (*cruel and unusual punishment*), sanções essas vedadas pela Constituição Federal dos Estados Unidos. Entretanto, vindo à Corte em 2002 caso análogo para análise, *Atkins*, a Suprema Corte entendeu por bem reanalisar o tema deixando de aplicar imediatamente o precedente *Penry*, porquanto ter-se-ia que reavaliar a concepção da sociedade americana contemporânea sobre o significado de “punição cruel e inusual”. Finalmente, em *Atkins* a Supreme Court superou o precedente de *Penry* restando decidido que a execução de pessoas incapazes por deficiência mental é proibida pela *Eighth Amendment* da Constituição Federal.

Inúmeros são os exemplos de julgados da *Supreme Court* que discutem os parâmetros do *overruling*. Com efeito, muito se escreve nos Estados Unidos a respeito da técnica de superação de precedentes, existindo grandes doutrinadores e juristas de ambos os lados, uns a favor da flexibilização e o outros a favor da estabilidade¹⁸⁹. O fato é que, no Brasil, estamos muito mais próximos de um regime excessivamente flexível, de modo que há muito pouca confiança na atividade jurisdicional. Excessivamente flexível para não se dizer instável.

Veja-se, apenas a título de exemplo, os enunciados 263 e 293 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, que tratam do “Valor Residual Garantido (VRG)” nos contratos de *leasing*. Em maio de 2002, o STJ editou o enunciado 263 de sua súmula que dizia: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação. Em agosto de 2003, portanto um ano e três meses após a edição do enunciado, o mesmo foi cancelado diante do julgamento dos REsp nº 443.143/GO e 470.632/SP. Sete meses depois, em maio de 2004, o Tribunal

¹⁸⁹ “Most of the considerations that populate the [Supreme] Court's current jurisprudence are best understood - or, perhaps, reimagined- as efforts to gauge the reliance interests that would be affected by the decision to overrule a given precedent. There is no inherent problem with such a focus. To the contrary, reliance interests are a critical part of what gives *stare decisis* its value; precedents are among the key ‘materials on which the community necessarily places its principal reliance in trying to figure out what the ‘law’ is.” (KOZEL, 2010: 414).

publicou outro enunciado, de número 293: “A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil”. Enunciado esse de conteúdo diametralmente oposto ao editado anteriormente (263), diga-se, no lapso de apenas dois anos.

Esse é apenas um exemplo da instabilidade da jurisprudência na Corte de uniformização do direito federal do país. O movimento dos tribunais nacionais, hoje, gera no jurisdicionado uma enorme desconfiança (conforme indicam os números do Índice de Confiança na Justiça, apresentados na primeira parte deste trabalho) de modo que os riscos dos negócios aumenta muito, fazendo crescer os juros, reduzindo os investimento etc.

“The evils of uncertainty of legal rules are many and, for the most parte, fairly obvious. They may be enumarated as follows:

1. Business transactions often are hidered until the parties can ascertain what risks or law are involved and in what they may be avoided. This disadvantage manifests intself chiefly as an economic loss in the form of legal expense.

2. Litigation is encouraged in doubtful cases.

3. Transaction may be entirely impeded because of legal uncertainty.

4. Where the law is unascertainable or uncertain, its moral force is weakened.

(...)

6. The administration of justice will lack much in uniformity where where the law is uncertain” (KOCOUREK, 1927 apud WAMBIER, 2012: 34).

A jurisprudência vinculante certamente é uma técnica com excelente potencial para auxiliar, e muito, na problemática da dispersão da interpretação do direito e da atomização dos processos. No entanto, para isso é imperativo, antes de tudo, que a própria corte, internamente, observe seus próprios precedentes (vinculação horizontal), e que a jurisprudência vinculante seja construída cautelosamente, com o máximo de participação da comunidade jurídica, observando-se de forma bastante atenta ao contraditório, e esperando-se para que a matéria esteja realmente madura para vinculação. Do contrário, a técnica de jurisprudência obrigatória será tanto mais maléfica ao jurisdicionado do que a crise de eficiência instaurada hoje.

A necessidade do *overruling* como método de atualização e correção do precedente é indiscutível. O ponto nevrálgico está em se saber qual a extensão e em que casos admiti-lo, evitando-se a instabilidade excessiva¹⁹⁰.

Além das hipóteses já apontadas de superação do precedente, ainda se verifica nas cortes norte-americanas o *overruling* implícito, que, como o próprio nome sugere, é a superação do precedente pela jurisprudência sem discussão expressa a respeito. Embora o *overruling* implícito seja uma prática recorrente das cortes estadunidenses¹⁹¹, muitos entendem que a técnica pode gerar incorreções na interpretação da lei e dos precedentes. De acordo com GARHARDT “*the Court can cause confusion when it does not clarify whether it is distinguishing or implicitly overruling precedents*” (2008: 35). Com efeito, parece incongruente com um sistema que busca a estabilidade do direito e a confiança do jurisdicionado qualquer alteração oculta, não sujeita ao contraditório e sem ampla fundamentação. Há que se lembrar, sempre, que o precedente é uma importantíssima norma jurídica, especialmente nos países de *common law*, onde é fonte primária. Assim, a alteração da mesma deve se dar de maneira cautelosa, com ampla participação da sociedade e profunda fundamentação.

A superação do precedente não pode se dar pelo erro singelo, da mesma forma que não deve ser um reflexo da simples alteração da composição de uma corte¹⁹².

¹⁹⁰ “*What counts more than the rooting out of error is the establishment of affirmative norms of judicial behavior.*” (WYZANSKY, 1952: 1281).

“*When the Court settles a dispute in a certain way, it is natural that people and institutions affected by the dispute will rely on the Court's decision in shaping their understandings and behaviors. Years later, if the Court confronts the same matter only to reach the opposite conclusion, those who relied on the earlier opinion might find that their efforts have been wasteful or counterproductive. When the Court is deciding whether to overrule a precedent, one of the issues it must confront is the extent to which stakeholders have relied on the precedent in organizing their behaviors and understandings. That calculus is an integral part of “protect[ing] the legitimate expectations of those who live under the law.”*” (KOZEL, 2010: 418).

¹⁹¹ Os dois casos mais relevantes nos quais se deu o afastamento implícito de precedentes vinculantes são os seguintes: *Bunting v. Oregon*, no qual se afastou *Lochner v. New York*, e *Gayle v. Browder*, que afastou *Plessy v. Ferguson*.

¹⁹² “E para compreender também, por outro lado, em que circunstâncias ao Judiciário praticamente não é dada ‘liberdade’ de decidir (ou lhe é dada liberdade limitada, por um período de tempo, também limitado!); ao Judiciário não é dado o poder de inovar; sendo, esta, tarefa da lei; a jurisprudência deve manter-se mais visivelmente estável, sendo mudanças em geral, malvistas e nocivas para a sociedade.” (WAMBIER, 2012: 13).

Vale lembrar que o ordenamento brasileiro já possui previsão no que tange à revisão da única jurisprudência realmente vinculante que possuímos, a súmula obrigatória do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, a Lei nº 11.417/2006 foi editada com o exato propósito de regulamentar a edição e cancelamento dos enunciados vinculante da súmula do Pretório Excelso, definindo legitimados, quórum e procedimento. Mas a mais importante previsão da citada lei vem expressa no artigo 3º, §2º, que permite a participação de terceiros no processo de revisão dos enunciados, reforçando a idéia acima defendida de que a alteração da norma jurídica, mesmo que fonte secundária, deve sempre ser precedida de intensa discussão da sociedade e contraditório sob pena de afetarmos as bases do sistema de uniformização da aplicação do direito.

Pouco escreveu-se, de 2004 até hoje, sobre a revisão e cancelamento da súmula vinculante no Brasil, porquanto ainda não houve nenhum caso de enunciado cancelado (o enunciado 30 não chegou a ser publicado). Dessa maneira, a comunidade jurídica brasileira ainda não teve oportunidade de debater os parâmetros para a realização do *overruling* em solo nacional.

Suger-se-indo, portanto um sistema muito mais amplo de vinculação de jurisprudência, aplicável tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto nas demais cortes do país, é de fulcral importância que pensem nos mecanismos de flexibilização e atualização da norma e em seus parâmetros de aplicação, sempre procurando-se atingir o ponto mais próximo de equilíbrio entre a justiça e a eficiência/estabilidade.

3.7 Do Projeto de Novo Código de Processo Civil (PLC nº 8046/2010)

O Projeto do Novo Código de Processo Civil, aprovado em 30 de outubro de 2013 pela Câmara dos Deputados – ainda pendente vigência - encampou de forma muito positiva a idéia de expansão da vinculação de jurisprudência.

Com efeito, foi criado um capítulo próprio específico ao tema: “Capítulo XV – Do Precedente Judicial”.

Este trabalho não tem como escopo discutir a fundo o projeto, no entanto, algumas considerações se fazem apropriadas ao conteúdo previsto, tendo em vista a correlação inerente entre o presente capítulo e as propostas do Novo Código para o tema.

O Capítulo XV prevê que:

“Art. 520. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º Na forma e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2º É vedado ao tribunal editar enunciado de súmula que não se atenha às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas:

I – os juízes e tribunais seguirão as decisões e os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os juízes e os tribunais seguirão os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos e os precedentes em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

III – os juízes e tribunais seguirão os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e dos tribunais aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

IV – não sendo a hipótese de aplicação dos incisos I a III, os juízes e tribunais seguirão os precedentes:

a) do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade;

b) da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional;

§1º A modificação de entendimento sedimentado poderá realizar-se:

I – por meio do procedimento previsto na Lei no 11.417, de 19 de dezembro de 2006, quando tratar-se de enunciado de súmula vinculante;

II – por meio do procedimento previsto no regimento interno do tribunal respectivo, quando tratar-se de enunciado de súmula da jurisprudência dominante;

III – incidentalmente, no julgamento de recurso, na remessa necessária ou na causa de competência originária do tribunal, nas demais hipóteses dos incisos II a IV do caput.

§2º *A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida.*

§3º *A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.*

§4º *O órgão jurisdicional que tiver firmado a tese a ser rediscutida será preferencialmente competente para a revisão do precedente formado em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, ou em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos.*

§5º *Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante, sumulada ou não, ou de precedente, o tribunal poderá modular os efeitos da decisão que supera o entendimento anterior, limitando sua retroatividade ou lhe atribuindo efeitos prospectivos.*

§6º *A modificação de entendimento sedimentado, sumulado ou não, observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.*

§7º *O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado.*

§8º *Não possuem o efeito previsto nos incisos do caput deste artigo os fundamentos:*

I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no acórdão;

II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão.

§9º *O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do caput deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.*

§10. *Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.*

§ 11. *O órgão jurisdicional observará o disposto no art. 10 e no art. 499, § 1o, na formação e aplicação do precedente judicial.*

Art. 522. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas; II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.”

Evidencia-se, no texto projetado, um positivo rumo em busca da jurisprudência vinculante, da proteção à confiança e da vedação do efeito surpresa, com a devida

preocupação com as técnicas de flexibilização e superação, aparentemente bastante semelhantes à experiência norte-americana aqui apresentada.

Algumas poucas ponderações são necessárias, frente ao quanto já discutido neste capítulo.

Primeiramente, como se nota no art. 520, §2º, e artigos seguintes, o Projeto manteve a cultura de utilização do enunciado das súmulas de jurisprudência isolados como texto vinculativo representante do entendimento jurisprudencial. Levanta-se, aqui, novamente a crítica de que o enunciado não deva nunca ser aplicado de forma dissociada dos precedentes que lhe deram origem, sob pena de expandir incautamente sua incidência, permitindo uma indevida interpretação da interpretação (muitas vezes distorcendo-se o sentido da jurisprudência estabelecida).

Além disso, quando o texto apresenta a possibilidade de vinculação de *precedente*, quando ausente enunciado de súmula (arts. 521, incisos IV a VI), o projeto expande significativamente a técnica. Ao exigir a obrigatoriedade de se seguir o entendimento de um precedente, a Lei cria todo um novo instituto, até então desconhecido pelo ordenamento brasileiro, e que se aproxima demasiadamente do modelo da *common law*, no qual um julgamento isolado determina a norma cogente. Na visão estabelecida neste trabalho, conforme já apontado, esta não parece ser a melhor técnica aqui adotada. Parece que o legislador quis dar “passos maior que as pernas”, porquanto instituiu técnica que poderá ser mais prejudicial que benéfica à uniformização do direito.

Veja-se; com a vinculação de simples “precedentes”, mesmo que de órgão especial ou plenário, os juízes de primeiro grau poderão ser vinculados, por exemplo, a uma só decisão isolada. Embora a intenção seja a melhor possível, essa previsão dá espaço à criação de instabilidade, porquanto ainda não madura a discussão. Quando uma corte edita enunciado para sua súmula, a discussão se centra em colocar uma “pá de cal” em questão já amplamente sedimentada na corte, o que confere, em tese, bastante confiabilidade na matéria.

A idéia defendida neste trabalho é de vinculação da jurisprudência, quando sedimentada a ponto de se tornar verdadeira referência do entendimento do Judiciário naquele tema (e naquela determinada unidade federativa, quando cabível). Conforme exposto, há uma

importante diferença entre vinculação de jurisprudência, já existente no Brasil (súmula vinculante do STF) e vinculação de precedente, hoje ainda não prevista¹⁹³. De modo que aqui se entende que a segunda previsão não é condizente com a realidade do ordenamento pátrio e da cultura judicial.

Adiante, no art. 521, §§1º e seguintes, o projeto prevê as hipóteses e procedimento para a superação da vinculação (*overruling*). De forma bastante parecida com o que estabelece a doutrina americana, o §2º determina que a modificação do entendimento sedimentado *poderá* fundar-se na revogação ou modificação da norma, alteração política, econômica ou social sobre a matéria decidida. Relevante notar-se que o rol previsto é meramente exemplificativo, parecendo irrefutável considerar-se inserido nele a hipótese de revisão ou superação da jurisprudência por *error in judicando*. Ademais, no §3º do mesmo artigo, o projeto prevê a possibilidade de realização de audiências públicas e participação da sociedade para rediscussão da tese, previsão essa congruente com a democracia e as bases para um sistema jurídico coeso e livre de efeitos surpresa.

O §4º do art. 521 também merece comentário. Com efeito, o texto diz que a revisão do entendimento vinculante será *preferencialmente* realizada pelo órgão jurisdicional que tiver firmado a tese. Essa redação parece permitir, não só a revisão por cortes superiores àquela emanadora da jurisprudência, o que é cediço, mas também a possibilidade de alteração da jurisprudência vinculante por órgãos inferiores. Essa hipótese é semelhante a já mencionada *anticipatory overruling*, que, conforme apontado acima, recebe fortes críticas nos Estados Unidos. Essa técnica não parece adequada a uma cultura de vinculação jurisprudencial em formação, porquanto dá ensejo a inúmeros questionamentos, podendo até mesmo esvaziar o instituto por completo, por dar às instâncias inferiores a discricionariedade absoluta de não aplicar entendimento vinculante.

Descata-se, ainda, o §8º do art. 521, que traz, ao texto da lei, a técnica de seleção do conteúdo vinculante da decisão, conforme visto no subcapítulo 3.1, supra. No citado parágrafo, o legislador deixou claro que não recebem efeito vinculante os fundamentos: “I – prescindíveis para o alcance do resultado fixado em seu dispositivo, ainda que presentes no

¹⁹³ “É de acrescentar-se, ainda, que um único *precedente* não poderia ser considerado jurisprudência, porque ‘é mister que se repita, e sem variações de fundo. O precedente, para constituir jurisprudência, deve ser *uniforme e constante*. Quando esta satisfaz os dois requisitos granjeia sólido prestígio, impõe-se como revelação presuntiva do sentir geral, da consciência jurídica de um povo em determinada época” (CRUZ E TUCCI, 2010: 63).

acórdão. II – não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador, ainda que relevantes e contidos no acórdão”.

Nota-se, assim, que o projeto encampou a idéia de que, num país de cultura de vinculação ainda em formação, a lei deve trazer o máximo de substrato para que a técnica de utilização do instituto seja a melhor possível. Dessa maneira, o artigo 521, §8º, explicita a impossibilidade de vinculação do *obiter dictum*.

Além das previsões feitas, de perfeita relevância, na linha de deixar traçada a melhor técnica de manuseio da jurisprudência vinculante, seria necessário prever também que não possuem efeitos vinculantes as teses não debatidas pelas partes, ou seja, que não foram objeto de contraditório. Embora toda a matéria contida na decisão judicial deva ser precedida de contraditório, sob pena de ofensa a princípio constitucional e de configuração do inconcebível efeito surpresa, seria prudente reforçar a exigência também neste capítulo da Lei, porquanto seus efeitos são ainda mais amplos do que aqueles *inter partes*. Ademais, a jurisprudência, especialmente nos “recursos repetitivos” do Superior Tribunal de Justiça, tem indicado o atecnicismo de inserir no acórdão matérias não debatidas pelas partes e não trazidas por terceiros, de modo a ampliar (indevidamente) o escopo de incidência da norma jurisprudencial¹⁹⁴.

Por fim, o §9º do art. 521 prevê a hipótese de *distinguishing* da jurisprudência vinculante, afirmando que o precedente poderá não ser seguido quando o “órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa”. O projeto buscou, nesta redação, reduzir cautelosamente o escopo da distinção na jurisprudência vinculante, procurando afastar o possível esvaziamento do instituto por não aplicação infundada do precedente obrigatório. Sugerir-se-ia aqui, apenas intensificar ainda mais o texto, inserindo-se a frase “hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, *imprescindíveis à resolução da lide*”. Dessa maneira, afastar-se-ia a

¹⁹⁴ Nesse sentido, ver-se STJ, REsp 1.150.356/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Dj. 25/08/2010, que sedimentou entendimento a respeito da competência do juízo do inventário (arrolamento sumário) para apreciar pedido de reconhecimento de isenção do ITCMD (Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer Bens ou Direitos), à luz do disposto no artigo 179, do CTN. Naquela oportunidade, discutia-se. No entanto, o acórdão incluiu, na matéria repetitiva, também

possibilidade de *distinguishing* por questões de segunda importância, o que reduz ainda mais os efeitos pretendidos com a vinculação da jurisprudência.

Conclusivamente, o projeto prevê de forma bastante atual e pormenorizada o instituto da vinculação de jurisprudência. Feitas as ressalvas acima, fica a positiva impressão de que a Lei buscará atingir um processo mais eficiente, uniforme e estável. Certamente, os resultados virão a longo prazo, agregados a diversas problemáticas advindas da adaptação dos operadores do direito com o instituto. Neste primeiro momento devemos, ao máximo, buscar entender e seguir, à risca, a técnica de manuseio da jurisprudência vinculante, aguardando o amadurecimento do instituto.

4. CONCLUSÃO

Muito tem-se escrito, na última década, a respeito da crise de eficiência pela qual passa o Poder Judiciário, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Esse panorama, de demora excessiva na resolução dos processos, bem como de decisões replicadas e da chamada “jurisprudência defensiva” são o resultado nefasto do excesso de processos que lotam os gabinetes. E mais do que apenas o excesso, a causa maior dessa crise deve-se às demandas repetitivas. Ou seja, inúmeros processos ajuizados para discutir o mesmo evento ou diversos processos advindos de bases fáticas distintas, mas envolvendo a mesma tese jurídica.

Não só no Brasil mas em quase todas as jurisdições tem-se buscado alternativas processuais e administrativas para contornar a demora da resolução das lides. O problema chegou a tal monta que o controle passou também a ser realizado por organismos internacionais, que recebem ações dos litigantes contra o Estado, pelo prazo excessivo de duração do processo. Diversos países, dentre eles o Brasil, já foram condenados por organismos internacionais ao pagamento de indenização aos litigantes por excesso de prazo para resolver o processo.

Com efeito, o direito à duração razoável do processo é garantia elevada ao nível de Direitos Humanos, positivada na Convenção Americana de Direitos Humanos desde 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), documento do qual o Brasil é signatário. No entanto, somente em 2004, com a Emenda Constitucional nº 45, o Brasil positivou de fato essa garantia na Carta Constitucional. Naquela oportunidade foi inserido no art. 5º da CF o inciso LXXVIII, que determina que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. Hoje, portanto, a garantia da razoável duração do processo judicial está positivado como garantia constitucional.

A duração razoável do processo não é, no entanto, garantia isolada dos demais princípios processuais. Ela é uma decorrência inerente à garantia de acesso à justiça,

porquanto o direito ao mero ajuizamento de demandas não é suficiente para satisfazer as necessidades do litigantes; o verdadeiro acesso à justiça só se atinge ao resgatar o bem da vida decorrente da relação material discutida. Dessa forma, a celeridade não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas como parte de um todo, que envolve a eficácia da tutela jurisdicional – que deve ser justa, adequada à relação material e efetiva a garantir a entrega do bem da vida – e o tempo razoável. Essa junção de eficácia e celeridade é que resultará na eficiência processual, tão desejada. De forma resumida, a eficiência está na conjunção entre eficácia e celeridade.

No entanto, conforme visto, a ineficiência do Poder Judiciário não é resultado exclusivo do sistema processual. Ele é decorrência de todo um conjunto de fatores, que envolvem a administração da justiça, o sistema processual, a cultura dos litigantes, os incentivos criados pela falta de uniformização do direito, dentre outros; de modo que o combate a essa problemática deva se dar em todas as frentes, administrativa e processual. Este estudo, no entanto, destinou-se a focar uma pequena, mas importante causa da crise de eficiência: as demandas repetitivas.

Viu-se que a repetitividade de demandas, sem a necessária tutela processual para resolvê-las corretamente, gera diversos resultados perversos. Dentre eles, a falta de isonomia entre os resultados, a dispersão da prestação jurisdicional, a multiplicação de demandas, o congestionamento das cortes, a proliferação de decisões “copia e cola”, e a inarredável insatisfação do jurisdicionado com o poder judiciário. Por isso, entende-se ser de suma importância encontrarmos os meios processuais – sem nos esquecermos das medidas administrativas – necessário a solucionar de uma vez por todas a repetitividade das demandas.

Para tanto, dividiu-se o estudo em duas partes. A primeira, voltada a resolução da repetitividade de processos oriundos do mesmo fato jurígeno, por exemplo, o congelamento das poupanças no Governo Collor, o derramamento de petróleo na Bacia de Campos, dentre tantos outros. A segunda, voltou-se à análise de solução para a repetitividade de processos envolvendo a mesma questão jurídicas.

Destinado a analisar essa problemática, este estudo sugeriu, como a melhor solução, a coletivização. Para tanto, socorreu-se ao direito norte-americano, cuja experiência em reunião de demandas repetitivas data de muito tempo e onde há produção extensa de materiais

doutrinários sobre o tema, para comparar a *class action* à ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos.

Primeiramente expôs-se a sistemática da *class action*, desde a fase de certificação, dos requisitos de admissibilidade – numerosidade, homogeneidade, identidade e representatividade – até os limites da extensão dos efeitos do julgado coletivo.

Transcorrida a fase de apresentação e explicação do instituto da *class action*, passou-se ao cotejo da sistemática de coletivização na experiência norte-americana com a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos, no Brasil. Ainda, resgatou-se o Projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, capitaneado por ADA PELLEGRINI GRINOVER, ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, ANTONIO GIDI e KAZUO WATANABE, cuja redação se deu em 2004 e cujas previsões absorvem muito da experiência norte americana, alinhando-se com o quanto defendido neste estudo (feitas algumas ressalvas). O projeto infelizmente foi arquivado em 2010 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) e hoje aguarda julgamento de recurso interposto em 2012 perante a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Nesse capítulo, intitulado “*Class Action* e a Ação Civil Pública”, concluiu-se que a coletivização das demandas repetitivas oriundas do mesmo fato jurígeno é a melhor solução para a persecução da eficiência judicial. Isso, porque evita a dispersão dos processos, e as consequentes decisões díspares em varas ou tribunais diversos, bem como permite que se avalie detidamente qual o melhor representante para a coletividade (representatividade adequada), o próprio cabimento de uma ação coletiva e a real existência de homogeneidade entre os direitos pretendidos nos diversos casos.

Conforme frisado ao longo da pesquisa, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos, hoje prevista no Código de Defesa do Consumidor, teve sua origem e inspiração na *class action* norte americana. Mas diversas particularidades lhe foram alteradas para adaptação à realidade brasileira. No entanto, no entender deste estudo, algumas dessas mudanças acabaram por retirar do instituto a eficácia pretendida de agrupar as demandas repetitivas dando uma resposta homogênea e célere aos julgados.

Com efeito, alguns pontos foram levantados como sugestão para potenciais reformas, destinadas a imprimir eficiência na resolução das demandas repetitivas. A primeira diz respeito a necessidade de uma fase pré-processual, voltada a avaliar os requisitos de admissibilidade da ação, nos moldes da *certification phase* da *class action*. Nesse momento, avaliar-se-ia os mesmos requisitos necessários à certificação da ação de classe norte-americana: (i) numerosidade (*numerosity*), (ii) homogeneidade ou liame (*commonality*), (iii) identidade (*typicality*) e, (iv) representatividade adequada (*adequacy of representation*).

Destinando-se, dessa maneira, todo um momento processual voltado a avaliar o real cabimento da coletivização, tendo em vista as particularidades do caso concreto, evitar-se-ia a possibilidade de instauração de um processo coletivo, instrução e julgamento, possíveis recursos, para que então, decorrido muito tempo, se pudesse anular toda a ação por falta de requisito de admissibilidade (certificação). Ou seja, evitar-se-ia o gasto desnecessário de recursos das partes e do Estado (economia processual). Nessa fase, avaliar-se-ia também o melhor representante, ou seja, aquele cuja demanda englobe o maior número de questões envolvidas na classe, bem como que possua melhores meios de patrocinar a ação. Ainda, analisar-se-ia cautelosamente a homogeneidade ou liame entre os direitos e a identidade das causas dos membros da classe, a fim de se garantir de fato tratar-se de demandas repetitivas e não causas somente parecidas, evitando injustiças e incongruências.

Enfim, este estudo concluiu que a fase de certificação destina-se a garantir que o processo coletivo inicie-se corretamente desde logo, dando aos membros da classe a certeza de que estarão bem representados, e que portanto a coletivização não significará usurpação de seu direito de ação.

Além disso, sugeriu-se, assim como previsto no Projeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, que a legitimação para propositura da ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos fosse extendida, além dos já legitimados pela lei, para incluir todos os cidadãos. Isso daria um escopo maior de eficácia ao instituto, permitindo-se avaliar a adequação da representatividade na fase de certificação retirando da lei o poder de pré-determinar os legitimados, passando-se ao juiz essa avaliação, caso a caso.

Afora a fase de certificação e requisitos nela constantes, ainda avaliou-se outra questão, de suma importância para a eficácia do instituto da coletivização: os limites da coisa

julgada e a litispendência nas ações civis públicas para tutela de direitos individuais homogêneos. Conforme visto, hoje a coisa julgada na ação civil pública se dá *secundum eventus litis*, somente atingindo os indivíduos envolvidos na lide se o resultado do processo for a eles favorável. Dessa maneira, a coisa julgada no sistema processual coletivo brasileiro vigente só atinge o indivíduo se o resultado lhe for favorável (transporte *in utilibus*) e caso este não tenha ainda ajuizado sua demanda individual ou caso a tenha sobrestado para aguardar o desfecho da ação coletiva. Assim, a coisa julgada do resultado negativo da tutela coletiva só atingirá as demandas coletivas pendentes e outras possíveis ações coletivas futuras; nunca ações individuais/particulares. Por fim, de acordo com o sistema legal posto, nunca há coisa julgada quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

As regras acima descritas, no entender deste trabalho, afrontam diametralmente o princípio da isonomia por dar ao membro de uma classe, seja ele consumidor ou não, a possibilidade de processar duas vezes o suposto causador do dano, bem como ter-se pelo mesmo fato diversas demandas coletivas ajuizadas concomitantemente, o que permite a reparação *bis in idem*. Ora, por mais ávidos por justiça social que sejamos, essa dupla chance de litigar e a dupla necessidade do réu de suportar a demanda é inconcebível, de modo que a coisa julgada deva atingir a todos, *erga omnes*, seja qual for seu resultado, a menos que o julgamento se dê por falta de provas.

Para chegar a essa conclusão, fez-se um paralelo com o sistema da *class action*, que adota a técnica de *opt-out* para as ações coletivas para tutela dos direitos individuais homogêneos. Com efeito, nos Estados Unidos, aquele que, parte de uma coletividade, não quiser integrar a *class action*, poderá dela extromitir-se, devendo, para tanto, ser intimado do ajuizamento da demanda coletiva. Aqueles que deixam a *class action* não podem ser diretamente beneficiados por ela, ficando-lhes vedado executar a sentença ou o acordo. Entretanto, todos os participantes da classe que não exerceram seu direito de *opt out* são atingidos pela coisa julgada, seja qual for seu resultado, positivo ou negativo.

Além do quanto exposto acima, relativamente à coisa julgada, o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública ainda prevê que a *res judicata* só se dará “nos limites da competência jurisdicional do julgador”, o que restringe ainda mais a eficácia do instituto. Destarte, com intenção de evitar a intromissão de um estado na esfera do outro, o legislador acabou por criar uma aberração material, ao permitir que, no mesmo país, possam haver decisões

absolutamente contraditórias a respeito da mesma questão, o que pode, inclusive, inviabilizar a tutela material. Assim, defendeu-se neste estudo que os efeitos da tutela coletiva se dêem nacionalmente, ou pelo menos na esfera do dano causado.

Mas, para que haja real congruência de tutelas para toda a coletividade e para que a ação coletiva sirva como um instrumento de agregação de demandas repetitivas, é imperioso que seja admitida a litispendência, seja entre ações civis públicas que tratem da mesma ação, seja entre a ação civil pública e as ações individuais que versem sobre a mesma questão.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu art. 104, que “as ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos I e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.” Dessa maneira, a despeito do ajuizamento de ação civil pública, todos os representados pela ação coletiva ainda podem ajuizar contemporaneamente ações particulares para discutir a mesma questão. Isso significa que o nosso ordenamento vinculou-se ao modelo de *opt in*, explicado. Em outras palavras, o representado tem de demonstrar interesse pela inclusão na ação civil pública, mesmo que de modo omissivo; ou seja, deixando de ajuizar sua ação individual ou sobrestando-a pelo período determinado na lei.

Essa maneira individualística ou secundária de se tratar a tutela coletiva, acaba por desnaturar por completo a natureza e o objetivo das ações coletivas, que é dar celeridade e eficácia (eficiência) à solução de lides envolvendo direitos indivisíveis, e demandas repetitivas, quando se trata de direitos individuais homogêneos. Ao admitir que a ação coletiva produza quase ou nenhum efeito de cunho preclusivo para os representados, seja por limitação subjetiva, de resultado, ou geográfica, a tutela processual coletiva torna-se inútil no que tange a resolver o problema da atomização dos conflitos, de dar solução isonômica, trazer segurança jurídica e celeridade ao processo

O já mencionado Projeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, nesse tema, optou por substituir a atual sistemática da litispendência (ou ausência da mesma) pela técnica americana do *opt-out*. No texto, os processos individuais ficariam suspensos por trinta dias

quando do ajuizamento da ação coletiva, devendo os particulares se manifestarem expressamente sobre o desejo de extromitirem-se da demanda coletiva, sob pena de extinção sem julgamento de mérito de suas ações. Assim sendo, os representados não precisariam se manifestar sobre o interesse de integrar a coletividade, mas, ao contrário, necessitariam expressar seu intento de deixar a ação civil pública (*opt out*) para não serem atingidos pelo resultado da coisa julgada coletiva. Dessa maneira, o representante faz, *a priori*, parte da coletividade, a menos que se manifeste contrariamente. O silêncio, portanto o coloca na demanda coletiva como parte substituída pelo representante adequado.

Embora a previsão do Projeto acima explicada seja um avanço incontestável com relação ao sistema hoje vigente, a proposta deste trabalho vai ainda mais longe. Da análise do sistema norte-americano, de onde derivou a ação civil pública brasileira, e das inúmeras discussões para evolução do sistema da *class action*, concluiu-se que o sistema que melhor contrapõe eficiência e devido processo legal seja o sistema do *opt out*. Desta feita, os representados serão, em regra e *a priori*, vinculados pela sentença da ação civil pública, a menos que exerçam o direito de extromissão. Até aqui nenhuma diferença para o Código projetado. Mas, além disso, entende-se que a técnica que traria maior eficiência e que melhor se coadunaria com a sistemática da tutela coletiva seria aquela na qual a ação civil pública faria litispendência com ações individuais que dissessem respeito a mesma controvérsia, inclusive as já ajuizadas, suspendendo-as até a decisão de certificação e julgadas extintas sem julgamento de mérito uma vez certificada a ação coletiva. Ou seja, *mandatory class action*.

Feitas as ressalvas com relação ao sistema atual de coletivização de processos repetitivos, especialmente no que diz respeito à litispendência e à coisa julgada, que tem o poder de retirar totalmente do instituto a sua força de eficiência, esse estudo conclui que a melhor maneira de se tratar as demandas repetitivas derivadas do mesmo fato jurígeno é, indiscutivelmente, a coletivização. Essa é a técnica que trará maior eficiência e eficácia à tutela jurisdicional, sempre que observados cautelosamente os requisitos de certificação e se conferidos efeitos realmente *erga omnes* aos resultados dela decorrentes.

Findado o capítulo sobre ação civil pública e a *class action*, passou-se à segunda parte da problematização, a repetitividade de demandas não originárias do mesmo fato jurígeno, mas que envolvam mesma questão de direito.

Neste capítulo tratou-se das técnicas de aplicação do precedente obrigatório nos Estados Unidos, chamada *stare decisis*. Tratou-se paralelamente da técnica de formação e aplicação do precedente, bem como dos mecanismos de uniformização e vinculação de jurisprudência no Brasil, chegando-se à conclusão de que a jurisprudência meramente persuasiva não é suficiente para imprimir eficiência em busca da real uniformização do direito e da agregação das demandas repetitivas.

Para tanto, afastou-se as teses contrárias à vinculação de jurisprudência, que dizem respeito à possível conferência de Poder Legislativo ao Judiciário e à ofensa ao princípio do livre convencimento do magistrado. Ressaltou-se que a jurisprudência, seja ela dotada ou não de efeito vinculante, não significa poder legislativo conferido ao Judiciário, porquanto a atividade realizada pelo magistrado ainda é interpretativa do direito, ainda que dotada de efeito secundário, que é a obrigatoriedade frente aos casos futuros que envolvam a mesma questão. Ademais, ponderou-se que a obrigatoriedade da jurisprudência não importa em ofensa ao princípio do livre convencimento do magistrado. Com efeito, o princípio do livre convencimento ou da independência do juiz é mais uma garantia ao jurisdicionado, de que o juiz não estará atrelado a nenhum interesse político ou econômico que possa desviar a sua decisão, do que uma garantia ao magistrado, pessoa física – regramento este feito na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35/79) e no Código de Ética da Magistratura Nacional e não na Constituição Federal (que elenca as garantias constitucionais dos magistrados no art. 95, dentre as quais não consta a independência).

A independência funcional prevista na Constituição Federal no art. 95, desdobrada nos princípios da inamovabilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, não equivale, como se pretende, à independência ideológica, que daria ao juiz liberdade absoluta de discordar de qualquer entendimento jurisprudencial, mas de independência administrativa, que objetiva evitar que o magistrado sofra pressão política ou coação moral na realização de seu ofício. Dessa maneira, há sim hierarquia dentro do Poder Judiciário, de modo que o entendimento dos órgãos superiores devam ser respeitados pelos órgãos inferiores, sob pena de instabilidade do sistema, ofensa à confiança, de efeito surpresa e, claro, de congestionamento dos foros e cortes pátrias.

Mas, assim como a legislação deve ser adaptada e revista sempre que necessário, a jurisprudência, especialmente aquela dotada de força vinculante, também deve possuir meios

de revisão, readequação e atualização. Um sistema estático é incoerente e incompatível com uma sociedade complexa e dinâmica, de modo que devem ser pensados mecanismos de atualização das normas. Entretanto, conforme já falado, há que se ponderar sempre a balança em busca do ponto de equilíbrio, tendo-se nos pólos opostos a flexibilização absoluta e a estabilização rígida da norma jurídica. Essa ponderação torna-se ainda mais relevante quando se pensa na norma jurisprudencial, porquanto esta é mais permeável às alterações sociais do que a legislação posta. Deve-se lembrar que a flexibilização absoluta, pólo mais próximo do que vivenciamos hoje no Brasil, gera insegurança, falta de isonomia, imprevisibilidade e atomização das demandas repetitivas. Por sua vez, a rigidez extrema pode gerar o engessamento do sistema e sua consequente desatualização, bem como injustiças no caso concreto.

Com isso em mente, apresentou-se os mecanismos de flexibilização e atualização do precedente nos Estados Unidos, o *distinguishing* e o *overruling*, imaginando-se a transposição das técnicas para a realidade brasileira.

Ponderou-se que em um instituto em formação, como é a jurisprudência vinculante no Brasil, as técnicas de flexibilização devem ser apresentadas com cautela, exatamente pela falta de costume e cultura com o instituto. Explicam-se. Os operadores do direito no Brasil estão pouco acostumados com a cultura do precedente. Não se domina a técnica de aplicação da jurisprudência, de seleção do capítulo vinculante ou mesmo como formá-lo. A demora no amadurecimento do instituto da vinculação é normal num país acostumado com a falta absoluta de uniformidade na jurisprudência. Se o nosso operador do direito não está acostumado nem mesmo com a formação da jurisprudência vinculante e sua aplicação, as técnicas de flexibilização, hoje absolutamente inexistentes no ordenamento, devem ser apresentadas com o maior cuidado. Ou seja, no primeiro momento parece que o legislador não possa dar muito poder aos juízes de realizar um amplo *distinguish*, de modo que os parâmetros devem ser fixados de maneira restrita e sempre exigindo-se ao máximo a fundamentação adequada. Isso tudo, no intento de se evitar o esvaziamento completo do instituto da vinculação de jurisprudência ao dar aos magistrados o poder de não aplicá-la sempre que desejarem, e de forma não fundamentada.

Seguidamente, tratou-se da técnica de superação do precedente, o *overruling*, apontando-se sua indispensabilidade para qualquer sistema que adote a vinculação de

precedente, mas ponderando, como se fez com o *distinguishing*, a necessidade de utilização do instituto com a cautela devida, novamente, evitando-se esvaziar o instituto de eficácia.

Dessa maneira, esta pesquisa buscou apontar a problemática instaurada no ordenamento brasileiro, a crise de eficiência no Judiciário, decorrente do assoberbamento das cortes com os processos repetitivos, e, em duas frentes, sugeriu-se soluções adequadas. De um lado, a ação civil pública para tutela de direitos individuais homogêneos, feitas as ressalvas com relação ao sistema vigente hoje, e de outro a jurisprudência vinculante. A primeira, destinada à agregação das demandas repetitivas oriundas do mesmo fato jurígeno e a segunda voltada à agregação de processos envolvendo mesma questão de direito. Tudo a fim de se conferir a melhor resposta jurisdicional, da forma mais célere possível.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AKASHI, Diogo Telles. *Comentários à reforma do Poder Judiciário - Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2006.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. “**Recursos repetitivos**” *Revista de processo*, jul de 2010: 265-281.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, L. C. de; COSTA, M. L. D. *Estudos da História do Processo - Recursos*. São Paulo: Joen Editora Ltda., 1996.

AZEVEDO, L. C. de. **Origem e Introdução da Apelação**. São Paulo: FIEO, 1976.

_____. **O Direito de Ser Citado**. São Paulo: Resenha Universitária, 1980.

_____. **Da Penhora**. São Paulo: Resenha Tributária, 1996.

BARACHO, J. A. D. O. *Processo Constitucional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 337, jan/março 1997. p. 105.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**. In Revista de Processo, v. 61, jan/1991, pg. 187-188.

_____. **Temas de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAYERN, Shawn J. **Case Interpretation** in Florida State University Law Review, v. 36, 2009, pg. 125.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo - Influência do Direito Material sobre o Processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros Editores, v. 2 ed., 2007.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “**Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988**” *Revista de Processo* vol. 61. Pg. 187-200. 1991.

_____. “**Por um processo socialmente efetivo**” *Revista de Processo*. Pg. 183-190. 2002.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Forense, v. 4, 2006.

BERIZONCE, Roberto O. “**La tutela procesal de los derechos en Argentina.**” In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*, por Sálvio de Figueiredo Teixeira, 123-138. São Paulo: Saraiva, 1993.

BERMUDES, S. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora RT, v. VII, 1975.

BETSON, David, TIDMASH, Jay. **Optimal Class Size, Opt-Out Rights, and “Indivisible” Remedies.** *In* Washington Law Review, v. 79, 542, 2011.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.** 2ª edição. São Paulo: Renovar, 2008.

BORRÈ, G. **La Corte di Cassazione Oggi.** In: BESSONE, M. Diritto Giurisprudenziale. Turim: Giappichelli Editore, 1996.

BORTOLAI, Edson Cosac. “**Da Defesa do Consumidor em Juízo**” São Paulo, 1994.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. “**Ações Coletivas**” *Revista de Direito do Consumidor* (Ed. RT) vol. 7 (1993): 85-100.

BRIGHITTONI, R. I. **Recurso Extraordinário: uma análise do acesso do Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/privado, in Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**, trad. por Marco Aurélio Nogueira, 4a ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1995, p. 13-14

BONE, Robert G. **The Economics of Civil Procedure.** New York: Fundation Press, 2003.

_____. **The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Action** *in* The George Washington Law Review, v. 79, pg. 577, feb. 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. “**O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas**” *Revista de Processo*, maio de 2007: 123-146.

_____. **Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas – entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis**. Salvador: Editor Jus Podivm, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. “**Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**” *Revista dos Tribunais*, 1977: 128-159.

_____. “**Il processo come fenomeno sociale di massa**” *Giustizia e Società*, 1977: 227.

_____. **Juizes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Volume 1. 12ª impressão. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

_____. **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis**. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

CHIOVENDA, G. **La Riforme Processuali e le Correnti del Pensiero Moderno**. Nuovi Saggi di Diritto Processuale e Civile, Napoli, 1912. 95-110.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Ragel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

COLE, Chales D. “**Stare decisis na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O Sistema de Precedente Vinculante da Common Law**” *Revista dos Tribunais*, 1998: 11.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula Vinculante e Segurança Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Normas de direito internacional: a aplicação uniforme do direito uniforme**. São Paulo: Atlas, 2000.

CRESTI, Marco. *Contributo allo Studio della Tutela degli Interessi Diffusi*. Milano: Giuffrè, 1992.

COSTA, Susana Henriques da. **O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro**. In SALLES, Carlos Alberto de. (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Jurisdição e Poder: contribuição para a história dos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Class Action e Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **“Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal”** In: *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, 104. São Paulo: Ed. RT, 1993.

_____. **Tempo e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Precedente judicial Como Fonte do Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas** in *Revista de Processo*, v. 143, jan/2007, pg. 143.

_____. **“Duração Razoável do Processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal)”** In: *O Processo na Constituição*, por Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____. **O Advogado, a Jurisprudência e Outros temas de Processo Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Parâmetros de Eficácia e Critérios de Interpretação do Precedente Judicial** in *Direito Jurisprudencial*, coord. Tereza Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Pg. 97.

_____. **Eficácia retroativa de pronunciamentos judiciais é desleia** in *Consultor Jurídico*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-nov-19/paradoxo-corte-eficacia-retroativa-pronunciamentos-judiciais-malefica>. Publicado em 19/11/2013.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de História do Processo Civil Lusitano**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **“O regime processual das causas repetitivas”** *Revista de Processo*, jan de 2010: 139-174.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 2ª edição. São Paulo: Sairiva, 2002.

DELGADO, José Augusto. “**O Processo Posto na Constituição Federal. Aspectos Contemporâneos**” In: *O Processo na Constituição*, por Ives Gandra da Silva Martins e Eduardo Jobim. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

DENTI, Vitorio. “**Diritto comparato e scienza del processo**” *Revista de diritto processuale* 3, 1979: 335.

DIDIER JR., Fredie, Edvaldo Brito, e Saulo José Casali Bahia. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2 ed. ed. São Paulo: Editora Malheiros, v. I, 2002.

_____. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, v. 13 ed., 2008.

_____. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6 ed. Tomo I. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

DOBBINS, Jeffrey C. **Structure and Precedent**. Michigan Law Review, 108, June 2010.

DUARTE, Ricardo Quass. **O Tempo Inimigo no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2009.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. UK: Cambrigde University Press, 2008.

EPSTEIN, Richard A. **Class Actions: Aggregation, Amplification and Distortion**. In The University of Chicago Legal Forum, v. 475, 2003.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “**As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz**” 1993: 30-36.

_____. **Meios de impugnação ao julgado civil - estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FAGUNDES, Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. **Jurisprudência Defensiva e a Função dos Tribunais Superiores**. São Paulo: Revista de Processo, v. 209, pg. 105.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introduction to the Legal System of the United States**. New York: Oceana Publications, 1991.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. “**Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor.**” *Revista de Processo*, 1993: 139-153.

FERREIRA, A. B. D. H. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 1a Edição. ed. Rio de Janeiro: [s.n.], v. 12a. .

FERREIRA, Janaína Fortes. **Súmula Vinculante e Estado de Exceção**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

FILHO, M. C. F. **Comentários ao CPC**. São Paulo: Editora RT, v. v. 7, 2001.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. **Representatividade adequada nos processos coletivos**. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: FADUSP, 2010.

FON, Vincy; PARISI, Francisco. **Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis** in *International Review of Law and Economics*, v. 26, 2006. Pg. 519-535.

FREITAS, José Lebre de. “**Experiência piloto de um novo processo civil**” In: *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. Coimbra. Coimbra: Coimbra, 2007.

_____. *Introdução ao processo civil – Conceitos e Princípios Gerais*. Coimbra: Coimbra, 2009.

FRIEDE, R. **Comentários ao Código de Processo Civil**. In: FERNANDES, L. E. S. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Editora RT, 2003. p. 30.

FRIEDMAN, Lawrence M. *Acess to justice: social and historical context*. Vols. 2 - Libro I, em *Acess to justice - promising institutions*, por Mauro Cappelletti and John Weisner, 28. Milano: Sijthoff/Giuffré.

FUX, L. **A Reforma do Processo Civil**. 2. ed. rev. atual. e amp. ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

GARCIA, José Antonio. **Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinários**. Madrid: Montecorvo, 1987.

GRECO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GIDI, Antonio Carlos Oliveira. “**A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta.**” *Revista de Processo*, out-dez de 2002: 61-70.

_____. “**Class Actions in Brazil— A Model for Civil Law Countries**” *American Journal of Comparative Law*, 2003.

_____. *A Class Action como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos - As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOUVEIA, Mariana França. “A ação especial de litigância de massas.” In: *Novas exigências do processo civil: organização, celeridade e eficácia*. . Coimbra: Coimbra, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo Watanabe; e MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Ed. RT, 1973.

_____. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. “A class action brasileira.” In: *Livros de Estudos Jurídicos*, por Ada Pellegrini Grinover, James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, 22-29. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

_____. “Medios de Tutela de los intereses colectivos: la acción de clase brasileña”. *Separata de la Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, n. 53: 129-134.

_____. *Da Coisa Julgada*. In GRINOVER, A.; et all. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Projeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 8ª edição, 2004.

_____. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *O Processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2000, p. 194.

_____. *Direito processual coletivo*. In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 11.

_____. *Novas Tendências em Matéria de Ações Coletivas nos Países de Civil Law*. In *Revista de Processo*, v. 157, pg. 147, mar/2008.

_____. *Ação Civil Pública: Direitos Individuais Homogêneos e Dano Moral Coletivo*. In *O Processo - II Série Estudos e pareceres de processo civil*. Coord. Ada Pellegrini Grinover. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, pg. 75.

HAZARD JR., Geoffrey C. “La durata eccessiva del processo: verso nuove promesse” *Rivista di Diritto Civile*, 1986: 279.

HENSLER, Deborah. *Asbestos Litigation in the United States: Triumph and Failure of the Civil Justice System* in *Connecticut Insurance Law Journal*, n. 12, 2006, pg. 255.

HOFFMAN, Paulo. **O Direito à razoável duração do processo e a experiência italiana.** In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... (et all) (Coord). *Reforma do Judiciário: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 571.

HOMEM, A. P. B. **Judex Perfectus: Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal.** Coimbra: Almedina, 2003.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal.** 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 8, 1981.

IGLESIAS, J. **Derecho Romano.** Barcelona: Editora Ariel, 2004.

ISSACHAROFF, Samuel. **Preclusion, Due Process, and the Right to Opt Out of Class Action.** In *Notre Dame Law Review*, v. 77, 2002, pg. 101.

KAMMERICH, Clóvis Juarez. **O Direito Processual da Idade Média.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

KANE, Mary Kane. **Civil Procedure.** USA, Thomson West, 2003.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** São Paulo: Martin Claret, 2003.

KLONOFF, Robert H. **Class Actions and Other Multi-Party Litigation.** USA, Thomson West, 2004.

_____. **The Decline of Class Action.** In *Washington University Law Review*, v. 90.

KOZEL, Randy J. **Stare Decisis as Judicial Doctrine** in *Washington and Lee Law Review*, v. 67, issue 2, 2010. pg. 411.

LAHAV, Alexandra D. **Bellwether Trials.** In *The George Washington Law Review*, v. 76, n.3, pg. 576, abril 2008.

LEE III, Emery G. **Horizontal Stare Decisis on the US Court of Appeals for the Sixth Circuit** in *Kentucky law journal*, v. 92, 2004, pg. 767

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVAL, Pierre N., **Judging Under the Constitution: Dicta about Dicta** in *New York University Law Review*, v. 81, 2006, pg. 1249.

LOBO, Arthur Mendes. **Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas** *Revista de Processo*, jul de 2010, pg. 233-244.

LOBO DA COSTA. **O Agravo no Direito Lusitano.** In: *Estudos de História do Processo – Recursos.* Luiz Carlos de Azevedo and Moacyr Lobo da Costa. São Paulo: FIEO, 1996.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. **Superação do Modelo Processual Rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz.** In GRINOVER, A.; MENDES, A. G. C.; WATANABE, K. (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Defesa do consumidor: reflexões acerca da eventual concomitância de ações coletivas e individuais** in *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: editora RT, vol. 2: 148-156, 2000.

_____. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Ação Popular.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante.** 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIETO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de Tutela.** 10ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Precedentes Obrigatórios.** 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em busca da efetivação.** Curitiba: Juruá, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MEAD, Joseph W. **Stare Decisis in the Inferior Courts of the United States** in *Nevada Law Journal*, v. 12, 2012, pg. 787.

MORAES, J. R. D. **Evolução Histórica da Execução Civil no Direito Lusitano.** Dissertação de Mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

MULLENIX, Linda S. **Lessons from Abroad: Complexity and Convergence.** In *Villanova Law Review*, v. 46, n.1, 2000.

_____. **Complex Litigation: Class Action Superiority.** In *The National Law Journal*, v. 26, November 2003.

NEGRÃO, T. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 30. ed. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

NELSON, Caleb. **Stare Decisis and Demonstrably Erroneous Precedents**. In *Virginia Law Review*, v. 87, March 2001, pg.1.

NERY JÚNIOR, N. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual.. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. ed. São Paulo: Editora RT, 2004.

NERY JÚNIOR, N.; NERY, R. M. D. A. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora RT, v. 9 ed, 2006.

PARENTE, E. D. A. **Jurisprudência**: da divergência à uniformização. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

PEREIRA, Jaime Donizete. **Os três poderes: comentários, conflitos e história**. Campinas: Impactus, 2005.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

POLVERINO, Fabio. **A Class Action Model for Antitrust Damages Litigation in the European Union**. August 28, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=927001> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.927001>.

PORCHAT, R. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Duprat & Cia, v. 1, 1907.

RE, Edward D. “**Stare Decisis**” in *Revista de Processo*, vol. 73, 1994.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RICHTER, Bianca Mendes Pereira. **Representatividade Adequada: uma comparação entre o modelo norte-americano da class-action e o modelo brasileiro**. In *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público*, v.1, 2012, pgs. 187/212.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSATTI, Horacio D. **El derecho a la jurisdicción del proceso**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

ROSENBERG, David. **Mandatory-litigation Class Action: The Only Option for Mass Tort Cases**. In *Harvard Law Review*, v. 115, pg. 831, 2002.

SALLES, Carlos Alberto de. “**Class Actions: algumas premissas para comparação.**” *Revista de Processo*, agosto de 2009: 215-236.

_____. “**Eficiência: um novo paradigma do direito na ordem globalizada?**” In: *Globalização e soberania*, por José Augusto Fontoura Costa and Cristiane Derani, 185-207. São Paulo: Juruá, 2004.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D.. **Economics**. Sixteenth Edition. Estados Unidos da América: The McGraw-Hill Companies, 1998.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. “**As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**” *Revista de Processo*, 1996: 92-151.

SHAPIRO, David L. **Preclusion in Civil Actions**. New York: Foundation Press: 2001.

SHERMAN, Richar L. Marcus and Martin H. Radish and Edward F. **Civil procedure: a modern approach**. Sain Paulo: West Group, 2002.

SILVA, D. P. E. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 26 ed. , 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ação Popular Constitucional: doutrina e processo**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade No Poder Judiciário e seus Reflexos Econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SOUZA, P. E. Primeiras Linhas sobre o Processo Civil. In: AZEVEDO, L. C. D.; COSTA, M. L. D. **Estudos de História do Processo - Recursos**. São Paulo: Joen Editora Ltda, 1996. p. 163.

STRANG, Lee J. **An Originalist Theory of Precedent: Originalism, Nonoriginalism Precedent and the Common Good**. New Mexico Law Review, 26, Spring 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 2010.

TRANGSRUD, Roger H. and TIDMARSH, Jay. **Complex Litigation: problems in advanced civil procedure**. New York: Fundation Press, 2002.

_____. **Modern Complex Litigation**. Second Edition. New York: Fundation Press, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, .

TUCCI, Rogerio Lauria, e CRUZ E TUCCI, José Rogério. “**Constituição de 1988 e Processo.**” In: *Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*, 17. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

VIANA, Flávia Batista. “**Algumas considerações sobre as class actions norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras)**.” *Revista de Processo*, maio de 2008: 93-177.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “**Sobre a Súmula 343**” *Revista de Processo*, 1997, pgs. 148-157.

_____. “**Precedentes e Evolução do Direito**” in *Direito Jurisprudencial*, coord. Tereza A. A. Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2012. Pg. 11.

WATANABE, Kazuo. “**A tutela dos interesses difusos: a legitimidade para agir**.” In: *A tutela dos interesses difusos: a legitimidade para agir*, coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. **Assistência Judiciária e Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense**. In *Revista de Processo*, v. 67, pg. 15, 1992.

_____. **Da Cognição no Processo Civil**. 3ª edição. São Paulo: Ed. DPJ, 2005.

WAZANSKY, Charles E. **A Trial Judge’s Freedom and Responsibility** in *Harvard Law Review*, n. 65, 1952. Pg. 1281.

WINTER, Ralph K. **Aggregating Litigation**. In *Law and Contemporary Problems*, n. 69, 1991.

WOOLLEY, Patrick. **The Jurisdictional Nature of Adequate Representation in Class Litigation**, in *The George Washington Law Review*, vol. 79, pg. 410, feb. 2011.

ZANFERDINI, Flávia d Almeida Montingelli. “**A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável**” *Revista de Processo*, 2004: 240.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos**, in *Revista de Processo*, v. 78, pg. 32, abril/1995.

_____. **Antecipação da Tutela**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

Tutela Judicial dos Interesses Metaindividuais: Ações Coletivas - Relatório Final. Pesquisa realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário (Ministério da Justiça), Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e Escola de Direito da FGV-SP. Brasília, DF: 2007 (disponível em <http://www.cebepj.org.br/>).